



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

FRANCISCA MARIA BENÍCIO MAIA NOGUEIRA

MARCO TEMPORAL NA JURISPRUDÊNCIA INDÍGENA: UMA ANÁLISE DO
DIÁLOGO DE CORTES

FORTALEZA

2022

FRANCISCA MARIA BENÍCIO MAIA NOGUEIRA

MARCO TEMPORAL NA JURISPRUDÊNCIA INDÍGENA: UMA ANÁLISE DO
DIÁLOGO DE CORTES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Direito. Área de concentração: Ordem jurídica Constitucional

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B415m Benício Maia Nogueira, Francisca Maria.

Marco temporal na jurisprudência indígena: uma análise do diálogo de cortes /
Francisca Maria Benício Maia Nogueira. – 2022.

104 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Marco temporal. 2. Direitos indígenas. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Corte
Interamericana de Direitos Humanos. 5. Convenção Americana de Direitos Humanos. I.
Título.

CDD 340

FRANCISCA MARIA BENÍCIO MAIA NOGUEIRA

MARCO TEMPORAL NA JURISPRUDÊNCIA INDÍGENA: UMA ANÁLISE DO
DIÁLOGO DE CORTES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestra em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra Germana de Oliveira Moraes.
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dra. Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao meu pai, Luiz Maia, pelo apoio e incentivo aos meus estudos e por ter sido um entusiasta do conhecimento.

A minha mãe por ter me acompanhado durante esses anos de estudo.

Ao meu irmão Fábio Luiz pelo exemplo de empenho e dedicação.

Aos meus amigos Lícia, Erasmo, Candice, Jonas e Rodrigo pelo estímulo e companhia edificante que tornaram possível esse projeto.

As minhas sobrinhas, a quem desejo um mundo mais justo.

À tia Zeuza pelo zelo que sempre destinou aos meus estudos.

À Dra. Sônia Lobo por me inspirar e me fazer acreditar que tudo é possível.

Ao meu orientador, Dr. William Paiva Marques Júnior, pela compreensão, atenção, paciência e pelo conhecimento compartilhado.

À professora Dra. Ana Maria D'ávila por ter contribuído para que esse projeto nascesse.

Às professoras doutoras Germana de Oliveira Moraes e Geovana Cartaxo que participaram da banca examinadora, contribuindo com o aprimoramento desse trabalho.

RESUMO

Investiga-se um panorama histórico das condições nas quais os indígenas viveram no Brasil em momentos cruciais que atentaram contra seus direitos, a saber, o período de vigência do Diretório Pombalino e a Ditadura Militar, observando também o período após a Constituição Federal de 1988, em que ao mesmo tempo que direitos foram adquiridos, houve retrocessos significativos. Essa involução ocorreu, em especial nos governos dos presidentes de Michel Temer e Jair Bolsonaro. Quanto ao objeto de estudo dessa dissertação, trata, especificamente, da questão do marco temporal, o qual foi estabelecido na Petição nº. 3.388, no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em 2009. Por meio de uma seleção de acórdãos do STF, analisa-se a repercussão do marco temporal em relação aos direitos indígenas. Além disso, observa-se se está ocorrendo o diálogo de cortes, ou seja, se alguns precedentes do do Supremo Tribunal Federal são compatíveis com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto aos direitos indígenas, em especial, no que diz respeito ao marco temporal e ao Indigenato.

Palavras-chaves: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Americana de Direitos Humanos; Supremo Tribunal Federal; marco temporal; direitos indígenas.

ABSTRACT

This work presents a historical overview of the conditions in which Brazilian indigenous people have lived in the country during crucial moments which attempted against their rights, such as the period of the Pombaline Directory and the Military Dictatorship. I also observe the period after the Federal Constitution of 1988, during which, while rights have been acquired, there have also been significant setbacks. In this work, I, specifically, deal with the issue of the time frame thesis which was established on Petition 3,388 on the trial of the indigenous territory of Raposa Serra do Sol, in 2009. Through a selection of the Federal Supreme Court decisions, I analyze the repercussion of the time frame thesis, in what regards the indigenous people's rights. Furthermore, I observe if there has been a dialogue of courts, i.e., if the decisions of the Federal Supreme Courts have been in accordance with the Inter-American Court of Human Rights as to the rights of indigenous people, mainly in what concerns the time frame thesis and the Indigenato theory.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; American Convention of Human Rights; Federal Supreme Court; time frame thesis; indigenous rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato de Disposições Constitucionais Transitórias
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
FATMA	Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GRIN	Guarda Rural Indígena
PIGM	Posto Indígena Guido Marlière
PMMG	Polícia Militar de Minas Gerais
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
SPI	Serviço de Proteção ao Índio
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DIREITOS HUMANOS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	13
2.1	Delimitação conceitual e construção histórica dos direitos humanos	13
2.2	Construção dos direitos humanos nas Revoluções Liberais	14
2.3	Os direitos humanos na perspectiva da Teoria Decolonial e das Epistemologias do Sul	16
2.4	Internacionalização dos direitos humanos – convenção americana sobre direitos humanos e corte interamericana de direitos humanos	20
2.5	O impacto da emenda constitucional nº 45/04 na hermenêutica dos direitos fundamentais	25
3	OS INDÍGENAS NO CONTEXTO HISTÓRICO-LEGAL DO BRASIL	28
3.1	O Diretório Pombalino e os indígenas: políticas de assimilação	28
3.1.1	<i>Características do instituto do Diretório Pombalino</i>	29
3.1.2	<i>Instituição das vilas e extinção das aldeias</i>	31
3.1.3	<i>Casamento interétnico, identidade e territórios</i>	33
3.2	Os indígenas no contexto da Ditadura Militar	35
3.2.1	<i>SPI e Funai</i>	37
3.2.2	<i>Guarda Rural Indígena, Reformatório Krenak e Fazenda Guarani</i>	39
3.3	Os indígenas e a Constituição Federal de 1988	41
3.3.1	<i>Direitos coletivos e territoriais</i>	42
3.3.2	<i>Os direitos indígenas consagrados pela Constituição e o retrocesso</i>	44
4	DIREITOS INDÍGENAS E A TESE DO MARCO TEMPORAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	47
4.1	Jurisprudência da Terra Indígena Raposa Serra do Sol	48
4.2	Análise dos acórdãos	52
4.2.1	<i>Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF (Terra Indígena Guyraroká; Etnia Guarani Kaiowá)</i>	52
4.2.2	<i>Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso ordinário em Mandado de segurança 29.087 (Terra Indígena Guyraroká;</i>	

	<i>Etnia Guarani Kaiowá</i>).....	55
4.2.3	<i>Agravo Regimental na Ação Rescisória n° 2686 (Terra Indígena Guýraroká; Etnia Guarani Kaiowá)</i>).....	56
4.2.4	<i>Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n° 803.462 (Terra Indígena Limão Verde; Etnia Terena)</i>).....	58
4.2.5	<i>Embargos de Declaração em agravo de Recurso Extraordinário n° 803.462 (Terra Indígena Limão Verde; etnia Terena)</i>).....	59
4.2.6	<i>Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n° 1.017365 RG (Terra Indígena Ibirama Laklãnõ; etnia Xokleng)</i>).....	61
5	JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	68
5.1	Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua	68
5.2	Yakye Axa vs. Paraguai	71
5.3	Comunidade Sawhoyamaxa vs. Paraguai	75
5.4	Comunidade Xákmok Kásek vs. Paraguai	79
5.5	Comunidade Xucuru vs. Brasil	82
5.6	Influxos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos direitos indígenas	86
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
	REFERÊNCIAS	98

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação trata dos direitos territoriais indígenas e do diálogo de cortes. O assunto é atual e urgente diante do contexto no qual o Brasil está inserido. Alguns segmentos do parlamento junto a empresários têm desenvolvido atividades econômicas do agronegócio, causando diversos males aos povos originários, mediante práticas predatórias e ameaçando a vida dos indígenas.

Há um número elevado de etnias indígenas no Brasil. No entanto, o atual cenário aponta para o risco de extinção desses povos, considerando que o desrespeito aos seus direitos territoriais tem causado diversos e graves problemas. Entre as questões observadas, é possível citar a invasão de terras indígenas pelo garimpo ilegal, que polui e contamina mananciais. Além disso, os próprios garimpeiros funcionam como vetores de doença nas comunidades. Outro problema consiste na perda dos territórios pelos indígenas que, por vezes, acarreta processos de depressão ou mesmo de suicídio em indivíduos jovens.

O desrespeito aos direitos territoriais indígenas nos últimos anos remete ao período da Ditadura Militar quando as comunidades eram removidas dos seus territórios em nome do desenvolvimento nacional. Nesse período recente da história do Brasil, os interesses econômicos têm prevalecido em detrimento dos direitos à terra dos povos originários. O garimpo, a extração madeireira e outras atividades econômicas têm ceifado direitos previstos constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um dispositivo pluralista, voltado para as peculiaridades indígenas e as diversidades de uma forma geral, bem como reconheceu a centralidade dos territórios para os povos originários, aos quais está condicionada sua sobrevivência física e cultural. O referenciado diploma constitucional assegurou seus direitos culturais, fortalecendo a identidade dos indígenas à medida que rompeu com as ideias de assimilação e integração. O texto constitucional tem por objetivo possibilitar a libertação dos povos indígenas das amarras do eurocentrismo e do etnocentrismo, respeitando seus valores e hábitos. Todavia pese o direito estar positivado, não está sendo efetivado em sua plenitude. Muitos indígenas padecem em razão da cobiça e do esbulho de seus territórios e seus líderes sofrem ameaças por lutarem na defesa de seus interesses e direitos. À guisa de exemplo, os povos originários tiveram seus direitos extremamente prejudicados em virtude da Tese do Marco Temporal, albergada pelo judiciário por ocasião do julgamento da ação popular

ajuizada por meio da Petição nº 3.388, na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em 2009, cujo acórdão contraria a hermenêutica da Constituição Federal.

O Marco Temporal, como parte fundamental do objeto de estudo deste trabalho, é uma interpretação que o Poder Judiciário faz em relação ao Artigo 231 da Constituição Federal. Segundo esse instituto, os indígenas somente teriam direito à demarcação dos territórios se estivessem os ocupando na data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa hermenêutica restringe os direitos territoriais indígenas, considerando que a referenciada Constituição Federal não estabelece marco temporal.

Nos anos correntes, no Brasil, o contexto social, econômico e jurídico é delicado para os indígenas. A tese do Marco Temporal veio dificultar as demarcações, as ampliações e os demais procedimentos relativos aos direitos territoriais dos povos originários. Essa situação se mostra ainda mais complicada porque a tese é uma interpretação do Supremo Tribunal Federal, Corte responsável pela defesa dos direitos das minorias.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter consagrado uma série de direitos aos povos originários e determinado o prazo de cinco anos para demarcar suas terras, consoante o artigo 5º do ato de disposições transitórias (ADCT), até o momento, esse mandamento constitucional não foi cumprido. Há um déficit de demarcação dos territórios indígenas, sobretudo em virtude do conflito de interesses de vários segmentos da sociedade, colocando os indígenas sempre em posição de desvantagem.

A busca contínua pelas terras indígenas é sintomática e desvela que mesmo passados quinhentos anos da invasão da América, e diante de toda resistência oferecida pelos povos indígenas, o capitalismo desenfreado atropela aqueles que foram subjugados e ficaram à margem da história. E, a depender dos interesses políticos, a situação desses povos pode retroceder substancialmente.

Busca-se, neste trabalho, analisar se há compatibilidade entre os precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação aos direitos indígenas, com especial ênfase no que diz respeito ao Marco Temporal. Para tanto, como metodologia, serão utilizados os seguintes passos: primeiro, será realizada uma busca no site do STF pelas palavra-chave: marco temporal; terras indígenas, em relação ao período de 01 de julho 2010 (quando foi publicada o acórdão da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, suscitando o Marco temporal) a 20 de abril de 2022. Com o resultado da pesquisa, serão selecionados apenas os acórdãos. A decisão pela seleção dos acordãos tem a intenção de observar o intercâmbio e a difusão de ideias, bem como a atuação coordenada dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Mediante um estudo da bibliografia, será realizada uma análise

da jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos em relação aos direitos indígenas que estiverem em consonância com o Instituto do Indigenato, contrapondo-se ao Fato Indígena e ao Marco Temporal. Depois, será realizado o cotejo dos precedentes do Supremo Tribunal Federal analisados com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para investigar se há o diálogo de Cortes. Embora o RE 1017365 não tenha surgido na pesquisa jurisprudencial do STF, ponderou-se como essencial realizar uma análise desse recurso com repercussão geral, considerando-se que através dele será decidida a tese do Marco Temporal.

A partir dessa metodologia, estrutura-se a presente dissertação da maneira abaixo descrita. No primeiro capítulo, discorre-se sobre o conceito e a construção histórica dos direitos humanos hegemônicos a partir do resgate deles nas Revoluções Liberais. Analisa-se também essas questões a partir da perspectiva contra-hegemônica, utilizando-se, para tanto, as teorias Decolonial e das Epistemologias do Sul. Aborda-se, em seguida, a internacionalização dos Direitos Humanos como sendo um movimento iniciado no Pós-Segunda Guerra, mediante a relativização da soberania dos países e da garantia desses direitos, mostrando o surgimento de vários organismos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e A Convenção Americana de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. Contempla-se, por fim, o artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, com as mudanças implementadas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, de forma que esses comandos conferem *status* de emenda constitucional, no aspecto material, a esses, vinculando, portanto, o Brasil às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (BRASIL, 2016)

No capítulo seguinte, aborda-se a realidade indígena no contexto histórico-legal do Brasil nos períodos em que vigoraram o Diretório Pombalino, a Ditadura Militar e a vigência da Constituição Federal de 1988. Durante o período do Diretório, os indígenas sofreram uma grande pressão decorrente da assimilação e da aculturação imposta pelos europeus. Os hábitos e a cultura indígena eram rechaçados a todo custo: mediante o casamento interétnico, a imposição da língua portuguesa e outros artifícios utilizados por meio da miscigenação, resultando na conseqüente perda das terras indígenas às quais estava atrelada a sua identidade. O eurocentrismo e o etnocentrismo trouxeram grande prejuízos a esses povos. Em relação à Ditadura Militar, discorre-se sobre a forma como os povos originários foram removidos de suas terras, pelos meios mais cruéis, em nome do pleno desenvolvimento econômico que incluía a construção de hidrelétricas e estradas, dentre outras práticas. Tudo isso era feito com a conivência do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e com a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), os quais tinham como fim precípua a proteção desses povos. À época, foram até

criados dois centros de detenção, o Reformatório Krenak e a Fazenda Guarani, para punir os indígenas que resistissem à invasão das suas terras. No que diz respeito ao período relativo à vigência da Constituição Federal de 1988, o capítulo pretende mostrar como esse diploma jurídico plural rompeu com o integracionismo e o assimilacionismo e reconheceu vários direitos dos povos indígenas, inclusive os direitos originários sobre os seus territórios. No entanto, observa-se que a ocorrência de retrocessos em várias frentes, uma delas o poder judiciário em razão da tese do Marco Temporal.

No terceiro capítulo, analisa-se, em um primeiro momento, a decisão da Petição n. 3.388, na qual foi suscitada a tese do Marco Temporal pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, verificando se essa hermenêutica está de acordo com a Constituição Federal, sobretudo, com a Teoria do Indigenato. Na segunda parte do capítulo, abordam-se acórdãos selecionados no site do Supremo Tribunal Federal, de acordo com o recorte estabelecido, e investiga-se se nestas decisões do STF, ora analisados, o marco temporal é utilizado pelos ministros para fundamentar suas decisões.

No último capítulo, analisa-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação aos direitos indígenas. Realizou-se, para esse fim, uma seleção dos acórdãos, utilizando como parâmetro para recorte os casos que mais se aproximam do Instituto do Indigenato, teoria adotada pelo Brasil desde a constituição de 1934. Chega-se, assim, aos seguintes casos: *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, *Yakye Axa vs. Paraguai*, *Xákmok Kásek, vs. Paraguai*; *Sawhamaxa vs. Paraguai* e *Xucuru vs. Brasil*. Realiza-se, então, um estudo dessas jurisprudências e, em seguida, abordam-se os influxos da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal analisadas na pesquisa, no que concerne aos direitos indígenas, em especial ao Indigenato. Observa-se, por fim, no cotejo entre os precedentes do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto ao recorte feito nesse trabalho, se há o diálogo de Cortes.

2 DIREITOS HUMANOS E DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Os direitos humanos constituem um assunto que preocupa e interessa a vários estudiosos e pesquisadores, pela ampla importância que essa temática vem adquirindo na busca pela promoção de direitos que são indispensáveis à fruição de uma vida digna. Muitos são os conceitos e reflexões dispensados aos direitos humanos, a depender das teorias desenvolvidas por cada autor, da concepção de cada cultura e do conceito de dignidade a ser invocado.

2.1 Delimitação conceitual e construção histórica dos direitos humanos

Flávia Piovesan (2016a, p. 2358, 2549) se filia à corrente da natureza histórica segundo a qual os direitos humanos são edificações que perseguem, entre outros valores, a dignidade da pessoa humana e decorrem de reivindicações sociais empreendidas ao longo do tempo. De fato, os direitos humanos têm se construído de acordo com as necessidades de cada sociedade, que vão se tornando mais complexas no transcurso temporal. Cada conjuntura histórica revela as suas demandas e, portanto, as reivindicações sociais por direitos e valores que protejam os indivíduos são reflexos desse contexto. Cabe frisar, contudo, como bem salienta a autora, que os direitos humanos têm como base axiológica dos direitos fundamentais a dignidade humana, um valor que é pressuposto para todo e qualquer ordenamento jurídico.

Cabe destacar a importância do Poder Judiciário numa democracia, sobretudo na defesa dos direitos fundamentais das minorias, considerando que o referido poder é o guardião da Constituição Federal e exerce a função típica de zelar pelas normas preconizadas nesta Carta. Todavia, não se pode olvidar que o Judiciário precisa de balizas, sob pena de colocar em risco a própria democracia.

Felipe Albuquerque Braga (2011, p. 120) assim se posiciona sobre essa temática:

Não há se falar em democracia sem poder judiciário. E por que não? Porque os princípios inerentes à atual ideia de democracia (igualdade, liberdade, pluralismo etc.) são, em grande parte, tutelados pelo judiciário quando de sua violação por particulares e até pelo próprio Estado. O que se defende é um esclarecimento, uma legitimação judicial mais ampla. Não se pretende criar um modelo para um Estado que não existe, uma 'democracia imaginária'.

Conforme exposto, a temática dos direitos humanos não é algo recente. Na contemporaneidade, diante da globalização e das complexas relações políticas, econômicas, sociais e culturais, há a invocação destes, algumas vezes com o reforço do Poder Judiciário,

como um meio de arrefecer a intolerância, o egoísmo, o imperialismo e o capitalismo exacerbados, que impossibilitam a fruição de uma vida digna

2.2 Construção dos direitos humanos nas Revoluções Liberais

Para Fábio Konder Comparato (2015, p. 826-829), preponderaram na Alta Idade Média os excessos dos estamentos dominantes, que ocasionaram a insatisfação por parte de segmentos da sociedade, os quais se insurgiram por meio da Declaração das Cortes de Leão de 1188 e da Magna Carta de 1215. As reivindicações, portanto, tinham como bandeira o direito à liberdade, precursora dos direitos humanos. Esta, todavia, não era pretendida em nome de todos, mas em benefício de alguns. O autoritarismo praticado na Idade Média era confrontado por camadas privilegiadas que clamavam por liberdade diante de atos despóticos, contudo uma mudança alcançada por uma sociedade segmentada e marcada por uma extrema desigualdade não beneficiaria a todos.

Na concepção de André Carvalho Ramos (2020, p. 56-57), a passagem do feudalismo, no qual os poderes se concentravam no clero e na nobreza, para o absolutismo não blindou os súditos da crueldade e da violência exercidas pelos reis e pelo sistema. Mesmo sob o manto da igualdade que deveria imperar entre aqueles, os indígenas não foram poupados do enorme genocídio testemunhado na América após a chegada de Colombo, configurando o maior caso de desrespeito aos direitos humanos daquele período.

Os indígenas foram desrespeitados e invisibilizados a partir do momento em que se diz, equivocadamente, que a América foi descoberta pelos europeus. Os habitantes deste continente muito antes da chegada dos invasores tiveram seus direitos violados sob várias perspectivas. Foram escravizados, torturados e dizimados a mando das coroas europeias, as quais tencionavam não só explorar economicamente suas terras, como também sua força de trabalho. Grande parte das civilizações indígenas foi destruída pelos meios mais cruéis possíveis.

Como preleciona Fábio Konder Comparato (2015, p. 871-885), em relação à Idade Moderna os ingleses sentiram-se ameaçados com a intensificação do absolutismo no século XVII. Diante de lutas, formalizaram-se direitos por meio de documentos como o *habeas corpus*, o qual incorporava direitos de liberdade, e como o *Bill of Rights*, que, por sua vez, introduziu a concepção de governo representativo, ainda que funcionasse seletivamente. Esse documento foi relevante para assegurar os direitos civis.

Os ingleses se preocuparam em limitar o poder dos monarcas e seus abusos no auge do absolutismo, provocando várias revoluções na Inglaterra. Uma forma de contê-los foi por intermédio das instituições, como o parlamento, que representava algumas camadas da sociedade. O *Bill of Rights* garantiu essa possibilidade, instituindo direitos civis, ao lado do *habeas corpus*, os quais foram de fundamental importância por limitar o poder estatal e assegurar aos indivíduos direitos civis e de liberdade, respectivamente. Dessa forma, foram documentos importantes para o surgimento dos direitos humanos no Estado liberal.

Conforme discorre André de Carvalho Ramos (2020, p. 65-68), a Revolução Americana, inspirada nos ideais de liberdade e de igualdade, resultou na emancipação das colônias britânicas e na independência dos Estados Unidos, a qual foi precedida pela Declaração do Bom Povo de Virgínia. Já a Revolução Francesa teve como mola propulsora o descontentamento da sociedade com a ordem vigente e com os setores que representavam o Estado. Tal insatisfação tinha como causa uma máquina estatal onerosa e que não acompanhava o desenvolvimento econômico da sociedade. Em razão disso, os setores insatisfeitos, que incluíam também uma classe em ascensão, organizaram uma Assembleia Nacional Constituinte, tomaram o poder e adotaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo lema era igualdade, liberdade e fraternidade. Diante das dimensões mais amplas que tomou a Revolução Francesa, se comparada às demais Revoluções Liberais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ganhou um caráter universal, o qual passou a ser uma característica dos direitos humanos.

Paradoxalmente, as mesmas liberdades postuladas pela Inglaterra inspiraram, na época, as 13 ex-colônias britânicas a se rebelarem contra as arbitrariedades e violências impostas por sua metrópole. As Revoluções Inglesa e Americana, não obstante, ficaram mais restritas à própria região, ao passo que a Revolução Francesa foi fundamental para a concepção dos direitos daquela sociedade, instituindo princípios que caracterizariam os direitos humanos.

Para Paulo Bonavides (2019, p. 577-578), os direitos de liberdade são direitos fundamentais de primeira dimensão, os quais tiveram gênese na primeira fase do constitucionalismo do Ocidente e conferem aos seus titulares a possibilidade de contrapor-se ao Estado. Os direitos fundamentais de segunda dimensão nasceram da reação ao Estado liberal e da busca efetiva pela igualdade, sendo compostos pelos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, os quais fizeram parte das reivindicações sociais que tiveram como paradigma a Constituição de Weimar.

O direito de igualdade plasmado nas declarações liberais não foi concretizado em sua acepção material, mas tão somente em seu sentido formal, o que despertou um grave

descontentamento na população desfavorecida, considerando que os direitos individuais se mostraram insuficientes. Em razão disso, houve uma mobilização social em prol da criação de direitos que amparassem a sociedade. A Constituição de Weimar foi uma referência para os Estados que queriam alcançar essa leva de direitos. Os direitos sociais, culturais e econômicos fazem parte da segunda dimensão de direitos fundamentais.

Na concepção de Willis Santiago Guerra Filho (1998, p. 14):

Existe uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos. A primeira dessas distinções é entre ‘direitos fundamentais’ e ‘direitos humanos’. De um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los, enquanto manifestações positivas do direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situados em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno.

Nessa esteira, no plano epistemológico, os direitos fundamentais estão insculpidos nas constituições dos ordenamentos jurídicos domésticos como normas hierarquicamente superiores. Eles contêm um elevado conteúdo axiológico e moral e seu objetivo é invocar as normas de direitos humanos no direito pátrio, dando-lhes eficácia. Contudo, os direitos humanos transcendem os ordenamentos jurídicos domésticos, apesar de serem âncora dos direitos fundamentais. Ainda de acordo com Willis Santiago Guerra Filho (1998, p. 14), o emprego do termo “dimensões de direitos fundamentais” é mais adequado do que “gerações de direitos fundamentais”. Para o autor, uma nova “geração” de direitos, além de não suplantar a anterior, soma-se a esta e a complementa, de forma que os direitos serão otimizados e mais bem efetivados, alcançando uma nova dimensão (1998, p. 14).

2.3 Os direitos humanos na perspectiva da Teoria Decolonial e das Epistemologias do Sul

Urge perceber como diversas histórias de indivíduos e coletividades são excluídas do instituto dos direitos humanos ocidentais, seja na evolução histórica ou nos preceitos legais. Os direitos humanos revestem-se de feições eurocêntricas, universais, liberais e individuais e são pautados na concepção da propriedade privada, do capitalismo e do neoliberalismo (SANTOS; MARTINS, 2019, p. 9-10).

Os indígenas na América Latina tiveram suas vozes caladas. Apesar de oferecerem resistência, foram vítimas de uma grande violação de direitos humanos pelo imperialismo europeu, como foi atestado acima por André de Carvalho Ramos (2020, p. 56-57). Não puderam participar da história, expressar suas emoções e sua cultura, sendo, pois, submetidos a um ideário

de dignidade imposto pelos europeus, mas que não dava conta da realidade social em que estavam imersos.

Algumas sociedades não tiveram a oportunidade de partilhar dos valores da época quando o instituto dos direitos humanos foi edificado. No momento da Independência dos Estados Unidos e da Proclamação Universal dos Direitos do Homem, alguns povos eram vítimas das mazelas da colonização, sendo privados, por conseguinte, de escrever sua história e de participar das reivindicações.

De acordo com Aníbal Quijano (1992, p. 60-62), o colonialismo deixou profundas marcas nas sociabilidades, as quais tem como uma das maiores mazelas o racismo. Esse é uma sequela do capitalismo gestado no sistema colonialismo/modernidade, reverberando até os dias correntes como uma grande chaga social. O colonialismo político foi sucedido por relações de poder fincadas por uma elite nacional que não tem interesse em consolidar as identidades e os interesses comuns da sociedade, mas quer permanecer vinculada e dependente do Ocidente, negando as culturas e as necessidades locais.

Destarte, os povos e indivíduos subalternizados e oprimidos não puderam expor suas necessidades nas instituições nem participar de momentos históricos cruciais para a formação de seus direitos. Na realidade, foram silenciados porquanto a sociedade dominante reconhece apenas o conhecimento científico, rechaçando os saberes e as credences, dentre outros. Diante desse contexto de exploração, violência e espoliação em que se encontravam os povos colonizados, os mesmos não tinham oportunidades de reclamar o que tanto lhes faltava. Joaquín Herrera Flores (2009, p. 126) resume bem esse assunto em uma passagem de sua obra:

Essas mesmas discrepâncias que fazem com que os direitos não sejam algo estático nos obrigam a estar atentos às plurais e diferenciadas narrações que sobre eles encontramos em diferentes culturas e formas de vida. O problema do imperialismo colonial foi, entre outras coisas, negar a possibilidade de os povos oprimidos contarem entre si suas próprias narrações, suas próprias histórias. Não só os impediu de se desenvolverem economicamente, mas também lhes negou a possibilidade de contar a outros e entre eles mesmos suas narrações. Por isso é extremamente importante incorporar esse conjunto de narrações ao conhecimento, ao ensino e à prática dos direitos humanos.

Ainda de acordo com Aníbal Quijano (1992, p. 62), o etnocentrismo provocou toda uma desconstrução da cultura dos povos originários e africanos, como os seus símbolos, suas representações e suas crenças. Os indígenas, por exemplo, foram vítimas de genocídio e de etnocídio, o que lhes impediu de desenvolver suas civilizações e seus conhecimentos.

Consoante o supracitado autor (1992, p. 75):

Consolidou-se assim, juntamente com essa ideia, outro dos núcleos principais da colonialidade/modernidade eurocêntrica: uma concepção de humanidade segundo a qual a população do mundo se diferenciava em inferiores e superiores, irracionais e racionais, primitivos e civilizados, tradicionais e modernos.

Para Lynn Hunt (2009, p. 1417, 1917), os direitos humanos proclamados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão não tinham como se materializar quanto ao quesito da universalidade. Mesmo no interior da França existiam disparidades com base em etnias, sexo, cor e classe social. O direito à igualdade estabelecido no supracitado diploma legal era inconcebível diante das exclusões perpetradas na sociedade francesa e no resto do mundo. Nesse período, como ressalta o autor, os judeus não possuíam os mesmos direitos políticos que os católicos na França, Estado que explorava e colonizava diversos outros. Lynn Hunt (2009, p. 1417, 1917) faz uma observação importante ao analisar que a abolição da escravidão em São Domingos não ocorreu em virtude da benevolência da França nem em respeito aos direitos humanos, mas pelo receio que a metrópole tinha de perder poder e controle na região para outros países da Europa.

Para que essas diferenças pudessem conviver com os direitos humanos proclamados após a Revolução Francesa, Lynn Hunt (2009, p. 2058) afirma que algumas teorias raciais com origem na biologia foram invocadas para justificar o racismo, o sexismo e outras formas de exclusão. Consoante Aníbal Quijano (2009, p. 104-107), teorias totalmente desprovidas de cientificidade e fundamento eram utilizadas na América Latina para legitimar e validar a exploração e a violência, vitimando os povos originários e os negros. A ideia de “raça” foi desenvolvida inicialmente na América pelos dominadores e exploradores e estava relacionada às questões fenotípicas, biológicas, culturais e às relações de trabalho. Assim, os europeus alegavam que eram povos desenvolvidos e civilizados, enquanto afirmavam que os indígenas e negros eram seres primitivos, os quais, por isso, deveriam desenvolver tarefas corporais, justificando a servidão e a escravidão. Na outra ponta, os europeus sustentavam que estavam destinados à tarefa de pensar, à intelectualidade e à razão.

Para Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 71-73), o pensamento moderno do Ocidente é abissal, ou seja, é dividido por uma linha cujas partes consistem em duas sociabilidades: a metropolitana e a colonial. “No lado de cá da linha”, existe um mundo eurocêntrico e etnocêntrico, no qual impera a regulação e normatividade ancorados na civilização ocidental. Além disso, tem caráter liberal, individualista e usa como referência o conhecimento científico moderno, de forma que invisibiliza o diferente, subalternizando-o. Por sua vez, “no lado de lá da linha”, há conhecimentos oriundos de indivíduos que

estiveram à margem da história, aos quais foram negados o direito de participar das declarações de Direitos Humanos, por exemplo. Nessas subjetividades estão presentes conhecimentos como as crenças, as cosmovisões indígenas, os saberes adquiridos nas lutas e movimentos emancipatórios, os quais não são validados como ciência nem recebem a devida importância porque não são pautados pela razão. Salienta ainda o autor, que na zona metropolitana, há emancipação e regulação, ou seja, de uma forma geral, todos serão contemplados. Contudo, na zona colonial, o que existe é apropriação e violência, o ilegal, considerando que o direito não consegue alcançar indivíduos e povos que são vítimas do sistema capitalista, colonial e patriarcal.

Considerando que há mais de três décadas a Constituição Federal assegurou diversos direitos aos povos originários, como o direito à demarcação dos seus territórios e, até o período corrente, esse ainda não foi implementado de maneira satisfatória, os poderes atuantes estão se comportando de acordo com a lógica da linha abissal apropriação/violação. Os indígenas possuem um estreito vínculo com a terra e com a Natureza, de forma que os territórios são a base para o seu desenvolvimento físico e cultural, sem os quais, poderá haver um genocídio, tirando-se dos povos originários o direito à vida e ao desenvolvimento da sua cultura.

Quanto à ineficácia do direito constitucional da demarcação dos territórios indígenas, mesmo com toda resistência por parte desses, é negado aos povos originários o direito de manifestar sua cultura, saberes, cosmovisões e crenças ancestrais, de resgatá-los, perpetuá-los e deixar o legado para as próximas gerações. Tal fato tem sido recorrente devido a avassaladora economia neoliberal e capitalista, que submete os povos indígenas aos interesses de segmentos que exploram suas terras, gerando grandes danos ambientais. Nesse contexto, o direito à regulação e à emancipação não estão sendo aplicados aos povos originários, considerando que estão sendo oprimidos, explorados e subjugados em relação aos seus direitos territoriais, os quais são condições para o gozo de outros direitos.

Consoante Wolkmer (2021, p. 16), diante do declínio das práticas tradicionais de representação política e da impossibilidade do positivismo e do monismo estatal em dar solução às demandas e conflitos oriundos das desigualdades sociais e do aprofundamento da pobreza e das novas relações colonizadoras do Norte global em relação ao Sul global, buscam-se medidas aptas à descolonização. Além disso, forjam-se soluções emancipatórias apoiadas em orientações e regulações voltadas para a alteridade e programas que incluam identidade, autonomia e dignidade.

Nesse contexto, o pluralismo comunitário participativo consiste em um projeto vocacionado para indivíduos excluídos e oprimidos pelo Norte global e visa, portanto, diminuir as desigualdades sociais e a exclusão por meio da emancipação social. Ademais, busca o rompimento com monismo jurídico, pois procura outras fontes normativas, além da estatal, como forma de gerar alteridade e inclusão, reconhecimento e afirmação de outros direitos (WOLKMER, 2021, p. 16).

Os direitos humanos, na condição de universais, como um padrão a ser seguido por todos os povos, culturas e indivíduos, sem considerar as discrepâncias e assimetrias que existiram desde sempre e que nunca puderam ser ofuscadas pelo “véu da ignorância”, são deficientes e insuficientes como teoria para resolver os problemas do mundo real (FLORES, 2009, p. 80).

Dessa forma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um documento legal excludente, dado que foi proposto por uma nação que na época era uma metrópole e não reconhecia os direitos dos escravos, dos protestantes, dos judeus, das mulheres e de muitas outras minorias. Para além disso, não considerou os contextos e histórias locais, partindo do pressuposto de que todos eram livres e iguais, contudo essa igualdade jamais poderia ser materializada se todos não fossem realmente livres.

O colonialismo, a colonialidade de poder e o totalitarismo epistêmico também foram e são entraves na aplicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão à realidade de muitos, haja vista que os povos que se encontravam subjugados não podiam expressar suas demandas e necessidades, de forma que as relações de poder não permitiram que todos os povos participassem dos processos revolucionários que culminaram no referido diploma internacional.

2.4 Internacionalização dos direitos humanos – convenção americana sobre direitos humanos e corte interamericana de direitos humanos

Consoante Flávia Piovesan (2016a, p. 2548, 2560, 2571, 2582, 2593, 2605), o direito humanitário, a Liga das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho representaram a fase embrionária da internacionalização dos direitos humanos. Em meio às instabilidades ocasionadas pela Primeira Guerra Mundial, percebeu-se a necessidade de se restringir a soberania dos Estados em prol da persecução e da promoção da paz mundial. A Liga das Nações Unidas estabeleceu, portanto, direitos que transcenderam as normas positivadas em âmbito nacional, impondo penas aos Estados que descumprissem os mandamentos estabelecidos. A Organização Internacional do Trabalho impôs padrões

mínimos de direitos laborais, visando à garantia de direitos e à coibição de práticas que fossem de encontro aos direitos humanos. Nessa fase inicial de internacionalização dos direitos humanos, há, pois, a preconização e a proteção destes com a criação de instituições internacionais em detrimento da soberania estatal (PIOVESAN, 2016a, p. 2548, 2560, 2571, 2582, 2593, 2605).

A Primeira Guerra Mundial denotou o potencial de destrutividade do homem quando movido pela ambição e pelo egoísmo, a ponto de submeter a humanidade à ameaças irreversíveis e à situações degradantes. A internacionalização dos direitos humanos, com a consequente relativização da soberania estatal, mostra-se, portanto, necessária, considerando que, ao mesmo tempo que pode impedir determinadas investidas dos Estados, como no caso das guerras, obriga-nos a respeitar normas de interesse da comunidade internacional.

Para Flávia Piovesan (2016a, p. 2600, 2622, 2633), embora já houvesse uma iniciação da internacionalização dos direitos humanos, foi no pós-Segunda Guerra que, de fato, estes se consagraram na seara internacional. As barbáries e crueldades decorrentes do regime totalitário intensificaram a certeza de que a soberania estatal não poderia se sobrepor aos direitos humanos, de forma que esta foi ainda mais relativizada pelos diplomas e instituições internacionais. A experiência traumática da Segunda Guerra Mundial indicou que os Estados não podem dispor da vida dos seres humanos, expondo-lhes a situações degradantes, que vão de encontro aos direitos humanos. Nesse diapasão, os desdobramentos do holocausto levaram a comunidade internacional a repensá-los.

Consoante as narrativas de Primo Levi (2013), as condições impostas no campo de concentração violavam a integridade e a natureza humana sob todos os aspectos, sejam psíquicos, físicos ou morais, a começar pelo fato de as pessoas serem obrigadas a se despir na frente umas das outras e serem identificadas por um número gravado em seus corpos. Os prisioneiros viviam regidos por um clima de suspense, sem saber o que os esperava no dia seguinte. As pessoas eram obrigadas a executar extenuantes jornadas de trabalho que excediam as suas forças e pioravam no frio insuportável do inverno, resultando em lesões e doenças. A alimentação era de péssima qualidade e servida em pequenas porções, recebendo a alcunha de ração. A higiene se resumia a um banho à base de água suja, o qual era evitado por muitos. Quanto ao repouso, o momento do sono não representava descanso, posto que a cama era dividida por duas pessoas (LEVI, 2013).

Como se pode depreender dessas informações, nos campos de concentração instalados no estado nazista, os seres humanos eram tratados como instrumentos do Estado, sendo privados dos seus mais ínsitos direitos. As pessoas viviam sob condições tão degradantes que

eram privadas até mesmo das necessidades básicas, como o sono, uma alimentação compatível com as exigências impostas, a higiene básica, dentre outras. As agressões morais as destituíam de todo o seu valor como seres humanos. O próprio funcionamento do sistema naturalizava a destruição da integridade moral do ser humano, exposto a vexames e a humilhações. Viver subjugado e conviver constantemente com o medo da morte eram circunstâncias que privavam o ser humano, na Segunda Guerra, do direito a uma vida digna.

As experiências da Segunda Guerra Mundial, tais como a atomização e a concepção do homem como um ser supérfluo, contribuíram sobremaneira para a violação da dignidade humana. Fatores de ordem política, econômica e social ainda oferecem riscos aos indivíduos, compreendidos pela ordem mundial como seres descartáveis (ARENDDT, 2016).

Na contemporaneidade, a economia capitalista e neoliberal vem permeando as regras sociais e os interesses políticos, esvaziando e desvirtuando até mesmo o próprio significado da política. Interesses particulares e oportunistas se sobrepõem aos ditames legais e ao bem comum, de forma que alguns indivíduos se veem à margem de qualquer proteção, mesmo quando o Estado lhes garante. É o caso, por exemplo, dos indígenas no Brasil, os quais são considerados pela elite brasileira, em especial por estarem na posse de terras “rentáveis”, como um óbice ao desenvolvimento econômico. Talvez, para essa elite, os povos originários sejam o que Hannah Arendt (2016) designou de “população supérflua ou descartável”, o que demonstra o quanto o momento é delicado.

Na concepção de William de Paiva Marques Júnior (2014, p. 15), os direitos humanos são ferramentas indispensáveis para a salvaguarda e a tutela de liberdades e de requisitos substanciais imprescindíveis para a dignidade da pessoa humana. Uma estrutura institucional que perpassa também pela seara internacional e que assegure a concretização daqueles é pressuposto para que se logre êxito no conjunto de práticas articuladas que concorram para a obtenção de um maior alcance dos direitos humanos no contexto das relações internacionais.

Após as duas grandes guerras, os Estados uniram esforços em direção à cooperação internacional, mediante a formação de blocos cujos objetivos eram atingir progresso econômico, maior harmonia, convergência político-social e engajamento com a persecução da concretização dos direitos humanos, seguindo essa ordem de importância (MARQUES JÚNIOR, 2014, p. 14). Muitas pessoas, contudo, continuaram sem receber a proteção dos direitos humanos. Marilena Chauí e Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 60-63) revelam que os direitos coletivos não estavam no rol de direitos da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Segundo os autores, “[...] é importante recordar que em 1948, à data da

adoção da declaração, existiam muitos povos, nações e comunidades que não tinham Estado” (CHAUÍ; SANTOS, 2013, p. 60).

Nesse período, existiam povos colonizados, vivendo em condições desumanas, os quais, entretanto, não foram protegidos pelos direitos humanos ora preceituados. A Declaração de 1948 não tratou das relações que atentavam contra a dignidade dos povos espoliados, violentados, explorados e escravizados, perdendo a oportunidade de regulamentar o direito de autodeterminação dos povos e outros direitos coletivos. Dessa forma, estes ficaram à margem dos direitos humanos. Entretanto, depois de alguns anos, os povos passaram a ser sujeitos de direitos da ONU.

Consoante Lynn Hunt (2009, p. 2793, 2081), as lutas anticoloniais e de independência ficaram esquecidas na agenda dos direitos humanos internacionais em 1950 e 1960. Winston Churchill, em 1941, era favorável à autodeterminação nacional, desde que não fosse aplicada às colônias da Grã-Bretanha. Apesar da conduta desse estadista, os africanos continuaram sua luta em prol da independência e da emancipação, o que culminou na inclusão da autodeterminação na agenda das Nações Unidas (HUNT, p. 2793, 2081).

Além de compor a ONU, o Brasil integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, gestado em 1948 na Carta da Organização dos Estados Americanos, o qual é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em 1949, passou a vigor a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que restabeleceu as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estipulando os direitos tutelados e os deveres a serem cumpridos pelos Estados-parte. Além de ser o esqueleto normativo do sistema, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos criou uma corte com atribuições para julgar atos cometidos no continente americano que violem os direitos humanos (MARQUES JÚNIOR, 2014, p. 19).

Antônio Augusto Cançado Trindade (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 103-151), assevera que a Declaração Universal de Direitos Humanos impulsionou a criação de outros diplomas, tratados e instituições a nível mundial e regional, tal como a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta tem como objetivo maior a proteção dos direitos humanos, a qual contribuiu consideravelmente para a institucionalização do Sistema Interamericano, à medida que criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos e introduziu várias mudanças na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, o Pacto de San José da Costa Rica compõe a terceira fase histórico-evolutiva do Sistema Interamericano, considerando que essa etapa teve como traços marcantes o fortalecimento e a edificação das instituições do supracitado sistema.

De acordo com Valério Mazzuoli (2020, p. 822), a Convenção não substitui o direito doméstico dos Estados-parte, mas o fortalece e o reforça quando a proteção prestada pelos arcabouços jurídicos estatais é ineficiente ou deficitária no que concerne à proteção dos direitos humanos consagrados pelo Pacto de San José da Costa Rica. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial independente da Organização dos Estados da América, possuindo competência litigiosa e consultiva, a qual é vinculada à Convenção Americana de Direitos Humanos (RAMOS, 2020, p. 642).

Qualquer Estado-parte da Organização dos Estados Americanos, independentemente de ser signatário da Convenção Americana, pode requisitar pareceres consultivos da Corte Internacional de Direitos Humanos no tocante à hermenêutica e à aplicação do Pacto de San José da Costa Rica ou dos demais tratados que tenham como objetivo a proteção dos direitos no continente americano. Em contrapartida, a competência litigiosa da Corte somente alcança os Estados-parte que reconhecerem a sua jurisdição obrigatória como intérprete e aplicadora da supracitada Convenção, conforme prevê o artigo 62 desta (PIOVESAN, 2016b, p. 59-60):

Sobre o assunto, André de Carvalho Ramos (2020, p. 634) faz as seguintes exposições:

A Corte IDH é composta por seis juízes, cuja escolha é feita pelos Estados-parte da Convenção, em sessão da Assembleia Geral da OEA, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. São requisitos para ser juiz da Corte: (i) ser jurista da mais alta qualidade moral; (ii) ter reconhecida competência em matéria de direitos humanos; (iii) reunir as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos; e (iv) ter a nacionalidade de um dos Estados da OEA (ou seja, mesmo nacionais de Estados que sequer ratificaram a CADH podem ser juízes da Corte).

Um Sistema Regional, por mais que tenha como âncora os direitos humanos na perspectiva ocidental, tende a aproximá-los da realidade e da cultura local, principalmente no continente americano, onde existem diversidades étnicas, religiosas, sociais, econômicas, culturais, de saberes, entre outras.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos elenca uma série de direitos, dentre eles, alguns merecem destaque, como os que são contemplados no artigo 1º (ONU, 1969):

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

São direitos importantes para uma região que foi vítima do colonialismo, cujas práticas incluíam desde a negação da cultura à exploração e ao emprego da violência. Pelo conteúdo apresentado, a Convenção em comento denota claramente uma consonância com os diplomas internacionais sobre tratados humanos consagrados anteriormente.

De acordo com Flávia Piovesan (2016b, p. 4529, 4540), a Convenção Americana não estabeleceu expressamente o rol de direitos sociais, econômicos e culturais, mas impôs como meta para os Estados a concretização paulatina desses direitos, com vistas a alcançar a sua plenitude. Todavia, em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados da América aprovou o Protocolo de San Salvador. No artigo 19, consta a previsão de que os Estados-parte devem apresentar relatórios contendo as medidas progressistas adotadas para a persecução desses direitos, as quais deverão estar em consonância com a proteção consagrada no Protocolo.

2.5 O impacto da emenda constitucional nº 45/04 na hermenêutica dos direitos fundamentais

De acordo com André de Carvalho Ramos (2020, p. 783-785), de 1998 a 2008 a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelava que os tratados internacionais de direitos humanos, ao ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro, passavam a gozar do *status* de lei ordinária, com amparo na ementa do Acórdão nº 72.131. Tal decisão despertou críticas e inquietações em grande parte da doutrina, a qual se filiava à tese de que os referidos tratados tinham força de emenda constitucional, sobretudo em virtude do que consta no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Todavia, em 2000, visando harmonizar ambas as concepções, o Ministro Sepúlveda Pertence, mesmo sem a adesão dos demais integrantes da Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 79.785-RJ, conferiu aos tratados de direitos humanos natureza de norma supralegal. Consoante o ministro, a estes deveriam ser atribuídas uma posição hierárquica superior à das leis ordinárias e inferior à das leis constitucionais e a outorga de aplicabilidade direta, podendo até mesmo ir de encontro às leis ordinárias, desde que não atentassem contra a Constituição. Contudo, a jurisprudência adotada pela Corte continuou a mesma, como com o reconhecimento da posição de lei ordinária aos tratados que versem sobre direitos humanos (RAMOS, 2020, p. 783-785).

O posicionamento do Supremo era incompatível com o que está consagrado no artigo 2º, § 2º, da Constituição Federal, o qual reza: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou

dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). O dispositivo constitucional é muito claro ao expressar que os tratados internacionais podem inserir direitos e garantias constitucionais. Em assim sendo, devem gozar de todas as proteções, garantias e salvaguardas de que estes gozam, inclusive devem ter o mesmo *status*.

Segundo Flávia Piovesan (2016b, p. 33-34), os alicerces da Constituição do Brasil de 1988 são os princípios da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, os quais constituem os aportes valorativos de todo o ordenamento jurídico. Esses imperativos do sistema jurídico brasileiro devem ser levados em consideração na hermenêutica do artigo 2º, § 2º, da Constituição Federal. Assim, em razão de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Cidadã, os tratados internacionais devem ter natureza de norma constitucional, além do que contam com uma supremacia no âmbito internacional, posto que integrariam o *jus cogens*.

Em meio a toda essa discussão, eis que a Emenda Constitucional nº 45/2004 insere ao artigo 5º da Constituição o § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 2004).

Ainda de acordo com Flávia Piovesan (2016b, p. 32-38), a referida emenda trouxe impactos significativos quanto à hermenêutica dos tratados internacionais de direitos humanos e consequentemente dos direitos fundamentais, dado que a Corte reformulou a sua jurisprudência de forma emblemática, a começar pelo fato de os tratados de direito constitucional celebrados antes da emenda passarem a ter *status* material e formalmente constitucional. Ademais, o Supremo reformulou a jurisprudência no Recurso Ordinário do *Habeas Corpus* nº 18.799, do Recurso Extraordinário nº 466.343/08 e do *Habeas Corpus* nº 87.585-8/08.

Com o objetivo de adequar as normas internas aos dispositivos normativos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, foi instituído o controle de convencionalidade, o qual pode ser classificado em nacional e internacional. Naquele, cabe aos juízes ou Corte de jurisdição domésticas, às autoridades administrativas e aos membros da Defensoria e do Ministério Público fazerem o referido controle. No âmbito internacional, o desempenho do controle de convencionalidade cabe às Cortes Internacionais, caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Recurso Ordinário do *Habeas Corpus* nº 18.799, o Ministro José Delgado, em maio de 2006, em uma decisão que representou um divisor de águas, sinalizou a

impossibilidade da prisão do depositário infiel ante a incompatibilidade da medida com o ordenamento jurídico do Brasil. Segundo este, o Pacto de San José da Costa Rica, por se tratar de um tratado internacional de direitos humanos, consoante o § 3º do artigo 5º da Constituição, foi inserido na Carta Cidadã por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004. O ministro entendeu que, embora o supracitado tratado tenha sido aprovado com *quórum* de lei ordinária, nunca foi revogado, portanto reconheceu o seu efeito retroativo e a hierarquia constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

O *Habeas Corpus* nº 87.585-8/08 foi um outro marco na hermenêutica dos tratados internacionais no plano doméstico. O Ministro Celso de Mello estendeu a constitucionalidade aos tratados internacionais de direitos humanos ao vedar a prisão do depositário infiel, proibição que encontra guarida no Pacto de San José da Costa Rica. Para o ministro, o Judiciário é responsável pela proteção das liberdades e dos direitos fundamentais veiculados pelos tratados nacionais e internacionais de direitos humanos, os quais foram evoluindo até alcançar o estágio atual.

Diante disso, a jurisprudência se consolidou, no sentido de que os tratados de direitos humanos que forem aprovados e não seguirem o rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição, terão hierarquia de supralegalidade (assim como decidiu o Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário nº 466.343/08). Em contrapartida, os que forem aprovados de acordo com o referido mandamento terão *status* de lei constitucional.

3 OS INDÍGENAS NO CONTEXTO HISTÓRICO-LEGAL DO BRASIL

Os indígenas enfrentaram momentos críticos e desafiantes desde a colonização no Brasil, mostrando-se muito resilientes. Todavia, alguns períodos foram mais simbólicos e difíceis que outros, considerando que o nível de violência e de preconceito empregados contra seus povos e sua cultura ainda ecoam e repercutem em seus direitos, como nos direitos territoriais. Houve também momentos de avanços, inclusive no plano legislativo e constitucional, a saber na Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu uma série de direitos aos povos originários, apesar do judiciário, em alguns aspectos, interpretá-los em sentido contrário ao que o Constituinte Originário pretendeu.

3.1 O Diretório Pombalino e os indígenas: políticas de assimilação

Em meados do século XVIII, foi idealizada e executada em Portugal uma política centralizadora e modernizadora com o objetivo de sanar as dificuldades financeiras com as quais a Metrópole se deparava. Fazia parte desse projeto a assimilação dos indígenas com a reprodução da cultura ocidental. Ademais, buscou-se o afastamento dos jesuítas da administração dos povos originários.

A partir de 1755, Sebastião José de Carvalho e Melo, futuro Marquês de Pombal, decidiu reestruturar a política colonial portuguesa. Para tanto, utilizou-se de ideias inovadoras, como, por exemplo, a adoção do Estado Secular. Tais mudanças visavam a, dentre outras, amenizar a crise econômica da qual padecia a Coroa, sobretudo após o terremoto de Lisboa (MEQUITA; OLIVEIRA, 2019, p. 4).

Nesse mesmo século, a Metrópole, representada por Dom Sebastião José de Carvalho e Melo, determinou um plano integracionista com relação à cultura indígena. O Diretório Pombalino regulamentou as normas que dariam vida a esse projeto eurocêntrico com o objetivo de civilizá-los. Essa Legislação foi publicada em 17 de agosto de 1758 (GARCIA, 2007, p. 24).

O Diretório Pombalino consistiu-se em um documento legal e marcou a história, negativamente, pelo tratamento dispensado aos indígenas. Como um projeto modernizador, entendia que estes eram “primitivos”, uma “cultura inferior”, e que, portanto, deveriam “evoluir” para alcançar a cultura ocidental. No Diretório constam várias ferramentas pelas quais a “civilização” dos indígenas poderia ser executada, desde a pedagogia até o estímulo a casamentos interétnicos e à miscigenação.

Algumas medidas implementadas pelo Diretório Pombalino tiveram como inspiração o instituto do Iluminismo que se delineou na Europa. Com gênese no século XVIII, pode-se citar que esse movimento teve intensa repercussão na seara administrativa, econômica e educacional da Colônia durante a gestão de Pombal. O ideário de liberdade, de igualdade formal e de valorização da razão foi pedra de toque do Iluminismo (CONGRESSO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. TENDÊNCIAS JURÍDICAS, 2007, p. 2-3).

Nessa perspectiva, como se tratava de uma ambiência eurocêntrica, a cultura indígena foi subestimada, enquanto se valorizou na Europa a cultura ocidental, pautada pela razão e pelo conhecimento científico. Essa ideia de que a civilização europeia era superior à indígena foi intensificada no período sob a vigência do Diretório Pombalino, repercutindo no modelo de educação imposto, na economia, na política, nas sociabilidades, na administração, dentre outros.

3.1.1 Características do instituto do Diretório Pombalino

Consoante Almeida (2010, p. 109-110), é essencial destacar que o Diretório como legislação não é de todo inovador. Ainda contém, em síntese, orientações provenientes do Regimento das Missões de 1686. Alguns aspectos ainda fazem parte dessa legislação, como a mão de obra indígena compulsória, o instituto da tutela a ser desempenhada pelo diretor e o direito dos índios às terras das aldeias. Por outro lado, a supracitada autora aponta que a modificação mais impactante do Diretório dos Índios consiste no projeto de assimilação. A pretensão era apagar a cultura indígena mediante novos e diferentes mecanismos, tendo sido o estímulo à miscigenação, a proscricção dos hábitos dos povos indígenas nas aldeias e a imposição da língua portuguesa alguns dos instrumentos utilizados para tal.

Nessa perspectiva, os indígenas não pertenciam ao mesmo segmento social dos colonos. Os direitos assegurados a estes eram condicionados à prestação de serviços a Portugal. A ideia de liberdade era uma estratégia da Coroa para garantir mão de obra indígena e contingente populacional para povoar os territórios com menor densidade demográfica. Era uma forma de amealhar maiores dividendos para os cofres portugueses, que enfrentavam uma crise financeira, além de facilitar o projeto de assimilação.

Portugal executou uma política modernizadora na Colônia brasileira, utilizando-se de mecanismos instituídos no Diretório do Índio ou Diretório Pombalino. As Reformas Pombalinas tencionavam promover o progresso da Colônia e, ao mesmo tempo, a civilização dos indígenas. Na perspectiva da Coroa, era imprescindível que aqueles transcendessem o

estágio no qual se encontravam para atingir o “patamar de civilidade” dos ocidentais. Nessa perspectiva, impuseram uma série de condutas voltadas para a assimilação da cultura indígena. Foi determinado o uso do idioma português, o casamento interétnico, a miscigenação, a compulsoriedade da mão de obra, a proibição da nudez e de toda prática contra a cultura dos indígenas. Ademais, a Metrópole alçou a condição dos povos originários à de Vassallos do Rei e tornou inadmissível a nomenclatura preconceituosa de “negros da terra”.

Sobre essa questão, aduzem Oliveira e Mesquita (2019, p. 4-5):

Em suma, podemos destacar os seguintes pontos principais do Diretório: o fim da discriminação legal dos índios, com a extinção das diferenças entre índios e brancos; o estímulo à miscigenação biológica por meio de casamentos mistos; a determinação de que filhos gerados dessas uniões seriam considerados mais capacitados que os brancos para ocupar cargos administrativos nas aldeias; a proibição de chamarem os índios de ‘negros da terra’; a transformação dos indígenas em súditos portugueses, como os demais colonos; a reprodução da prática de cooptar lideranças para formar elites indígenas.

A língua é uma importante ferramenta de comunicação, por meio da qual se perpetua a cultura entre gerações. Portanto, a imposição de um idioma diferente da língua original foi uma forma bastante estratégica de silenciar histórias e apagar culturas. Essa prática é condizente com o objetivo de integrar os indígenas à sociedade. Outra explicação para a imposição da língua portuguesa como idioma nacional repousa no fato de Portugal enxergar nos indígenas uma solução para a ocupação das fronteiras do Brasil. Na época, existiam atritos entre Espanha e Portugal e a Coroa portuguesa, com receio de perder o domínio das terras brasileiras, impôs o idioma português como forma de tornar os indígenas vassallos do rei e igualá-los aos colonos (GARCIA, 2007, p. 26).

Essa igualdade deve ser entendida de acordo com os interesses políticos, econômicos e culturais de Portugal, e não como benevolência dos ditames estabelecidos pelo Diretório Pombalino à época. Na verdade, queriam povoar o grande território brasileiro com o contingente populacional indígena como medida de proteção dos territórios, ao mesmo tempo que a situação de vassalo tornaria o projeto pombalino de “civilização” mais viável.

Assim, por meio do Diretório, Portugal visou padronizar a cultura indígena tomando como referência os costumes europeus. Nessa perspectiva, o etnocentrismo propagou-se por meio desses estímulos, cujas estratégias visavam à homogeneização cultural, à destruição da ancestralidade e à integração destes à sociedade. Tentaram destruir as etnias e o sentimento de pertencimento dos indígenas, forjando o desmantelamento de sociabilidades, diversidade de crenças, religiões, idiomas e memórias afetivas. Essas medidas denotam um alto potencial de

destrutividade para a história indígena. Causaram-lhes prejuízos, situando-os numa zona de esquecimento. Para Garcia (2007, p. 24):

O Diretório tinha como objetivo principal a completa integração dos índios à sociedade portuguesa, buscando não apenas o fim das discriminações sobre estes, mas a extinção das diferenças entre índios e brancos. Dessa forma, projetava um futuro no qual não seria possível distinguir uns dos outros, seja em termos físicos, por meio da miscigenação biológica, seja em termos comportamentais, por intermédio de uma série de dispositivos de homogeneização cultural.

O Diretório tinha como pressuposto assimilar os povos indígenas, encontrando amparo em diretrizes etnocêntricas e eurocêntricas, cujo objetivo era dar cabo das diferenças culturais e fenotípicas entre brancos e indígenas, seja por meio da miscigenação, seja por meio da imposição dos costumes da Metrópole. Nessa perspectiva, tornava-se um modelo em potencial que impossibilitaria a identificação das diferenças entre ambas as culturas (GARCIA, 2007, p. 24)

A convivência de brancos com indígenas e de povos com etnias distintas na mesma aldeia foi um “recurso imprescindível” ao plano de assimilação esboçado pelo Diretório. Tinha como escopo avançar no projeto de “civilização” dos indígenas até atingir o “estágio” da cultura europeia. Para os lusitanos, os indígenas eram “bárbaros” e precisavam aprimorar seus modos para se integrarem à sociedade portuguesa. Assim, visavam a acabar com a identidade destes mediante tentativas sistemáticas de desmonte das sociabilidades e ancestralidades indígenas. A combinação dessas práticas foi prejudicial, inclusive, em relação aos direitos territoriais destes.

3.1.2 Instituição das vilas e extinção das aldeias

Em meados do século XVII, Pombal substituiu as aldeias indígenas por vilas, com respaldo nas normas legais de número 6 e 7 de junho de 1755. A Reforma Pombalina tinha como escopo a secularização, afastando os jesuítas e quaisquer religiosos da “administração dos indígenas”, além da busca pela emancipação e integração destes à sociedade colonial (SILVA, 2003, p. 84).

A administração dos jesuítas já não satisfazia os interesses da Coroa, de forma que queria monopolizar e centralizar o poder, afastando-os da missão de catequizá-los. A sede de modernização que assolara a Coroa estava intrinsecamente relacionada com os povos originários, seja como braço para o trabalho, seja como contingente populacional.

A substituição das aldeias por vilas foi um processo delicado, tendo envolvido diferentes protagonistas, como brancos e índios, e não somente estes, atingindo a estrutura social como um todo. Assim, não se limitou a apenas uma legislação, mas a uma modificação que abalou a todos, e não somente a elite, tendo em vista as reformas realizadas em todos os âmbitos (SILVA, 2003, p. 84).

A criação das vilas foi um processo de modificação cultural dos indígenas não só no que diz respeito à moradia, mas aos costumes e tradições. A Metrópole incentivava o casamento entre indígenas e brancos como forma de acabar com a cultura dos povos originários. “Civilizar”, integrar à sociedade, servir de contingente populacional e de mão de obra e negar a identidade indígena para se apropriar das suas terras. Muitas eram as estratégias conformadoras do projeto pombalino para a Colônia brasileira. Esses objetivos do projeto de Pombal, apesar de atingir os brancos, afetavam com mais intensidade os indígenas, povos historicamente oprimidos.

Após meados do século XVIII, as reformas encampadas por Pombal denunciavam uma política de assimilação dos indígenas que se estenderia até o século XIX. Tal projeto objetivava dar fim às aldeias e às dessemelhanças entre os indígenas e os vassalos, culminando na extinção das terras coletivas e no fim da condição jurídica de índios. O processo ocorreu de acordo com as particularidades de cada região, reagindo os indígenas de forma heterogênea. Parte deles insistiu em ficar em seus territórios, conservando sua identidade de índio aldeado (ALMEIDA; MOREIRA, 2012, p. 4).

No projeto de Pombal estava inclusa a extinção das aldeias. Percebe-se, a partir daí, que a Metrópole tinha intenção de acabar com as terras dos indígenas e, por conseguinte, com as terras coletivas para construir novos espaços urbanos inspirados nas construções portuguesas. As vilas seriam estes lugares denominados com palavras de origem lusitana. Essa modificação traria efeitos deletérios para os indígenas, pois eles desenvolvem uma relação dialógica e espiritual com a terra, exercitando sua espiritualidade, costumes e muitas manifestações da sua cultura.

As reformas pombalinas, no que se referem à assimilação e à extinção das aldeias, comprometiam os territórios coletivos assegurados aos indígenas nos Oitocentos. Por outro lado, as leis da época permitiam que estes continuassem em seus territórios até atingir a condição imposta pela Metrópole: enquanto não se integrassem à sociedade, ou seja, até serem “civilizados”. Os indígenas usaram isso a seu favor e, amparados pelas autoridades civis e eclesiásticas, conseguiram protelar a extirpação das aldeias. Por sua vez, as autoridades locais e estatais tencionavam amealhar as terras provenientes destas, mediante a integração do

índio à sociedade. Segundo essas autoridades, a extinção das aldeias e a integração das terras tinham de ser executadas em conformidade com a lei, a qual tinha como um dos seus requisitos o estado de mistura e a civilização dos indígenas (ALMEIDA, 2012, p. 12).

3.1.3 Casamento interétnico, identidade e territórios

A política de assimilação, civilização e integração dos indígenas contempladas no Diretório dos Índios tinha uma forte relação com a disputa pelos territórios, inclusive indígenas. A prática dos casamentos interétnicos, da miscigenação biológica e da convivência entre indígenas e brancos nas mesmas aldeias tinham, como um dos focos, destruir a cultura dos povos originários. Assim, o Estado driblaria a lei e incorporaria as terras das aldeias, alegando a perda da identidade indígena diante desses meios de assimilação. Nessa conjuntura, estava em xeque as terras coletivas das aldeias, à medida que a homogeneização cultural se acentuava. Na administração dos missionários, as aldeias eram mantidas e os indígenas não padeciam dessa ameaça. Com a secularização, a história ganhou novos contornos e a Metrópole passou a concorrer com os indígenas em relação às suas terras. As autoridades seguiam as regras legais, mas encontravam brechas para burlá-las no tocante à identidade dos indígenas. Se fosse considerado que eles estivessem integrados à sociedade, já perdiam o direito às terras aldeadas. Essa condição, além de absurda, era subjetiva, dando ensejo a decisões arbitrárias.

Mesmo diante de toda a pressão do Estado, os indígenas não se mostraram passivos e ofereceram resistência, sustentando sua identidade. O sentimento de pertencimento ainda existia mesmo quando a condição jurídica acabava. Apesar de todos esses entraves, parte deles conseguiu viver aldeada, conservando sua identidade, dividindo hábitos comuns, apesar das imposições de matrizes eurocêntricas.

Os efeitos e as consequências da política de assimilação, no que concerne aos direitos indígenas, não se limitaram ao período da administração de Pombal, tendo se estendido a outros momentos históricos. No Brasil, o Império aprofundou o projeto de assimilação contemplado na gestão do ministro de Dom José I. De acordo com o pensamento de Almeida e Moreira (2012, p. 12):

A política indigenista do estado imperial brasileiro acentuou a proposta assimilacionista lançada por Pombal, incentivando o processo de individualização das terras indígenas com um discurso humanitário que visava integrar os índios em igualdade de condições, transformando-os em cidadãos. Afinal, os ideais de civilização e progresso característicos do novo Estado não comportavam a ideia de

índios, nem de vida comunitária. O objetivo era, sem dúvida, extinguir as aldeias, mas de acordo com a lei e respeitando-se os direitos dos índios, enquanto eles fossem considerados como tais.

Os planos de assimilação e de integração dos indígenas à sociedade foram pautados pela ideia de “civilização” e tiveram como parâmetro a sociedade europeia. Tal projeto foi semeado na política pombalina, mas germinou e cresceu aprofundando-se em muitos outros períodos do Estado brasileiro. Assim, serviu de esteio para a tomada de decisões e para a realização de arbitrariedades em relação aos povos originários. Desconsideraram-se e ignoraram-se valores de comunidades e de culturas ancestrais em prol do desenvolvimento. Na perspectiva de um Estado civilizado e inclinado ao progresso, prevalecia o individualismo em detrimento dos indígenas e de sua forma de organização social.

Assim, diante do exposto, os indígenas foram cobiçados como mão de obra pelos colonos para trabalhar na agricultura, como contingente populacional para povoar as fronteiras da Colônia, considerando que a Metrópole tinha receio de perder seus territórios. Para além disso, houve a negação de sua língua, cultura, hábitos, etnia, religião, inclusive da sua própria “existência”, para sustentar um plano mercantilista que teve como sucedâneo o capitalismo. O Diretório continha um projeto de assimilação cujo objetivo era a “civilização” dos povos indígenas, que se perpetuou e ainda persiste na sociedade, ocasionando sérios problemas de sociabilidade.

Há quem diga que a intenção de Dom José I e de Marquês de Pombal, com a produção e com a aplicação do Diretório Pombalino, não era de prejudicar os indígenas, mas de executar um projeto de acordo com a conjuntura do século XVIII. O argumento de quem defende o Diretório pode ser de que os indígenas não foram passivos, pois ofereciam resistência, formavam alianças e ocupavam altos cargos. Todavia, no seu âmago, foram prejudicados e violentados em seus direitos fundamentais. Isso não pode ser desconsiderado nem justificado por ter acontecido em determinado momento da história, considerando que deixou marcas profundas nas sociabilidades e nos direitos aos territórios.

O Diretório não teve seus efeitos circunscritos ao período oitocentista. Semeou ideias, como a política de assimilação e de integração, que ainda vigora na sociedade contemporânea em desfavor dos indígenas, os quais lutam fortemente para existir e resistir.

3.2 Os indígenas no contexto da Ditadura Militar

Durante a Ditadura Militar, o Estado tinha como objetivo o desenvolvimento do país, mesmo que isso custasse um alto preço para os indígenas. Os governantes elaboraram projetos de infraestrutura com estradas e hidrelétricas que modernizariam e desenvolveriam a economia, mas infelizmente os povos originários ficaram à margem desses programas. O próprio Serviço de Proteção Nacional ao Índio (SPI) e a Fundação Nacional do Índio (Funai), órgãos responsáveis pela proteção destes, foram penalizados por terem agido contra os interesses dos indígenas.

Depois do golpe de 1964, foi implementado no Brasil um novo *modus operandi*, com a finalidade de estimular o crescimento econômico nacional. Nessa perspectiva, investiu-se na expansão do planejamento de grandes construções e projetos predatórios que se disseminaram pelo Estado brasileiro. Tais ações se mostraram indiferentes a relevantes fatores sociais na materialização de obras, como o contato e o deslocamento indígena nas áreas afetadas por aquelas (CABRAL, 2020, p. 112).

Ressalta-se que, embora tenham ocorrido com bem mais intensidade no período ditatorial, esses desmandos relativos aos direitos indígenas remetem ao período anterior ao golpe militar de 1964, muito embora a Constituição de 1934 já contemplasse em seu conteúdo, no artigo 129, diversos direitos a estes povos (CABRAL, 2020, p. 114).

A Ditadura Militar consistiu um momento no qual as atenções voltaram-se para o desenvolvimento do Brasil, mediante o plano de Integração Nacional. Nessa perspectiva, a Amazônia tornou-se um grande polo desse plano desenvolvimentista, onde seriam construídas estradas e hidrelétricas, além de serem concedidos subsídios econômicos para a exploração de recursos da região. Essa política que fez uso das remoções forçadas e das ocupações desordenadas resultou na espoliação e na desterritorialização dos indígenas, numa verdadeira tentativa de aniquilação destes (ARAÚJO, 2006, p. 35).

Esse momento histórico pode ser considerado de extrema crueldade para com os indígenas da região, os quais eram submetidos a contatos forçados e a frentes de atração, expondo-se aos perigos das expedições que aconteciam sem o menor cuidado e zelo, desprovidas até mesmo de vacina. Essas ações resultaram na redução de aproximadamente dois terços da população dos povos Paraná, no Mato Grosso do Sul. Nesse momento, as remoções forçadas, o alto índice de mortes e a imposição da convivência entre etnias consideradas inimigas aconteceram com frequência (BRASIL, 2014, p. 209).

O plano de desenvolvimento econômico e as ações empreendidas no Programa de Integração Nacional realizados durante a Ditadura Militar colocaram em xeque a cultura dos povos originários e repercutem na vida dos indígenas até os dias atuais. As estradas edificadas ao longo dos territórios indígenas, assim como a construção de hidrelétricas que passaram a inundar os territórios destes, apenas confirmam as remoções forçadas dos povos originários nesse período. Havia omissão e conivência dos órgãos que deveriam protegê-los.

Houve a implantação de diversos projetos, seja de âmbito público ou particular, em terras indígenas, no decorrer da Ditadura Militar, os quais destruíram os territórios e abalaram a cultura dos povos originários. Dentre os projetos desenvolvidos no período, cita-se o Calha Norte, um programa de desenvolvimento e defesa da região Norte do Brasil que previa a ocupação militar de uma faixa do território nacional localizada ao Norte da Calha do Rio Solimões e do Rio Amazonas. A justificativa utilizada para a implantação desse projeto foi a de reforçar a presença nacional no decorrer da fronteira amazônica, considerada frágil (NEGÓCIO, 2017, p. 274). A mesma autora cita outro projeto de expansão de desenvolvimento à época, o Carajás. Relacionado com a mineração, foi desenvolvido sem qualquer consulta à comunidade indígena, de maneira agressiva, destrutiva, deteriorando o meio ambiente, o ar, o solo, as bacias hídricas, arruinando o habitat natural dos animais silvestres e dos sítios arqueológicos.

Quanto ao garimpo ilegal na região, assim dispõe o relatório da Comissão Nacional da Verdade (BRASIL, 2014, p. 209):

O impacto dos garimpeiros, que chegaram a cerca de 40 mil no final da década de 1980, foi devastador. Não há um número oficial de mortos em decorrência dessas invasões, mas se estima que chegue aos milhares. Comunidades inteiras desapareceram em decorrência das epidemias, dos conflitos com garimpeiros, ou assoladas pela fome. Os garimpeiros aliciaram indígenas, que largaram seus modos de vida e passaram a viver nos garimpos. A prostituição e o sequestro de crianças agravaram a situação de desagregação social.

Na atualidade, os problemas se repetem. A comunidade indígena Yanomami sofre com as consequências do garimpo ilegal. Consoante o relatório do II Fórum de Lideranças da Terra Indígena Yanomami, os garimpeiros invadiram-nas e estão causando sérios danos a estas. A contaminação por diferentes tipos de doenças sem o devido tratamento é um dos graves problemas do garimpo ilegal, pois há omissão do Estado quanto à prestação de serviço de saúde. A poluição da terra e dos rios tem comprometido a caça, a pesca e a colheita. A prostituição das indígenas e o aliciamento dos povos originários têm se tornado uma grande

preocupação para esta comunidade, que sofre com o receio da extinção (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, online, p. 1-2).

Há um verdadeiro descaso do Estado com a comunidade indígena. A comparação tem como finalidade demonstrar que existe alguma similaridade entre o período da ditadura e o da atualidade em relação à situação do garimpo ilegal em terras indígenas. A busca pelo crescimento econômico e a indiferença com a vida dos membros da comunidade fazem parte dessa história. As terras indígenas são visadas pelo Estado e pelo setor privado por seu potencial de desenvolvimento econômico e os povos originários são considerados um “estorvo” em face da expansão do país.

3.2.1 SPI e Funai

O Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado pelo Decreto 8072/1910 e a Fundação Nacional do Índio (Funai) foram instituídos com o objetivo de trabalhar em favor dos indígenas, atuando na demarcação de terras, dentre outros assuntos de interesse destes. Ambos tiveram, por determinado espaço de tempo, vigência durante a Ditadura Militar. Nesse período, constatou-se, por meio do Relatório Figueiredo, uma série de irregularidades de toda sorte cometidas por esses órgãos contra os indígenas.

Resultado de uma aliança entre civis e militares, o SPI enfrentava um antagonismo desde a sua gênese. Apesar de ter como ofício a proteção dos indígenas, o órgão tinha um viés assimilacionista e integracionista, quando queria prepará-los para tornarem-se parte da “comunhão nacional”, ao pretenderem transformá-los em trabalhadores rurais. No final das contas, poderia ir de encontro à cultura, à história e à organização social destes grupos (VALENTE, 2019, p. 29).

Nessa perspectiva, os órgãos indigenistas já nasceram com vícios tão graves que macularam o seu propósito maior, que é o de proteção aos indígenas. A integração e a assimilação, incorporadas pelo SPI e pela Funai, negaram a cultura indígena, desmantelando sua organização social, explorando seus territórios, invisibilizando suas crenças e existência. Negar direitos destes para desenvolver a economia é ir de encontro aos objetivos institucionais e de toda a legislação até então contemplada.

No final da década de 1960, o SPI foi alvo de uma série de denúncias acerca de várias inconsistências, como irregularidades administrativas, corrupção, gestão fraudulenta do patrimônio indígena, sobretudo dos recursos naturais das terras destes. Em razão disso, o governo se pronunciou no sentido de apurar as denúncias, punir os culpados e criar um órgão

indigenista que tivesse condutas totalmente diferentes das já praticadas pelo SPI, extinto em 1967. A Funai foi, portanto, um sucedâneo deste, criada com competência para desempenhar o papel de tutora dos indígenas, “garantir a posse permanente” das terras habitadas por estes e o usufruto exclusivo dos recursos nelas existentes (ARAÚJO, 2006, p. 31).

A Funai não se diferenciou muito do SPI. Deu continuidade à política voltada para o desenvolvimento do país, em detrimento das comunidades indígenas. Serviu de apoio na construção de infraestrutura para o Estado desenvolver a economia, prejudicando as comunidades que até hoje são vítimas das remoções forçadas. As instituições que deveriam dar suporte aos indígenas usavam os instrumentos que dispunham e atuavam em desfavor destes.

Durante a Ditadura Militar, várias etnias foram vítimas da desterritorialização, que, não raras vezes, acontecia com o emprego da violência. As remoções eram precedidas dos contatos e das frentes de atração, métodos utilizados sem o menor critério e precaução. Em sua maioria, não era municiada de vacinas, levando muitos indígenas a óbito. Como ilustração, cabe ressaltar a pequena quantidade de terras que o SPI demarcou no Mato Grosso. Muitos indígenas das etnias Guarani e Kaiowá foram reassentados nesses lugares, o que ocasionou diversos atritos. Foram relocados à custa de violência, vendo suas casas pegando fogo (BRASIL, 2014, p. 207).

O projeto da construção da Usina de Itaipu saiu do papel quando se tornou uma obra de relevante interesse para o Estado paraguaio, na época, sob a gestão de Alfredo Stroessner. Mesmo prevendo uma grande inundação em ambos os territórios (paraguaio e brasileiro), todo esse processo aconteceu com a anuência da Funai (BRASIL, 2014, p. 218-219). Os efeitos dessa ação repercutem no presente. As terras que eram habitadas pelos povos Guarani estão atualmente ocupadas pela criação de gado e pela plantação da cana-de-açúcar que abastece o mercado de biocombustível do Brasil. Diante da desterritorialização, os Guarani estão cometendo suicídio (SURVIVAL INTERNATIONAL, 2017, online).

Os povos Guarani têm um grande desenvolvimento espiritual e, portanto, uma intensa relação com os territórios. Vivendo em péssimas condições e sem poder desenvolver sua cultura, não conseguem se conectar, de forma mais aprofundada, com seus ancestrais nem ter contato com os elementos sagrados situados nos seus territórios. Os Guarani, até hoje, não conseguiram recuperar seus territórios.

A base das violações de direitos humanos ocorridas na Ditadura Militar consistiu nos processos de expulsão e de remoção dos indígenas dos seus territórios. O Estado lançava mão das certidões negativas para proceder à expropriação (BRASIL, 2014, p. 221).

De acordo com o relatório da Comissão Nacional da Verdade (BRASIL, 2014, p. 218-219):

Os elementos e conclusões do relatório da CPI de 1977 demonstram que, em muitos casos, a Funai emitiu certidões negativas mesmo sem ter conhecimento e informações suficientes para afirmar com certeza que um dado território não era de ocupação indígena. Em outros casos, emitiu certidão negativa, mesmo municiada de conhecimento e informações que indicavam ocupação de um ou mais povos na região.

Uma atrocidade cometida durante a ditadura foi o caso conhecido como Massacre do Paralelo 11, ocorrido na década de 1960, no Mato Grosso do Sul. Esse episódio reuniu todo tipo de crueldades, como roubo, estupro, assassinato, grilagem, tortura, dentre outras, contra os Povos Cinta-Larga. Um pequeno avião soltou uma dinamite sobre uma aldeia destes, matando 30 pessoas. O tronco era usado para moer os tornozelos e, em um episódio, lançaram mão de uma arma de alto poder destrutivo, como a Winchester-44, vitimando todos os indígenas que se encontravam no momento dos disparos (NEGÓCIO, 2017, p. 270-271).

3.2.2 Guarda Rural Indígena, Reformatório Krenak e Fazenda Guarani

A Funai e o SPI cometeram arbitrariedades contra os indígenas na Ditadura Militar, seja por ação ou por omissão. Muitas crueldades foram perpetradas com a conivência dessas instituições, de viés integracionista e do próprio Estado. A criação de Guardas Rurais Indígenas, do Reformatório Krenak e da Fazenda Guarani atesta o quanto os povos originários foram vítimas de todo plano de desenvolvimento traçado até então para o país. As terras indígenas despertaram grande interesse no processo de crescimento econômico, seja de construção de estradas, de hidrelétricas, da expansão de latifúndios ou até mesmo de mineradoras.

A Guarda Rural Indígena era uma espécie de polícia paramilitar formada por indígenas detentos que ganhavam a confiança da Funai e prestavam serviços para esta. Para alcançar tal cargo, era preciso trabalhar em detrimento dos interesses dos próprios indígenas, o que rendia alguns “benefícios” para os GRINs, conforme relata Correa (2003, p. 141-142):

Tornar-se um GRIN permitia ao índio detento maior liberdade e melhores condições dentro do reformatório, já que os guardas rurais tinham um *status* diferenciado dos outros índios e valorizado pelos policiais militares, seus professores. Exercer a função de guarda rural no reformatório implicava em não trabalhar nas atividades programadas - basicamente trabalhos braçais - ficando encarregado apenas de vigiar sua execução pelos índios detidos; receber um salário e dispor de melhores condições de acomodação e alimentação que os outros índios; sair com maior frequência e facilidade da área indígena, além de não estar sujeito aos rigores e

intensidade das punições aplicadas pelos funcionários. Mesmo os guardas indígenas enviados para um período de reenquadramento, apesar de terem suas atitudes e comportamentos vigiados como os índios confinados, ficavam isentos dos trabalhos braçais, exercendo somente a função de guarda do reformatório.

Outro meio de repressão aos indígenas, além da Guarda Rural Indígena, foram os centros de detenção, como o Reformatório Krenak e a Fazenda Guarani. Ambos prendiam indígenas sob a justificativa de manter a ordem, punindo-os e recuperando-os das práticas e desmandos cometidos, como vadiagem, alcoolismo e abusos sexuais (CORREA, 2003, p. 134-136).

Todavia, autores divergem quanto aos motivos das detenções. Nessa perspectiva, o autor mencionado acima entende que as principais razões dos encarceramentos dos indígenas estavam relacionadas ao uso de bebidas alcóolicas, homicídio, vadiagem, agressão à mulher, atritos com o chefe, prostituição, relações sexuais com outros índios, roubo, uso de drogas, dentre outros (CORREA, 2003, p. 139).

Por outro lado, consoante Dias Filho (2015, p. 141), o motivo das detenções estava relacionado com a resistência dos indígenas em ceder seus territórios para a implementação dos projetos do Estado: “Em muitos casos havia coincidência entre a resistência das tribos e a implantação de projetos dos governos militares, tanto para a abertura de estradas quanto para a instalação de empresas e frentes agrícolas”.

Levando-se em consideração até mesmo o material extraído da Comissão Nacional da Verdade, percebe-se o quanto os territórios indígenas foram cobiçados pelos estados para colocar em prática o plano de desenvolvimento do país, que esteve em ascensão durante a Ditadura Militar. O mesmo raciocínio não pode ser diferente quando se trata dos centros de detenção. Tomando por base o pensamento de Dias Filho, os indígenas representavam um estorvo e um entrave ao plano desenvolvimentista. Manter a ordem seria calar os indígenas e impedi-los de oferecer resistência quando da invasão dos seus territórios na busca da execução do referido plano. E uma forma de calá-los e afastá-los de seus territórios seria transformá-los em rebeldes detentos que viveriam afastados das suas terras.

O Reformatório Krenak esteve em vigor entre os anos de 1969 e 1972 e funcionou na área de um antigo posto indígena no estado de Minas Gerais – Posto Indígena Guido Marlière (PIGM). Era uma entidade responsável pela recuperação de indígenas tidos como criminosos, gerida pela Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG) – por meio de convênio entre esta e a Funai (CORREA, 2003, p. 129).

O Reformatório Krenak perdurou por um curto período, sendo logo substituído por outro centro de detenção: a Fazenda Guarani. Esta tinha uma estrutura superior ao

Reformatório, contando com 65 prédios, luz elétrica, dentre outros. Tratava-se de uma antiga fazenda produtora de café na cidade de Carmésia. A intenção, dessa vez, seria não só recuperar, mas educar os índios, visando à integração nacional e ao trabalho (CORREA, 2003, p. 143).

Na Fazenda Guarani, os indígenas eram presos, dentre outros motivos, com o escopo de aculturação e assimilação para serem integrados à sociedade. Dessa maneira, estes seriam “educados” de acordo com os interesses do Estado e do plano de desenvolvimento que se desenhara até então. Os costumes indígenas iam de encontro aos objetivos do Estado que visavam a adquirir as terras indígenas, assim como garantir a mão de obra destes.

3.3 Os indígenas e a Constituição Federal de 1988

Porque a nossa luta por demarcação de terra não é só para que nós tenhamos o nosso território, mas é também para que os outros seres tenham. Quem está escutando a paca, cotia, lontras, abelhas, as formigas, as samaúmas e todos os seres sagrados visíveis e invisíveis que estão vivendo dentro da floresta? Ninguém! Então a nossa luta pelos territórios é para que os cemitérios sejam respeitados e para que esses seres que permitem que a gente possa viver nosso equilíbrio também continuem vivendo (TAKUÁ, 2019, p. 105).

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das anteriores, consagrou normas de caráter plural, concebendo uma série de direitos aos povos indígenas. Distanciando-se de uma ordem assimilacionista e integracionista, o texto constitucional confere autonomia a estes, bem como reconhece seus modos de vida, costumes, tradições e as terras que tradicionalmente ocupam. Os direitos não se limitam mais à tutela do Estado nem estão relacionados à hierarquização e à homogeneização. Ademais, derivam de uma série de reivindicações internacionais e nacionais, no sentido da salvaguarda dos direitos de identidade e de reconhecimento como elementos imprescindíveis ao exercício destes. Nessa perspectiva, a Constituição pode ser considerada paradigmática (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 175-176).

Os arcabouços constitucionais anteriores refletiam a realidade dos estados pautados por uma ordem integracionista e assimilacionista, na qual os indígenas deveriam se integrar à sociedade, num processo civilizatório, transformando-se em cidadãos. Tratava-se da clivagem do tipo “selvagem/civilizado”, dentre outras alcunhas, as quais colocavam os indígenas sempre em situação de desvantagem por não aceitarem a cultura professada por estes. Nessa perspectiva, viviam em uma realidade de aculturação, na qual seus modos, hábitos, religião, culinária e outras formas de manifestação de sua essência eram subvalorizadas.

A Constituição Federal de 1988 rompeu com a ideia assimilacionista e, no lugar disto, ineditamente, reservou um capítulo inteiro aos indígenas e outros artigos de forma esparsa ao longo do texto. Reconheceu a cultura dos povos originários, protegendo seus modos de vida, culturas e tradições, bem como o direito à demarcação de suas terras. Nessa toada, consagrou a diversidade em face do integracionismo e da homogeneização impulsionados a partir da cultura ocidental. Os indígenas puderam, finalmente, professar sua cultura.

Os povos originários têm liberdade para viver de acordo com seus costumes, mas isso não lhes tira o direito de adotar outros hábitos e modos de vida. Nessa perspectiva, adotando outros valores, não lhes pode ser negada sua identidade nem se pode categorizá-los no binômio integrados e não integrados. A identidade não pode ser determinada por terceiros, de forma que a classificação da identidade por estes deve ser erradicada assim como o regime tutelar (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 178-179).

3.3.1 Direitos coletivos e territoriais

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) confere a esses povos, de acordo com o artigo 231, “[...] o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam [...]”. Contudo, não impõe quaisquer tipos de cultura ou valores aos povos tradicionais. Sendo assim, são livres para escolher a forma de organização social, os modos de vida, os hábitos a serem seguidos, dentre outros. O que a Constituição proíbe é a prática de políticas assimilacionistas e integracionistas que impõem um modelo de vida a essas populações. A Constituição propugna a diversidade e a interculturalidade, o que favorece a interação entre culturas diferentes. Já a classificação da identificação por terceiros remete a um período de forte presença de aculturação em que os indígenas eram integrados e emancipados pelo Estado. Esta era uma forma de retirar os direitos desses povos, em especial os relativos aos territórios.

De acordo com Santos Filho (2012, p. 158-159), contemplar os direitos à diferença cultural e linguística no texto da Constituição Federal não implica garantia do exercício destes. Para o autor, o reconhecimento por completo seria colocar em pé de igualdade as diversas culturas existentes no Brasil e a cultura “nacional” brasileira. Para o autor, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a diversidade de culturas e línguas, mas manteve como predominante a cultura nacional e a língua portuguesa. Quanto ao direito à educação e à língua (bilinguismo), Santos Filho (2012, p. 158-159) entende que o idioma nacional se

sobrepõe ao indígena e critica o alcance deste quando questiona que não é utilizado nas instituições do país e não se tem direito a um intérprete.

De fato, há um grande vazio quanto aos direitos à educação e ao bilinguismo. Por mais que a Constituição Federal tenha avançado rompendo com o paradigma da assimilação e da integração, as instituições ainda estão voltadas para a cultura “nacional”. É necessário que haja adaptações e políticas públicas, além da vontade política e da sociedade para que os comandos constitucionais que versam sobre os direitos indígenas possam ser efetivados.

O artigo 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegurou aos indígenas o direito às terras ao “[...] reconhecer os direitos originários destes sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-la, protegê-la e fazer respeitar todos os seus bens”. Esse dispositivo foi um grande avanço, considerando que as terras indígenas sempre foram alvo de disputa, espoliação, violência e desrespeito. Ademais, estas possuem, para os povos originários, um valor inestimável, transcendendo o aspecto material. Ela é a base das relações familiares, a fonte de alimentação, representa a interação com o meio ambiente; é nela que se cultua a religião destes. É a partir dela que se constrói, se professa e se propaga a cultura indígena, sendo transmitida para as próximas gerações.

Na parte referente às terras, a Constituição tratou também de conceituar alguns termos, evitando futuras confusões. Assim foi feito no artigo 231, § 1º, da Constituição (BRASIL, 1988) vigente, *in verbis*:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições

Percebe-se que o constituinte delegou à terra uma dimensão espiritual quando a relaciona também com o bem-estar e a reprodução cultural dos indígenas. A Carta Magna inaugura uma mudança paradigmática no conceito de terra, a partir dos direitos indígenas. Terras tradicionalmente ocupadas são aquelas destinadas à manutenção e à sobrevivência dos povos originários. Mas não só isso; fala em reprodução física e cultural, ou seja, na perpetuação da cultura pelas próximas gerações.

O direito originário mencionado pelo constituinte tem fundamental relevância no mundo jurídico e na proteção dos direitos indígenas. Tal termo remete à Teoria do Indigenato e consiste no fato de que o direito dos indígenas sobre suas terras é congênito e precede o Estado, sendo, portanto, a este oponível. Ademais, é um direito de natureza declaratória, considerando que se legitima com a simples ocupação indígena (VILLARES, 2009, p. 114).

Nessa perspectiva, a Constituição endossou a Teoria do Indigenato e a sociedade não recebeu muito bem. Foi um instituto de fundamental relevância para os indígenas, um grande avanço, mas os setores que se sentiram “prejudicados” vêm procurando estratégias para minar a força desse instituto que pode amenizar as atrocidades e as injustiças cometidas ao longo da história. Conforme consta no artigo 221 da Constituição, § 3º, *in verbis* (BRASIL, 1988):

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação no resultado da lavra, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Apesar da clara menção dos requisitos impostos pela Constituição para a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, o garimpo em terras nestes locais é um fato preocupante e, obviamente, inconstitucional. Um caso conhecido, a nível mundial, é o garimpo nas terras Yanomami. “Enquanto o procedimento pelo qual o congresso autorize e as comunidades sejam ouvidas não estiver estabelecido em lei, qualquer concessão é ilegal” (SANTOS FILHO, 2012, p. 141).

3.3.2 Os direitos indígenas consagrados pela Constituição e o retrocesso

Desde o período da promulgação da Constituição Federal, muitas vitórias foram alcançadas, como demarcações, implementação formal de políticas públicas, adoção de políticas afirmativas, dentre outras. Por outro lado, os povos originários vêm sofrendo ameaças por serem considerados um “estorvo” para o desenvolvimento econômico. Em uma frente, as terras indígenas se mostram atraentes às ações do Estado que querem explorar recursos hídricos e minerais, como na Usina Belo Monte. Por outro ângulo, o agronegócio tem uma leitura de que as terras indígenas são um empecilho para a exploração econômica e abertura da fronteira agrícola (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 179).

O teor dos comandos constitucionais, em matéria de demarcação de terras indígenas, tem desagradado a muitos. Para compartilhar da insatisfação, alguns se reúnem na bancada ruralista, no Congresso Nacional, para colocar à prova todas as conquistas trazidas pela Carta. As tentativas de tirar força constitucional do artigo 231 ocorrem em vários âmbitos: reforma legislativa, atuação contenciosa no Judiciário e tentativa de enfraquecimento da Funai (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 179-180). A nível de ilustração, a Proposta de Emenda à Constituição 215 já tentou delegar ao Congresso Nacional a demarcação de territórios

indígenas e quilombolas, assim como a ratificação de um território já aprovado, competência que hoje é da Funai.

Outro exemplo de tentativa de modificação do Texto Constitucional tem sido veiculado mediante o Projeto de Lei nº 490/2007. A referida proposta tem como um dos objetivos instituir o Marco Temporal, teoria segundo a qual se defende o direito à demarcação das terras indígenas apenas nos casos em que os povos originários estivessem na posse destes, à data da promulgação da Constituição Federal (CEZAR; SOUZA, 2021, p. 2).

O Marco Temporal constitui uma investida legislativa contra os direitos constitucionais indígenas e é totalmente incompatível com o direito originário contemplado na Constituição. Fixar uma data como parâmetro para demarcar as terras indígenas é insustentável quando muitas comunidades foram expulsas e removidas de seus territórios, sobretudo na Ditadura Militar, como foi abordado anteriormente.

O supracitado Projeto de Lei também tem como escopo autorizar a instalação e a construção de hidrelétricas, estradas, mineração e empreendimentos agropecuários sem que sejam respeitados os comandos constitucionais e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Ou seja, todos esses projetos e infraestrutura poderão ser construídos mesmo sem o consenso livre, prévio e informado das comunidades interessadas (CEZAR; SOUZA, 2021, p. 2).

É todo um empenho da bancada ruralista se movendo na direção dos seus interesses, mesmo que isso implique a violação dos direitos indígenas consagrados na Constituição Federal de 1988. Assim se comportam os Poderes quando pretendem desconsiderar a força constitucional, ao tentar solapar a densidade dos seus comandos por meio de uma lei infraconstitucional.

Sabe-se que, em um país no qual se persegue o crescimento econômico a todo custo e o individualismo impera, esse Projeto de Lei mostra-se extremamente perigoso e prejudicial aos indígenas. A história já provou mais de uma vez que estes costumam ser preteridos, como o foram pela ambição dos portugueses. Na Ditadura Militar, os povos originários mais uma vez se prejudicaram quando estradas cortando terras indígenas foram construídas, além de hidrelétricas prejudicando várias comunidades, como exposto no tópico anterior. Não fizeram sequer um projeto para arrefecer os efeitos deletérios ocasionados pelas obras.

Outro objetivo do Projeto de Lei nº 490/2007 é abrir margem para contatar povos indígenas que optam por viver isoladamente. O contato teria como justificativa o interesse público, seja por empresa pública ou privada, inclusive por associação de missionários. Essa medida pode ser um desastre para esses povos, que, por estarem isolados, têm imunidade mais

baixa e estão mais suscetíveis a contrair doenças das quais os não indígenas podem ser vetores de transmissão (CEZAR; SOUZA, 2021, p. 2).

Sobre a atuação do Poder legislativo, aduz Araújo Júnior (2018, p. 232):

(...) Houve desde 1988, momentos relevantes para o avanço dos direitos indígenas. Hoje porém, ele abriga a mais feroz oposição a qualquer escopo de concretização do artigo 231 na legislação infraconstitucional, tendo em vista os interesses econômicos dos chamados ruralistas nas terras que os indígenas tradicionalmente ocupam, havendo um fluxo acelerado de projetos que denegam direitos ou criminalizam condutas, ao mesmo tempo que o Estatuto das Sociedades não avança.

Para Araújo Júnior (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 211-212), o Poder Executivo tem sua contribuição no processo de retrocesso dos direitos indígenas. Devido ao sucateamento da Funai, enfrentado nos últimos governos, a demarcação das terras indígenas tem regredido. O Estado passou a enxergar o processo de reconhecimento destas como um projeto secundário. Isso resulta no agravamento de conflitos, em especial nos casos de demarcação mais controversos, como o dos Povos Guarani Kaiowá. Esse processo tem se agravado desde o impeachment da presidenta Dilma Rousseff em 2016, facilitando o protagonismo do segmento com pautas conflitantes com os interesses indígenas. Além disso, nessas circunstâncias, a mediação da Funai com estes torna-se ainda mais difícil de ser concretizada (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, P. 211-212).

Quanto à seara jurídica, percebe-se muitas dificuldades na consecução da demarcação das terras indígenas, em especial, após o julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em virtude da suscitação da tese ruralista do marco temporal imposta pelo Supremo Tribunal Federal.

4 DIREITOS INDÍGENAS E A TESE DO MARCO TEMPORAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como foi mencionado no capítulo anterior, a ordem constitucional vigente rompeu com o assimilacionismo e o integracionismo, os quais buscavam aculturar os indígenas e inseri-los em um padrão cultural homogêneo. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) destinou a estes um capítulo, além de comandos dispersos ao longo do texto.

De acordo com Souza Filho (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 76), os direitos coletivos têm início com o nascimento da comunidade, grupos ou povos e acabam com a sua morte. Nessa perspectiva, os marcos temporais desses direitos se materializam diferentemente dos marcos dos direitos individuais. Os direitos coletivos encontram amparo no texto constitucional. Em relação aos indígenas, a Constituição Federal salvaguarda seus modos de vida, costumes, tradições e suas terras para assegurar sua sobrevivência e perpetuar sua cultura. O artigo 231, *in verbis*, aponta o seguinte: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

Outrossim, em consonância com o artigo 3º, incisos III e IV, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabeleceu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, respectivamente (BRASIL, 1988).

Diante desse breve esboço, percebe-se que a Constituição Federal de 1988 está voltada para a diversidade e a pluralidade. Todavia, há um descompasso das instituições frente aos preceitos constitucionais quando, por exemplo, o Judiciário interpreta um artigo e o faz pautado no assimilacionismo e no integracionismo. Há um profundo retrocesso estrutural.

Um julgamento emblemático que será objeto de estudo deste trabalho é a Petição nº 3.388, relativa à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, fundamental por diversos fatores. Um deles é que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu condicionantes e a tese ruralista do Marco Temporal, os quais vêm ocasionando conflitos fundiários e prejuízos aos indígenas.

4.1 Jurisprudência da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

A decisão da Petição nº 3.388, ou do julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, foi favorável aos indígenas, porém os ministros do Supremo Tribunal Federal instituíram 19 salvaguardas, cujos conteúdos estão em total desacordo com os preceitos constitucionais. Um ponto que vai de encontro à Constituição e a sua interpretação sistemática é a tese do Marco Temporal, segundo o qual, só terão direito às terras os indígenas que estivessem na posse destas na data da promulgação da Constituição Federal, ou seja, no dia 5 de outubro de 1988. Nesse sentido foi o voto do ministro Carlos Ayres Britto, proferido na Petição nº 3.388 (BRASIL, 2009, p. 295-296):

[...] Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, ‘dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam’. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra Pet 3.388 / RR referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação [...].

No entanto, a tese em questão contraria o instituto do Indigenato, adotado pela Constituição Federal de 1988. Tal teoria remonta ao Alvará de 1º de abril de 1680 e reconhece os títulos das terras indígenas como congênitos, revestindo-lhes de legitimidade e distinguindo-os dos títulos adquiridos (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 147).

Nessa esteira, no período colonial foi criado texto legal que tratava sobre direito dos indígenas às terras tradicionalmente por eles ocupadas. Ademais, a Constituição Federal de 1934 inovou ao contemplar em seu texto, de maneira expressa, o instituto do Indigenato, no artigo 29. Desde então, as constituições subsequentes vêm recepcionando a referida teoria, a qual tem como ponto nodular que os direitos dos indígenas às suas terras são preexistentes à Constituição (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 20-21).

Nesse diapasão, criar um marco temporal para demarcar as terras dos povos originários significa ir na contramão dos direitos que a legislação e as constituições brasileiras vêm assegurando aos indígenas desde o Brasil Colônia. No atual Texto Constitucional, no *caput* do artigo 231, são reconhecidos a estes os direitos originários às terras que

tradicionalmente ocupam (BRASIL, 1988). Nada melhor para tentar arrefecer as injustiças perpetradas contra os primeiros habitantes de um território vasto e rico em recursos naturais.

Consoante José Afonso da Silva (2018, p. 26-27), não há previsão expressa de um marco temporal na Constituição Federal de 1988, nesta há uma continuação de um direito reconhecido desde a Constituição de 1934. Com o Marco Temporal, os indígenas ficam largados à própria sorte, quando, na verdade, a intenção dessa interpretação é acabar com os litígios entre indígenas e terceiros interessados nos territórios dos povos originários, mesmo que estes saiam em desvantagem e o texto constitucional seja sacrificado.

Na realidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal ainda veem os indígenas sob uma lente integracionista e assimilacionista. Nem todos votaram a favor do modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas. A fundamentação dos votos não é consentânea com um Estado cuja Constituição reconhece os direitos contemplados no capítulo relativo aos povos originários.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 803.462/ MS, o relator Teori Zavascki relatou uma espécie de exceção para o Marco Temporal: o renitente esbulho. De acordo com o ministro (BRASIL, 2014^a, p. 5-6):

[...] 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. [...].

Os indígenas tiveram suas terras e seus recursos espoliados desde a colonização. Como foi abordado no capítulo anterior, muitas comunidades foram expulsas e removidas de seus territórios, sem ostentar a menor chance de defesa. Grande parte das comunidades estão fora de suas terras por terem sido obrigados a deixá-las e, em momento algum, quiseram sair.

Vale ressaltar que, antes da Constituição Federal de 1988, os povos originários estavam sob a tutela do Estado, e eram, portanto, considerados incapazes. Nessa perspectiva, era impossível judicializar as questões relativas aos seus interesses, como, no caso, os seus territórios. Os indígenas só conquistaram esse direito com a atual Constituição, logo essa tese do renitente esbulho não se justifica, porquanto estes reagiram de outras formas, por exemplo, expondo suas vidas quando enfrentavam os invasores das terras (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 274-276).

Ademais, os povos originários eram tutelados pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI) e pela Fundação Nacional do Índio (Funai), os quais colocaram em xeque os direitos dos indígenas, sobretudo os relacionados às suas terras. Assim, a via judicial não era o meio mais indicado para resolver esses conflitos fundiários. O enfrentamento direto também não se mostrava viável por ir de encontro ao próprio ordenamento jurídico. Para além disso, os invasores contavam com recursos inacessíveis aos povos indígenas, como o aparato estatal, mediante o órgão tutelar e a prisão de cinco anos para os povos originários que se voltassem contra o sistema (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 68).

Consoante esboçado no item relativo à Ditadura Militar, foram construídas duas penitenciárias com apoio da Funai nesse período, o Reformatório Krenak e a Fazenda Guarani, cujo objetivo era punir os indígenas que resistissem às invasões e às remoções forçadas. Na realidade, eles mascararam o escopo dessas instituições sob o argumento de que tinham como objetivo puni-los pelo uso de álcool, falta ao trabalho, dentre outros motivos (DIAS FILHO, 2015, p. 141).

Outra discussão trazida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da aludida ação popular (Petição nº 3.388) foi a teoria do fato indígena, a qual se contrapõe ao Indigenato e é bem mais abrangente que a exigência constitucional imposta mediante a ocupação tradicional das terras pelos povos originários.

O instituto do fato indígena tem como pressupostos o Marco Temporal e os fatores econômico, ecológico, cultural e demográfico. Nesse diapasão, são necessários os requisitos: habitação permanente e economia, ou seja, as terras devem ser utilizadas para prover o sustento, a sobrevivência, mediante a caça e a pesca, por exemplo. Por fim, os fatores ecológicos – a terra como indispensável à preservação dos recursos naturais essenciais ao seu bem-estar – e o cultural e demográfico – no qual as terras são imprescindíveis à sua reprodução física e cultural (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 63).

Para que se configure o fato indígena, é necessário que os quatro elementos estejam presentes. Isso dificulta a demarcação das terras indígenas, considerando que alguns deles são extremamente subjetivos e, portanto, poderão resultar em decisões desfavoráveis e injustas para os indígenas, violando os preceitos constitucionais.

Quanto à demarcação das terras de forma contínua ou por ilhas, entra em discussão as questões da habitação e da ocupação. Os impetrantes da ação popular (Petição nº 3.388) tencionavam a demarcação por ilhas, alegando que os indígenas só teriam direito aos territórios relativos à sua moradia, levando-se em consideração a habitação, e não a ocupação. Dalmo Dallari de Abreu enfatiza esse ponto, ao mencionar que foi objeto de discussão na

Constituinte. Afirma este autor que enquanto os defensores dos direitos indígenas entendiam que a expressão mais indicada para constar na Constituição Federal de 1988 era o termo “ocupam”, outros divergiam e eram a favor do termo “habitar” (DALLARI, 2018, p. 272).

Ainda de acordo com o mesmo autor, a expressão consentânea com a Constituição Federal de 1988 é “ocupam”, isso porque a necessidade dos indígenas vai além de habitação e transcende o materialismo. A ocupação é muito mais abrangente e inclui o local por onde eles circulam, encontram seu material de trabalho, caçam, pescam, fazem seus rituais, dançam, onde estão os lugares sagrados, dentre outras (DALLARI, 2018, p. 272). Entretanto, mais lamentável do que alguns votos em desfavor dos indígenas, quanto ao tipo de demarcação, se contínua ou por ilhas, são os fundamentos assimilacionistas e integracionistas que deram lastro a estes.

O ministro Eros Grau, por exemplo, argumentou que no Brasil existe apenas uma nacionalidade e os indígenas fazem parte desta, os quais, muito embora tenham tratamento constitucional diferenciado, integram o mesmo povo. Critica a Declaração dos povos originários, cujo texto traz como prerrogativas indígenas o seu direito à autodeterminação e à autonomia. Vale destacar que esse diploma internacional não faz nenhum tipo de alusão à secessão e à divisão política, mas ao direito dos indígenas de se organizarem administrativa e juridicamente e de viverem em um Estado plurinacional (BRASIL, 2009, p. 518-519).

O Estado-direito como ora existente e, tal como defende o ministro, exclui os povos originários quando não reconhece os direitos que lhes confere a Constituição, como por exemplo, a demarcação de suas terras. É uma situação complexa e excludente abrigar em um Estado uma diversidade de culturas, impondo a estas os costumes de apenas uma nação. Não é isso que preconiza a Constituição.

No que diz respeito ao voto do ministro Cezar Peluso, foram proferidas as seguintes considerações sobre as populações indígenas (BRASIL, 2009, p. 540):

[...] há algumas populações que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional. E, mais do que isso, as tarefas de segurança nacional, evidentemente, não podem ficar a cargo de populações que não têm capacidade operacional, nem sequer equipamentos para desempenho de ações que supõem a reconhecida complexidade da era moderna.

O supracitado ministro fez esse relato para justificar a entrada das forças armadas nas terras indígenas sem a anuência deles para a construção de obras de infraestrutura, estradas, aeroportos e tudo que achar conveniente para a defesa do território. Considerando que este encontra-se numa faixa de fronteira, pode este órgão, portanto, “[...] fiscalizar, intervir, assentar-se, integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das

populações indígenas' [...] tudo isso sem consulta prévia e autorização dos indígenas” (BRASIL, 2009, p. 540-542).

É notório como, mesmo com a mudança de paradigma da Constituição Federal quanto às práticas assimilacionistas e integracionistas, a cúpula do Poder Judiciário ainda reproduz tais condutas de forma clara e desrespeitosa em relação às comunidades indígenas. Esse entendimento remonta ao período colonial e não é cabível em um Estado regido por princípios normativos plurais. Esse pensamento já era censurável no período cuja escravidão era permitida. Atualmente, é inaceitável. É lamentável um ministro do Supremo Tribunal Federal externar uma opinião tão retrógrada e alheia aos direitos das minorias, não merecendo o respaldo do judiciário.

4.2 Análise dos acórdãos

São analisados alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal com base no Marco Temporal, selecionados de acordo com a metodologia apresentada na introdução.

4.2.1 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF (Terra Indígena Guyraroká; Etnia Guarani Kaiowá)

Avelino Antonio Donatti interpôs Recurso Ordinário em Mandado de Segurança contra a Portaria nº 3.219, de 7 de outubro de 2009, do ministro da Justiça, na qual foi declarada a posse permanente da etnia Guarani Kaiowá, onde está localizada a Terra indígena denominada Guyraroká. O recorrente tentou medida liminar sob a justificativa de ser titular das propriedades cujo domínio e posse lhe pertencem (BRASIL, 2014c, p. 4). Todavia, segundo laudo antropológico da Funai, a posse das referidas comunidades indígenas é bastante antiga. Os indígenas ficaram na propriedade até aproximadamente 1950, e não saíram voluntariamente. Tiveram seus territórios usurpados e foram compelidos a deixá-los, passando-se, então 70 anos (BRASIL, 2014c, p. 4-5).

Para dar continuidade à relação espiritual e estreita que têm com a terra e com seus ancestrais, de acordo com o laudo antropológico da Funai acostada nos autos, os indígenas da etnia Guarani Kaiowá tornaram-se trabalhadores dos fazendeiros que se apropriaram dos territórios dos povos originários. Isso mostra a ligação antropológica e a transcendência da materialidade que esses mantêm com os territórios.

O vínculo que os povos indígenas possuem com a terra é fonte de sobrevivência física e cultural e assim é reconhecido pela Constituição Federal de 1988, no artigo 221. Através dele, perpetuam-se costumes, hábitos, dança, religião, culinária, rituais, entre outros, e propagam-se os modos de vida às futuras gerações.

Apesar de toda essa complexidade, alguns ministros desta Corte entendem que podem conceder mandado de segurança (MS) quando há necessidade de dilação probatória. O Ministro Ricardo Lewandowski foi incisivo no seu entendimento de que não é possível deferir o remédio constitucional nessas circunstâncias, citando inclusive jurisprudências da Corte nesse sentido: MS nº 25.483/DF, relator ministro Carlos Britto; RMS nº 22.913/AM, relator ministro Gilmar Mendes; MS nº 20.751/DF, relator ministro Moreira Alves; MS nº 21.575/MS, relator ministro Marco Aurélio, entre outras decisões (BRASIL, 2014c, p. 7-10).

Na contramão desse entendimento, o ministro Gilmar Mendes entende que o MS é o instrumento viável no caso, considerando que a única prova a ser averiguada é o Marco Temporal e, tratando-se disso, o laudo da Funai é suficiente, porquanto atesta que, na data da promulgação da Constituição, os indígenas da etnia Guarani Kaiowá não estavam na posse da terra. O ministro se pronuncia no sentido de que o Marco Temporal deve ser aplicado a todos os demais processos.

O Marco Temporal foi suscitado no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, mas, como esposado, alguns ministros estão querendo vinculá-lo aos demais processos, inclusive em sede de liminar. Isso é preocupante por se tratar de direitos de minorias, sujeitos que dependem, muitas vezes, da proteção do Estado, em especial, do Judiciário.

Se por um ângulo a Constituição Federal de 1988 consagrou os interesses territoriais dos povos originários, a hermenêutica atual que o Supremo Tribunal Federal imprime em relação ao artigo 231 da Constituição Federal deturpa esses direitos. O resultado dessa interpretação é a negação do direito à terra e, por conseguinte, da dignidade das vidas indígenas, em decorrência do vínculo estreito e congênito que estas pessoas têm com o território. Se observado dessa forma, a tese do Marco Temporal viola direitos fundamentais (ALCÂNTARA; TINÔCO; MAIA, 2018, p. 473-474).

A aplicação do Marco Temporal em todos os processos é temerária, porquanto se trata de uma hermenêutica gramatical isolada e, portanto, limitadora de direitos de sujeitos que foram contemplados com uma mudança de paradigma constitucional. Essa tese restritiva de direitos vai de encontro a uma série de garantias conferidas aos indígenas pelo texto constitucional, como o rompimento de uma visão integracionista e assimilacionista.

Nessa perspectiva, trazendo à colação parte do voto do ministro Celso de Mello, percebe-se que a Corte usa como parâmetro esse tipo de interpretação, olvidando-se de toda a proteção que o constituinte originário dispensou aos indígenas. Assim é o entendimento perfilhado pelo Ministro (BRASIL, 2014c, p. 59):

Não obstante a centralidade de que se reveste a questão pertinente às relações que os povos indígenas mantêm com a terra, é preciso ter presente que o art. 231 da Constituição – ao reconhecer aos índios direitos sobre as terras ‘que tradicionalmente ocupam’ – estabeleceu, de maneira bastante precisa, quanto ao fato da ocupação indígena, um marco temporal que, situado em 05 de outubro de 1988, atua como aquele ‘insubstituível referencial’ a que aludiu, em seu voto, na Pet 3.388/RR, o eminente Ministro Ayres Britto).

Expandir essa interpretação é trair a própria essência constitucional dos direitos originários reconhecidos aos indígenas. A Constituição não fixou nenhum marco para os direitos indígenas; ao revés, desde 1934 acolhe a teoria adotada do Indigenato. Nessa perspectiva, os direitos às terras indígenas precedem o Estado e a Constituição Federal (SILVA, 2018, p. 20-21).

Consoante José Afonso da Silva, não existe na Constituição nenhuma palavra ou cláusula que trabalhe com data certa explícita ou implicitamente. Se existe um marco constitucional, seria o da Constituição de 1934, o que não implica a necessidade da posse dos indígenas no local nesta data para configurar a tradicionalidade da ocupação, porquanto poderiam ter deixado o lugar involuntariamente (SILVA, 2018, p. 26).

Contudo, o Ministro Gilmar Mendes justificou seu voto alegando ser a favor do Marco Temporal de ocupação, e concluiu: “O objetivo principal dessa limitação foi procurar dar fim a disputas infundáveis sobre terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas” (BRASIL, 2014c, p. 23-24).

Nessa esteira, segundo o Ministro, o objetivo do Marco Temporal é resolver litígios, até para aplacar as violências. Ocorre que as violências só têm aumentado e o Marco Temporal é uma tese construída contra os direitos dos indígenas e de toda a hermenêutica e princípios da Constituição de 1988.

Deve-se reconhecer a posse da terra ancestral não com elementos civilistas limitantes que usam como âncora balizas e invenções de novos critérios limitantes que objetivam apenas a garantia da segurança jurídica na esfera dos direitos individuais. Essa visão limitante de direitos coletivos mais reflete a ideologia de dominação, extinção e integração dos indígenas e outros povos e comunidades que estão à margem da sociedade (SILVA; SOUZA FILHO, 2018, p. 323).

Os povos originários foram obrigados a deixar seus territórios, em alguns casos por causa da Ditadura, como foi exposto no segundo capítulo, e, não tendo como retornar, podem perdê-los por causa de uma interpretação em descompasso com a essência do Texto Constitucional (BRASIL, 2018, p. 265-266).

Esse tipo de segurança jurídica que somente contempla uma das partes não pode ser acatada pelo Direito, pois o referido instituto, apesar de fundamental, precisa ser aplicado com equidade e deve estender-se aos indígenas também. Assim, há de se considerar que, segundo o Indigenato, desde a Colônia, existem documentos que comprovam a posse dos territórios dos povos originários (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 265-266).

Essa segurança jurídica, tão evocada pelos Ministros nas jurisprudências, precisa alcançar todas as partes. Na visão de Araújo Júnior, “[...] trata-se, contudo, de uma segurança jurídica seletiva, que teme os impactos a serem sentidos pelos detentores de títulos de propriedade privada em terras indígenas, naturalizando a opressão sobre esses grupos [...]” ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 48).

4.2.2 Embargos de declaração nos embargos de declaração no Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF (Terra Indígena Guyraroká; Etnia Guarani Kaiowá)

Inconformada com a decisão acima, a Comunidade Indígena interpôs embargos de declaração nos embargos de declaração opostos contra a decisão do Supremo Tribunal Federal que deu seguimento a recurso ordinário e concedeu MS para declarar a nulidade da Portaria nº 3.219, de 7 de outubro de 2009, expedida por ministro de Estado da Justiça, e do processo administrativo de demarcação de Terra Indígena Guyraroká. (BRASIL, 2016, p. 1).

A União manifestou seu inconformismo demonstrando a necessidade da dilação probatória da lide e entendeu não ser cabível a aplicação da tese firmada na Petição nº 3.388/RR, como sendo o Marco Temporal, motivo pelo qual alega que o acórdão embargado teria sido omissivo no ponto (BRASIL, 2016, p. 3).

Quanto à Comunidade Indígena Guyraroká, interpôs os embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes. Requer a sua citação na condição de litisconsorte passivo necessário, mostrando-se insatisfeita com a simples representação pela Funai, dado que a Constituição lhe assegura a capacidade civil e processual, de acordo com o artigo 232 desta; pugna pela não utilização do Marco Temporal de 1988 à lide em questão e pela nulidade dos títulos de propriedade sobre a área (BRASIL, 2016, p. 3).

Quanto à tradicionalidade das terras, o Ministro Gilmar Mendes aplicou ao caso a Súmula 650 do Superior Tribunal Federal, que dispõe o seguinte: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Acontece que muitas remoções forçadas aconteceram há pouco tempo, conforme explanado no capítulo anterior. Ocorreram muitas expulsões na ditadura pelo próprio Estado (BRASIL, 2014b, p. 207).

Como foi analisado, o SPI arrendava e vendia as terras indígenas, mesmo sabendo que pertenciam a esses. A Funai continuou com a mesma sistemática. Nessa perspectiva, aplicar essa súmula quando a remoção aconteceu há 70 anos não é razoável (BRASIL, 2014b, p. 207).

O ministro, citando Teori Zavascki, ainda faz referência ao seguinte acórdão (BRASIL, 2014, p. 9):

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.

Em 1940, os indígenas viviam sob o regime de tutela e, portanto, não tinham capacidade processual nem civil para litigar em nome próprio, para judicializar. Os direitos dos povos originários eram relegados, além deles terem sido ludibriados durante toda a história (BARBOSA; CUNHA, 2018, p. 274-276).

Quanto ao segundo requisito, conflito que se materializa por circunstância de fato, é difícil apreendê-lo e visualizá-lo, considerando que o direito não admite esse tipo de conduta, seja a autotutela ou qualquer outro que faça uso da violência.

O referido ministro não aceitou o pedido de litisconsórcio facultativo nem concedeu os embargos. Por mais que a Constituição reconheça institutos de fundamental importância para os indígenas, se não há a participação de todos os entes, fica mais difícil materializar o direito. A função de intérprete da lei é essencial, em especial quando se trata da defesa de direitos de comunidades que foram colonizadas. Necessita-se, portanto, de uma hermenêutica sistemática que concretize e capte o sentido que o constituinte originário quis imprimir no texto constitucional, como o rompimento do assimilacionismo e do integracionismo.

4.2.3 Agravo Regimental na Ação Rescisória nº 2.686/ DF (Terra Indígena Guyraroká; Etnia Guarani Kaiowá)

Trata-se de AR interposta pela Comunidade Indígena Guyaroká com o escopo de desconstituir a decisão proferida no RMS nº 29.087 (discutido acima). Inconformados com a decisão prolatada pela Corte, a comunidade recorreu visando atingir algumas reformas para que a decisão seja mais consentânea com a Constituição Federal de 1988.

Entre os pedidos formulados, propugnou-se pela intimação do Ministério Público, considerando que sua participação nas ações que envolvam direitos indígenas é um requisito constitucional, de acordo com o artigo 232 da Constituição Federal de 1988. No caso ventilado, a comunidade entende ser a participação do Parquet imprescindível por se tratar de extinção prematura do processo, como foi o caso de concessão do MS em matéria complexa, sobre a qual cabia dilação probatória, notoriamente a via eleita não era a mais indicada para a realização do feito (BRASIL, 2021, p. 5).

No RMS nº 29.087, o laudo antropológico não foi analisado, levando-se em consideração, na ocasião, apenas a tese do Marco Temporal. Todavia, pela leitura daquele, percebe-se que os indígenas incorreram no caso de renitente esbulho, instituto jurídico considerado pelo Supremo Tribunal Federal como uma exceção ao Marco Temporal. Nessa esteira, a Comunidade alega que houve erro de fato pela falta de exame dos fatos ocorridos (BRASIL, 2014c, p. 6).

Os indígenas continuaram trabalhando na fazenda, denotando que aquele território era essencial e imprescindível para a propagação de sua cultura e para o contato com seus ancestrais, além de prover seu sustento. Para que se configure o renitente esbulho, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é necessário que a comunidade judicialize ou ofereça resistência física. Nesse caso, houve a continuidade da posse, no sentido de que os povos originários, como consta no laudo antropológico, resistiram e continuaram no território, demonstrando a relação dialógica que mantêm com a terra e seus recursos.

A matéria que consta no laudo antropológico não foi sequer analisada, bastando para o julgamento da lide a prova pré-constituída do Marco Temporal, sem que fossem averiguadas as circunstâncias, como no caso do cuidado que a comunidade teve de não quebrar o vínculo que existia com o território.

A etnia indígena também pugna pela sua inserção como litisconsorte necessário. Diante dos comandos constitucionais e infraconstitucionais (Código Civil – artigo 4º) e dos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, os indígenas possuem capacidade civil e processual e, portanto, têm direito de participar das ações no polo ativo ou passivo. Nessa perspectiva, a participação da Funai no feito não é suficiente, pois no Brasil não existe

mais a figura da tutela orfanológica. Assim, os indígenas foram prejudicados com a destituição da demarcação, sem direito de manifestar-se.

Apesar da evidência dos direitos a que faz jus a recorrente, a decisão do acórdão foi desfavorável em alguns pontos à comunidade dos indígenas, tendo prosperado apenas quanto à necessidade de citação.

4.2.4 Agravo Regimental No Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462/MS (Terra Indígena Limão Verde; Etnia Terena)

Trata-se de Agravo Regimental impetrado em face de decisão que, em litígio em que se se questiona acerca da legitimidade da posse indígena de terras localizadas no município de Aquiduana, no estado do Mato Grosso do Sul (Fazenda Santa Bárbara), conhece de agravo para negar seguimento a recurso extraordinário, baseando-se no argumento de que a Súmula nº 650 do Supremo Tribunal Federal não se aplica ao caso. Alega que, muito embora o marco tradicional seja a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto do renitente esbulho ocasionado pelos não índios não implica a descaracterização da tradicionalidade da posse das terras indígenas. O recorrente alega ainda que discordar das conclusões do acórdão recorrido requer o reexame de fatos e provas, o que é proibido, de acordo com a Súmula nº 279 do Superior Tribunal Federal (BRASIL, 2015, p. 3).

No caso, o Ministro Teori Zavascki, embasado pelo laudo antropológico, diz que a última ocupação na Terra (Fazenda Santa Bárbara) datou de 1953, quando foram expulsos, e que, à época da promulgação da Constituição, não havia indígena ocupando a fazenda. O Ministro evoca a tese do Marco Temporal. No entanto, os povos originários não saíram por vontade própria, foram expulsos do local, motivo pelo qual o Tribunal Regional Federal da 3ª Região enquadrou tal conduta como renitente esbulho causado por não índios.

O Ministro aludido rebateu esse argumento da seguinte forma (BRASIL, 2014a, p. 15-16):

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, 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, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Numa sociedade cuja normatividade é regida por princípios de natureza plural, não deveria existir um padrão de resistência, um modelo estabelecido a partir de um grupo predominante, observadas as particularidades de cada um. No caso da Comunidade Terena Limão Lima Verde, a resistência factível, naquele momento, foi solicitar aos órgãos estatais, sobretudo os tutelares, pois os indígenas não tinham capacidade civil nem processual, para tomarem as medidas cabíveis, visando à defesa de suas terras. Além disso, a comunidade visitava com frequência a fazenda, transpondo os obstáculos existentes, para caçar e coletar (DUPRAT, 2018, p. 69).

São as imposições do mundo eurocêntrico, um formato no qual as demais culturas precisam se adaptar ao padrão ocidental de ser e de viver. Assim, são silenciados e esquecidos nos seus hábitos e culturas e, quando uma norma de maior estatura lhes concede direitos, a Corte determina que o sistema válido é o da cultura etnocêntrica, como se ambas não pudessem coexistir. Nesse aspecto, os direitos coletivos são sempre preteridos em razão dos direitos individuais. Há a desvalorização da cultura, costumes, modos de vida, educação, rituais, dança e tudo o que diga respeito aos povos indígenas, em descompasso com os comandos constitucionais.

Diante do exposto, o Ministro Gilmar Mendes deu provimento ao ARE e seguimento ao recurso extraordinário, julgando procedente o pedido (BRASIL, 2015, p. 16).

4.2.5 Embargos de Declaração em agravo de recursos Extraordinário n° 803.462/MS (Terra Indígena Limão Verde; etnia Terena)

A Funai e a União Federal interpuseram o recurso com vistas ao reexame da causa, mas os embargos foram rejeitados. Assim, de acordo com o Ministro Dias Toffoli, a presente ação (BRASIL, 2017, p. 11):

Cuida-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão mediante o qual a Segunda Turma desta Corte deu provimento ao agravo regimental para reformar a decisão monocrática com que se conheceu do agravo para se negar seguimento ao recurso extraordinário, aos fundamentos de que (a) a Súmula 650/STF não se aplica ao presente caso, por se tratar de hipótese diversa; (b) ‘o renitente esbulho por parte de não índios não é hábil a descaracterizar a tradicionalidade da posse nativa’ (fl. 3086); (c) dissentir das conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada pela Súmula 279/STF.

A Funai alega, em sede de preliminar, que houve ofensa ao princípio do contraditório, tendo em vista que não foi intimada para oferecer defesa no ARE da parte oposta (recurso analisado anteriormente) o qual foi provido. Sustenta ainda que o caso não pode ser

submetido totalmente ao posicionamento da Corte quando do julgamento da Petição nº 3.388 (Marco Temporal), nem da Súmula nº 650 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017, p. 5).

A autarquia argumenta ainda que o julgamento do recurso extraordinário da parte embargada requer o reexame de provas e que o artigo 231 da Constituição Federal de 1988, ao trazer a definição de terra indígena, não faz menção ao conflito possessório requisitado pelo tribunal. Portanto, foi adicionado um requisito que vai de encontro ao preceito constitucional, além de ignorar o contexto histórico do Brasil. Cita também a consumação do renitente esbulho por parte dos não indígenas, fato que relativizaria o Marco Temporal e a presença de conflitos possessórios no território indígena “Limão Verde” mediante a existência de processos administrativos intentados pela comunidade indígena no decorrer das décadas 70 e 80 do século XX (BRASIL, 2017, p. 5-6).

A União, dentre outros pedidos, também argumenta que não foi intimada, mediante a Procuradoria Geral da República, para apresentar defesa quanto ao ARE provido, motivo pelo qual requer preliminarmente a nulidade do acórdão embargado. Entende ser inadmissível o reexame de fatos e provas (BRASIL, 2017, p. 6).

Por fim, aduz a União (BRASIL, 2017, p. 6):

[...] ‘a perícia técnica demonstrou, e o acórdão regional reconheceu, à sociedade, a existência de ocupação tradicional das terras pelos índios durante séculos na região [...]’ (fl. 4173); (b) ‘o esbulho possessório sofrido pelos indígenas não afasta – somente reforça – o caráter tradicional da ocupação’ (fl. 4174); (c) ‘a exigência de demonstração do esbulho não decorre de qualquer texto normativo, mas de interpretação inovadora ocorrida somente em 19/03/2009, por ocasião do julgamento da Pet 3.388’, de modo que, ‘por ser recente essa exigência, a União entende, data vênua, que não pode haver aplicação retroativa, ou seja, as terras indígenas já identificadas e delimitadas antes do julgamento da Pet 3.388/RR não podem ser afetadas’ (fl. 4175) (BRASIL, 2017, p. 6).

Consoante os argumentos da União, houve a delimitação e identificação das terras indígenas em comento antes do julgamento da Petição nº 3.388/RR. Nessa perspectiva, há um retrocesso em relação aos direitos sociais e culturais e à segurança jurídica dos direitos indígenas, que, no caso, não é levada em consideração. Houve toda uma luta e história destes para que se chegasse nessa fase do processo demarcatório. Ademais, criaram-se expectativas e planos de concretizar e dar continuidade, nesses territórios, aos seus costumes, modos de vida, de forma que extirpar os direitos dessa comunidade seria atentar contra a dignidade da pessoa humana. Nessa concepção, não seria razoável um julgamento ter efeitos retroativos para limitar ou restringir direitos preconizados pela Constituição às comunidades indígenas.

No caso em análise, o Ministro Dias Toffoli acolheu os embargos de declaração da Funai, concedendo efeitos infringentes ao julgado embargado, sob o argumento de que o Ministro Teori Zavascki adentrou no exame de fatos e provas, matéria que não lhe competia (BRASIL, 2017, p. 12-18).

Já o Ministro Ricardo Lewandowski argumentou que a ordem econômica brasileira tem como pilar a livre iniciativa, a qual encontra amparo constitucional e é fundamental nesta conjuntura de crise econômica que nos abate, em especial o agronegócio, que ajuda a equilibrar a balança de pagamentos [...] mas há outros valores iguais ou mais importantes, como a proteção dos empreendimentos privados, da iniciativa econômica, como a proteção da cultura, tal qual o artigo 215 da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (BRASIL, 1988, p. 25).

É importante que a causa da demarcação das terras indígenas, do Marco Temporal e das outras modificações recentes na política indigenista sejam contextualizadas na conjuntura de dominação e de opressão concretos. Nessa dinâmica é fundamental que se entenda que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas não tem a ver com garantia formal da demarcação administrativa, nem com a divisão fundiária. Tem relação com uma questão bem mais profunda, diz respeito à perpetuação dos povos originários como grupos etnicamente diferenciados: diz respeito a existir e continuar existindo. Nessa perspectiva, negar-lhes o direito ao território como manda a Constituição pode significar uma sentença de morte (FERREIRA, 2018, p. 366).

O supracitado Ministro acrescenta que há um capítulo todo destinado aos indígenas, a começar pelo artigo 231, e arremata, utilizando a teoria da ponderação dos princípios de Alexy, dizendo que determinados valores deverão ser sopesados em cada caso, adequadamente. Entende que há situações de exaustão de indígenas que pugnam por terras que não são suas, mas a maioria dos casos que lhe foram submetidos corresponde ao esbulho de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ocasionando graves conflitos de terras, onde existiam vítimas mortas e feridas (BRASIL, 2017, p. 25-26). A Turma, por maioria, não acolheu os embargos de declaração (BRASIL, 2017, p. 26).

4.2.6 Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 1.017365/SC (Terra Indígena Ibirama Laklãnõ; etnia Xokleng)

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela autarquia Funai contra acórdão por meio do qual o Tribunal Regional da 4ª Região sustentou a decisão do juízo *a quo*, no tocante ao cabimento da ação de reintegração de posse pugnada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (Fatma). Tal reintegração tem como objeto terras que se encontram em processo de demarcação indígena ainda não concluída (BRASIL, 2019, p. 2).

O relator do processo em análise, ministro Edson Fachin, transcreveu, no acórdão, parte da decisão do juiz federal Sérgio Tenada Renato Garcia, o qual sentenciou o agravo de instrumento nº 2009.04.00.028614-2/SC, interposto pela Funai, já com trânsito em julgado, conforme relata-se adiante (BRASIL, 2019, p. 7).

Salienta-se que, em outro momento, foi ajuizada ação (ACO nº 1.100), em face da Portaria nº 1.128/2003 (folhas 29-39), do ministro da justiça, e atos administrativos que validam a novel demarcação de área, assim como os limites da Reserva de Ibirama-La Klânõ. Nesse sentido, a supracitada portaria declarou a posse permanente das comunidades Guarani, Kaingang e Xokleng em relação à terra indígena Ibirama-La Klânõ, no estado de Santa Catarina. Provavelmente, essa área demarcada inclui a de propriedade da Fatma (BRASIL, 2019, p. 7-8).

A lide se dá, de acordo com a análise dos autos, porque, embora haja a referida portaria do ministro da Justiça, o processo de demarcação da terra indígena, objeto da lide, não foi concluído. Segundo o supracitado magistrado, não houve o reconhecimento da área, neste momento ocupada pela comunidade indígena, como sendo tradicionalmente ocupada. Aduz ainda que, somente com base na portaria, não é possível proceder à imissão na posse dos indígenas, caso contrário haveria incidência de esbulho possessório, além do que, sem a precedência do princípio do devido processo legal, estaria prejudicado o Estado Democrático de Direito, considerando que a imissão na posse não dispensa este princípio (BRASIL, 2019, p. 8). Manteve-se a decisão *a quo*, como a reintegração da posse à Fatma, sendo desprovidos os recursos (BRASIL, 2019, p. 9).

Essa digressão, voltando-se à apreciação do magistrado do Tribunal da 4ª Região, faz-se necessária para que se entenda o mote do deslinde. A presente ação, a qual a Funai ingressou com recurso extraordinário com pedido de repercussão, visa a atacar essa decisão, alegando, num primeiro momento, que as comunidades indígenas possuem direito imprescritível às terras, as quais são inalienáveis e indisponíveis (BRASIL, 2019, p. 4).

Aduz a autarquia, em sintonia com a hermenêutica do ordenamento jurídico, ser dispensável ao gozo dos direitos à terra, assim como aos demais assegurados pela Constituição Federal de 1988, que haja a demarcação de terras, uma vez que esta não tem

natureza constitutiva, mas meramente declaratória. Isso decorre da teoria do Indigenato adotada pela Constituição, segundo a qual os indígenas possuem direitos congênitos às terras habitadas por estes, independentemente de qualquer título (BRASIL, 2019, p. 10).

A Funai faz alusão ao artigo 231, parágrafos 2º, 4º, 5º e 6º, da Constituição Federal, cujo teor versa sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. Esse primeiro comando constitucional estabelece que tais terras são de posse permanente desses povos, sendo inalienáveis e indisponíveis, e que os direitos sobre elas são imprescritíveis. A referida autarquia destaca a importância dos dois últimos parágrafos citados, considerando que o 5º proíbe a remoção forçada dos indígenas, salvo em situações bem delimitadas, além de o 6º determinar nulas e extintas, sem aptidão para produzir qualquer efeito jurídico, a posse ou a ocupação das terras indígenas por não índios (BRASIL, 2019, p. 10).

A Funai entende que a parte autora (Fatma) não possui direito à reintegração da posse até a homologação do processo demarcatório, enfatizando vários pontos. A começar, porque a área objeto da lide compreende ocupação imemorial, contemplada pela Portaria MJ nº 1.128/2003, atendendo a todos os requisitos administrativos, além de encontrar guarida na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019, p. 11).

A autarquia cita a relevante teoria do Indigenato, que remonta aos Atos Régios de 1º de abril de 1680 e de 6 de junho de 1775, com o conseqüente reconhecimento das terras indígenas como congênitas. Acredita ser tal instituto incompatível com os comandos da Lei de Terras (Lei nº 601/1850), mediante a qual as terras indígenas foram consideradas devolutas, passando, portanto, a serem de titularidade dos estados, podendo ser alienadas por estes, de acordo com o artigo 64 da Constituição de 1964 (BRASIL, 2019, p. 11).

O Ministro relator Edson Fachin entendeu como essencial a fixação de hermenêutica constitucionalmente compatível com o instituto da posse indígena de terras no Brasil. Em suas conclusões, constatou ser possível o conhecimento do recurso extraordinário interposto pela supracitada autarquia quanto ao desrespeito ao conteúdo do artigo 231, *caput*, e parágrafos 1º ao 6º do Texto Constitucional (BRASIL, 2019, p. 11).

Para que se chegue ao acolhimento ou não do RE, é fundamental o reconhecimento de repercussão geral da presente questão, com o escopo de analisar o mérito da causa constitucional posta em causa, com amparo no artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição, e 1035 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019, p. 11-12).

Segundo o Ministro Edson Fachin, o Supremo Tribunal Federal, no período de 2008 e 2009, dedicou-se ao caso Raposa Serra do Sol, cujo objeto foi a demarcação das terras indígenas no Estado de Roraima, tencionando garantir aos índios as terras que ocupavam

tradicionalmente. Na ocasião, foram estabelecidas 19 condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena. Entretanto, de acordo com o Ministro, a respeito do aludido caso: “[...] no julgamento dos embargos declaratórios, o Plenário desta Casa assentou a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão [...]” (BRASIL, 2019, p. 22).

Nessa perspectiva, o Ministro Fachin entende que são contínuos os conflitos fundiários em decorrência da disputa das terras dos indígenas pelos não índios, sendo que estes pugnam pela demarcação das terras ou o respeito pelas demarcadas, ao passo que aqueles alegam que detêm a titularidade da área. Em razão disso, o referido Ministro aduz ser essencial o reconhecimento da repercussão geral da questão, com o escopo de que a integralidade dos direitos contemplados na Constituição Federal, como sendo direitos fundamentais dos indígenas, sejam alcançados na extensão interpretativa que se depreende do artigo 231 da Constituição (BRASIL, 2019, p. 23).

De acordo com o artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de propriedade da União, porém aos povos originários são assegurados a posse e o usufruto destas conforme o parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição (BRASIL, 2019, p. 23-24):

Portanto, o domínio dessas áreas pertence à União, reservando-se aos índios a posse e o usufruto dessas terras, compreendidas nos termos do § 1º do artigo 231 da Constituição, como ‘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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições’ (BRASIL, 2019, p. 23-24).

Apesar de a Constituição ser bem clara quanto ao estatuto da posse das terras indígenas, há divergências na sociedade e no Poder Judiciário quanto ao assunto. Diante da importância desta Corte, faz-se necessário dedicar-se à matéria para julgá-la com efeitos vinculantes. A relação dos indígenas com a terra transcende a questão econômica, tendo um viés antropológico, em que são herdados legados culturais. Os indígenas resistem para manter essa relação dialógica com a terra, e isso remonta à época da colonização (BRASIL, 2019, p. 24).

O Ministro Edson Fachin reconhece a Teoria do Indigenato, citando o Alvará Régio e toda a cadeia de leis infraconstitucionais e constitucionais que conferem os direitos originários aos povos indígenas e, como exemplo, relata sobre as Constituições de 1934 e de 1988 (BRASIL, 2019, p. 24-28).

Apesar de toda essa proteção dispensada às terras indígenas e aos hábitos destes povos consagrada na Constituição de 1988, assim como nas que a precederam e em documentos legais anteriores, a causa indígena não foi amenizada e ainda é um problema a ser resolvido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição. A questão não trata de matéria civil, como posse e domínio, mas da sobrevivência de pessoas, comunidades, etnias, línguas e modos de vida, os quais integram a diversidade social brasileira.

A tese do Marco Temporal tem um objetivo contrário: submete os direitos originários à posse civil e ignora a relação peculiar dos povos indígenas com suas terras, ou seja, que os direitos territoriais dos povos originários são condição para a materialização dos direitos à identidade cultural e sobrevivência como povo organizado (FERNANDES, 2018, p. 50).

Como a decisão prolatada na Petição nº 3.388 não tem caráter vinculante e há questões divergentes que precisam ser solucionadas pelo Supremo, tendo em vista que os conflitos sociais somente se intensificam, mostra-se relevante que este Tribunal se dedique à matéria em processo com efeitos vinculantes para achar saídas para o caso dos indígenas no Brasil, tema delicado que merece atenção.

O Ministro Edson Fachin decidiu o seguinte: “Assim sendo, entendo caracterizada a repercussão geral do tema referente à definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do contido no artigo 231 da Constituição da República” (BRASIL, 2019, p. 29).

Nesse contexto, a presente ação se mostra de fundamental importância para as comunidades, porquanto têm o escopo de discutir, de um lado, o Marco Temporal e, de outro, os direitos estabelecidos pelo artigo 231, *caput* e parágrafos da Constituição Federal. Muito embora o Julgamento da Petição nº 3.388 que deu origem ao instituto do Marco Temporal não tenha efeitos automáticos, este instituto jurídico vem sendo aplicado nas decisões, causando confusões e dúvidas acerca do tema. Assim, o presente processo com repercussão geral visa a pacificar a jurisprudência, pois da forma como se encontra vem contribuindo com violentos conflitos, prejudicando o lado mais vulnerável, que, no caso, são os indígenas.

Ao julgar o mérito da ação cujo objeto é a reintegração de posse movida pela Fatma em face dos indígenas, a decisão vai ter efeitos vinculantes, vindo a se estender, portanto, a outros casos. É imperioso que esta Corte adote como tese a teoria do Indigenato endossada pela Constituição Federal de 1988 e garanta os direitos originários das comunidades indígenas às suas terras. Como esposado anteriormente, o ministro Edson Fachin assim entendeu o estatuto da posse dos direitos indígenas aos territórios.

Nessa perspectiva, a Teoria do Indigenato, cuja origem data do período colonial, com o Alvará de 1º de abril de 1680, tendo continuidade com a Lei nº 6, de junho de 1775, além de incidir nos textos constitucionais desde 1934, rege os direitos territoriais indígenas. Assim, esses direitos preexistem à própria Constituição, tendo sido albergados desde a Constituição de 1934 como direitos fundamentais, como um valor de sobrevivência física e cultural (SILVA, 2018, p. 21-29).

Nesse diapasão, as demarcações têm natureza meramente declaratória. Tal qual a natureza jurídica da usucapião, porquanto é um direito originário amparado pelos comandos legais e constitucionais apontados acima. Não há sentido falar em reintegração de posse, como sustentaram o juiz *a quo* e o Tribunal da 4ª Região, baseados na alegação de que o processo de demarcação estacionou na portaria no ministro da Justiça e, portanto, não houve a conclusão do procedimento. Como bem argumentou a Funai, a comunidade tem direito às terras, independentemente da conclusão desse procedimento. Assim, não há ofensa ao Estado Democrático de Direito, como afirmou o magistrado do referido Tribunal, no caso de imissão da posse.

Cabe salientar que de acordo com o artigo 1035, § 5º do Código de Processo Civil, o Ministro Edson Fachin estabeleceu, nos autos do processo relativo ao recurso extraordinário 1.017.365, a suspensão nacional dos processos judiciais, sobretudo, ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, inclusive os recursos relacionados a essas ações. Tudo isso sem colocar em desvantagem os povos indígenas no tocante aos direitos territoriais, tendo como parâmetro para o termo final dessa determinação o fim da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (tema 1031), o que acontecer por derradeiro, com exceção de decisão posterior em sentido contrário (BRASIL, 2022, p. 111-112).

Cabe destacar que o julgamento da Repercussão Geral já teve início e o primeiro voto foi prolatado pelo ministro Edson Fachin, seguido do ministro Kássio Nunes Marques.

Em um voto emblemático, o ministro Edson Fachin, rejeitou a tese do Marco Temporal no julgamento referente à demarcação das terras indígenas, relativo ao Recurso Extraordinário 1.017.365, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ademais reiterou o caráter originário dos direitos constitucionais indígenas, caracterizados por ele como cláusula pétrea (APIB, online).

Por outro lado, reproduzindo alegações dos segmentos do agronegócio, o ministro Kássio Nunes Marques manifestou seu voto em defesa da tese do Marco Temporal para a

demarcação das terras indígenas. Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, online).

Com o voto a favor da tese dos ruralistas, o ministro Nunes Marques gerou uma discordância em relação ao voto do ministro Edson Fachin, o qual reconhece os direitos constitucionais indígenas e vai de encontro ao Marco Temporal. O ministro Alexandre de Moraes entendeu ser necessário examinar os votos para compreender o posicionamento dos ministros, motivo pelo qual, decidiu pedir vista, suspendendo o julgamento (BRASIL, 2022, p. 111-112).

5 JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Os povos originários enfrentam um momento desafiador, tanto para a sua cultura quanto para os seus direitos, com a suscitação da tese ruralista do Marco Temporal, a qual vai de encontro ao instituto do Indigenato, consagrado pelo artigo 231, *caput* da Constituição Federal. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos inovou com a interpretação evolutiva. Por meio de uma hermenêutica expansiva, o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos compreende, além da propriedade privada, a propriedade comunal. Mais interessante é que ao julgar alguns casos sobre comunidades indígenas, esse Tribunal o fez de acordo com o Indigenato, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, o qual adota o fato indígena.

5.1 Caso Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua

O julgamento acerca do litígio da Comunidade Mayagna Awas Tingni, em face do Estado da Nicarágua, proposta no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi histórico. Por meio desse, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou a interpretação evolutiva em relação ao direito de propriedade consubstanciado no artigo 21 da Convenção Americana, entendendo que esse dispositivo contempla também a propriedade comunal.

De acordo com, o artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos, a interpretação evolutiva, baseada em um corpus jurídico dos quais os estados sejam signatários e na legislação interna, expandiu o antigo cânone hermenêutico. Nesse contexto, entendeu que o artigo 21 da Convenção Americana também faz referência à propriedade comunal e ancestral, referente a dos povos indígenas, e não apenas à propriedade privada, individual e de natureza liberal.

De acordo com Lacerda e Lins Júnior, “O caso Awas Tingni contra Nicarágua foi o primeiro julgado da Corte Interamericana a reconhecer a propriedade coletiva dos indígenas sobre um território, levando em consideração suas condições étnico-culturais.” (LACERDA; LINS JÚNIOR, 2017, p. 261)

No tocante ao caso Mayagna Vs. Nicarágua, a colaboração fundamental da interpretação evolutiva dos direitos humanos está relacionada a um novo entendimento interpretativo para conduzir a apreciação das normas internacionais e nacionais do caso, auxiliar a jurisprudência do referenciado Tribunal, vantajosas às coletividades diferenciadas

étnico-culturalmente “e possibilitar o ingresso no espaço jurisdicional internacional dos membros da comunidade Awas Tingni com status de porta-vozes privilegiados da memória dos valores culturais locais e das atrocidades sócio-estatais” (OLIVEIRA, 2013, p. 55-56).

A Corte invoca a interpretação evolutiva para chegar ao reconhecimento do direito de propriedade coletiva dos indígenas. Para tanto, utiliza como fundamento jurídico o artigo 29, b, da Convenção Americana, o 31 da Convenção de Viena, acolhendo a ocorrência de outros tratados que reconheçam este direito, como no caso da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que em seu artigo 14.125, reconhece os direitos dos povos originários as suas terras (LACERDA; LINS JÚNIOR, 2017, p. 261).

Passando à análise da jurisprudência, consoante o antropólogo Theodore Macdonald Jr, a comunidade Mayagna Awas Tingi “atualmente é um grupo que tem liderança e forma de organização social próprias e que se reconhece como uma comunidade indígena.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 21)

Conforme o andamento do processo, a corte Interamericana concluiu que o Estado outorgou uma concessão de parte do território indígena à empresa SOLCARSA, por 30 anos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 42).

Segundo testemunho Brooklyn Rivera Bryan, a Comunidade Awas Tingni, a qual é a diretamente prejudicada com a concessão, tem uma posse preexistente à criação do Estado nicaraguense, e tem um direito preexistente sobre as terras e os recursos que nestas se encontram. A concessão à SOLCARSA a prejudica, considerando que a exploração seria executada neste território, que, por tradição, tem ocupado para viver e desempenhar suas tarefas e programas culturais, econômicos e sociais (...) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 42).

Nessa perspectiva, o Estado, além de não ter demarcado, delimitado e titulado as terras referenciadas, ainda outorgou a concessão para uma empresa explorar os recursos existentes no território, o que poderia ocasionar inúmeros danos à comunidade, como por exemplo, a perda de ecossistemas, da fauna e da flora. Isso comprometeria o meio de subsistência desses povos. Além disso, os indígenas precisam de espaço para professar sua cultura, suas tradições, danças, rituais e perpetuar sua ancestralidade.

Nesse caso, a Corte declarou que o Estado da Nicarágua violou o direito à proteção judicial e o direito à propriedade, em face da Comunidade Awas Tingni, consagrados no artigo 25, 21, respectivamente, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 64).

Outrossim, o referenciado Tribunal decidiu que o Estado nicaraguense deve adotar as medidas legislativas, administrativas e as que forem necessárias “para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 64).

A Corte ainda decidiu que o Estado ou terceiros, com a sua anuência, se abstenham de qualquer ato nos territórios indígenas até que seja realizada sua delimitação, demarcação e titulação e, elencou no rol de deveres da Nicarágua, a delimitação, demarcação e titulação das terras correspondentes aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 42).

O direito de propriedade tão somente civilista, ao qual faz menção a Convenção Americana, no artigo 21, prescinde de elementos para perscrutar os aspectos coletivos e culturais que a relação dos indígenas guarda com a terra, ou em uma leitura despercebida ou literal, pode “transmitir a impressão de que o direito dos indígenas às terras que ocupam não foi contemplado ou normatizado de modo adequado.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 25)

Em mesma senda, nesse entendimento jurisprudencial, a propriedade ancestral e o vínculo espiritual passam a ser reconhecidos pela Corte como uma outra faceta de propriedade, a qual alimenta a sobrevivência dos direitos culturais. Nessa outra concepção de propriedade há uma relação dialógica dos indígenas com a terra e com a natureza, consideradas sagradas para os povos originários

Todos esses pontos são fundamentais para reflexão acerca da propriedade, principalmente no que concerne à evolução da jurisprudência da Corte quanto à valoração da ancestralidade como novo parâmetro a ser analisado, adequando-se à realidade da América Latina. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos “estes tratados de direitos humanos são instrumentos vivos cuja interpretação tem que se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições de vida atuais.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 58)

A América Latina é um lugar onde existiram muitos governos autoritários e, portanto, a democracia ainda é recente e frágil. Como foi exposto no capítulo anterior, muitos povos foram removidos das suas terras involuntariamente, com o auxílio do Estado. Há a necessidade de instituições que protejam esses povos e que lhes restituam seus territórios. A Corte Interamericana tem mostrado seu protagonismo na região ao reconhecer a propriedade comunal.

É mister também que haja o reconhecimento das propriedades indígenas com base na ancestralidade, na tradição e no vínculo que as comunidades mantêm com a terra, independentemente de qualquer título que seja, até porque, como dito anteriormente, muitos povos foram expulsos de suas terras, como por exemplo durante a ditadura. Além disso, a Constituição Federal de 1988 adotou o Indigenato.

Nessa esteira, a Corte alarga a interpretação acerca do significado de propriedade e reconhece outro tipo centrada na comunidade, cuja posse tem como fundamento a ancestralidade e o direito consuetudinário. Nessa perspectiva, esse Tribunal estabeleceu a proteção à propriedade coletiva quando determinou que o Estado deveria demarcar, delimitar e titular as terras e os bens que nestes se encontram.

Muito embora a interpretação evolutiva diga respeito à propriedade comunal, essa hermenêutica pode ser utilizada no Brasil desde que seja aplicada à posse, considerando que a propriedade das terras indígenas nesse Estado é da União.

5.2 Caso Yakye Axa vs. Paraguai

Com o aporte da interpretação evolutiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso da comunidade Yakie Axa que pleiteava seus territórios, na região do Chaco, frente ao Estado do Paraguai.

De acordo com o perito Bartomeu Melia i Lliteres, a comunidade indígena ocupava a região do Chaco até a eclosão da Guerra do Paraguai. No século XX, o governo vendeu as terras da região para outros Estados, visando quitar dívidas decorrentes da guerra, de forma que os territórios pertencentes aos indígenas jamais foram reconhecidos. Segundo o perito, estes passaram a trabalhar como peões dos novos proprietários de terras (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 89).

Ainda conforme o supracitado perito (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 89):

A problemática da perda de terras dos povos indígenas é uma questão cultural. Apesar de a Constituição Política do Paraguai reconhecer que essas sociedades indígenas são anteriores à constituição do Estado, não se chega a entender que seus territórios também são anteriores a este. Aceita-se, facilmente, que sua língua, sua organização política etc., são anteriores à constituição do Estado, mas não se aceita que suas terras o sejam.

Em virtude da falta de reconhecimento dos territórios indígenas, os povos originários foram morar numa estrada, em condições precárias, comprometendo a própria vida. De

acordo com o perito Pablo Balmaceda Rodríguez, a comunidade reside em cabanas de péssimas condições, construídas com palma e chão batido, sem vaso sanitário. Quando chove, o chão inunda e a água se mistura a todo tipo de resíduo, inclusive restos fecais que são levados até às casas e às escolas. A essa infraestrutura comprometida, soma-se o descaso com a saúde dessa população que não é assistida por agentes da área nem possui posto de saúde próximo, além da falta de recursos para a compra de medicações. O referenciado perito atesta ainda que a alimentação das crianças é de péssima qualidade e a desnutrição inevitável, implicando numa baixa estatura e na dificuldade de cognição dessas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 90).

A mudança da Comunidade Yakie Axa, afastando seus membros de sua morada de origem na qual retirava os bens indispensáveis a sua sobrevivência, não apenas física, mas mental e espiritual, para um alojamento em péssimas condições, sem ter o mínimo de recursos necessários para sua subsistência concorreu bastante para o agravamento da vida deste povo, interferindo no direito à saúde, à educação e à identidade cultural (AGUIAR, 2017, p. 289).

Tais fatos levam a crer, cada vez mais, o quanto os territórios são importantes para as comunidades indígenas, tanto para sua sobrevivência física quanto cultural. Vale salientar que as crianças e os idosos são muito vulneráveis a doenças e a sua morte pode comprometer a perpetuação da cultura e a fruição de uma vida digna.

Evidentemente, as circunstâncias em que vivem atualmente, os membros da comunidade já são determinantes para admitir que a conduta do Estado viola profundamente vários direitos indígenas, inclusive o da dignidade da vida humana. Nessa perspectiva, a Corte Interamericana ao expandir tal ideia coloca em destaque as atrocidades física, psíquica, espiritual e cultural que “a Comunidade Yakie Axa experimentou por conta do descaso e desídia do Estado que, em nenhum momento, deixou de ter consciência das possíveis consequências de suas condutas.” (AGUIAR, 2017, p. 288)

As terras são uma questão de relevo para os povos indígenas nos países da América Latina. Apesar de serem essenciais a esses povos, os direitos territoriais não são reconhecidos em sua plenitude, daí a importância da interpretação evolutiva dada pela Corte. É o reconhecimento das terras em decorrência da ancestralidade, valorizando a cultura e a identidade de povos que criaram vínculos forjados no decorrer dos tempos em razão da convivência em suas terras.

Na jurisprudência, a supracitada Corte invoca a interpretação evolutiva para conferir aos indígenas Yakie Axa o direito à propriedade. Entende que a relação destes com a terra suplanta o aspecto material e de sobrevivência, havendo, portanto, uma ligação espiritual.

Os indígenas somente conseguirão materializar seus direitos mediante a posse de suas terras. Nessa perspectiva, terão garantidos a sua sobrevivência física com a caça, pesca e a colheita; e a sobrevivência cultural por intermédio dos seus ritos de iniciação, danças, crenças e montes sagrados. Poderão exercer a medicina tradicional para curar suas enfermidades e, dessa forma, sair do estado de miséria, no qual se encontram. É nesse sentido que a Corte faz a interpretação expansiva, para garantir os meios materiais e espirituais e assegurar uma vida digna, valorizando a identidade das comunidades.

Em relação aos conflitos pelos territórios, aduz a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 128):

Quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, a própria Convenção Americana e a jurisprudência do Tribunal oferecem as diretrizes para definir as restrições admissíveis ao gozo e ao exercício destes direitos, a saber: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.

Adentrando na Proporcionalidade, a Corte determinou que os Estados devem levar em consideração que “os direitos territoriais indígenas incluem um conceito mais amplo e diferente que está relacionado com o direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, com o controle de seu habitat como uma condição necessária para a reprodução de sua cultura (...)” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 128).

Segundo esse tribunal, isso não implica que, sempre que estejam em questão os interesses territoriais privados ou estatais e dos territórios dos integrantes das comunidades indígenas, predominem aqueles sobre estes. Essa Corte entende que quando os Estados não puderem, por razões concretas e fundamentadas, aplicar mecanismos para restituir o território indígena e os recursos pertencentes a estes, o referenciado Tribunal compreende que: “a compensação que se conceda deve ter como orientação principal o significado que possui a terra para elas” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 129).

Ainda sobre esse assunto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz menção ao artigo 16.4 da Convenção nº 169 da OIT, quando trata da matéria relativa ao retorno dos povos indígenas aos territórios dos quais foram deslocados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 129):

Quando o retorno não for possível, [...], esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam, pelo menos, iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam

cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

Consoante o estabelecido pela Corte IDH, a seleção e entrega de terras alternativas, o pagamento de uma justa indenização ou ambos, não ficam sob o arbítrio do Estado, mas sujeita a uma hermenêutica da Convenção nº 169 da OIT e da Convenção Americana, levando em consideração a participação dos povos que tenham interesses nas terras, sendo necessário seu consenso, mediante os procedimentos de consulta, usos, valores e direitos consuetudinários (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 90).

A Corte IDH estabeleceu a obrigação do Estado do Paraguai em garantir especiais salvaguardas aos povos originários, diante de suas peculiaridades, fragilidades e características econômicas e sociais, levando em consideração o direito consuetudinário, os usos e costumes dos povos indígenas, garantindo-lhes o direito à vida digna, viabilizando o direito à água potável, saúde, educação, alimentação, dentre outros (PIOVESAN, 2018, p. 3056).

O Tribunal entendeu que, muito embora o Paraguai adote em seu ordenamento jurídico o direito à propriedade comunitária, não aplicou os mecanismos apropriados de direito interno para efetivar esse direito por parte dos integrantes da Comunidade Yakie Axa, ameaçando outros direitos como a transmissão de sua cultura e práticas tradicionais e o livre desenvolvimento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 129).

O Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, contemplados nos artigos 8 e 25 (artigos 1.1 e 2), nessa ordem; o direito à propriedade, expresso no artigo 21 (artigos 1.1. e 2); violou o Direito à Vida, contemplado no artigo 4.1 (artigo 1.1), todos da Convenção Americana, em detrimento da comunidade indígena Yakie Axa (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 146).

A Corte IDH determinou que o Estado do Paraguai terá de identificar as terras tradicionais da comunidade e entregá-la dentro do prazo de três anos, e estabeleceu que por todo o tempo que os indígenas ainda estiverem fora de suas terras, o Estado deverá supri-los com os bens e serviços básicos de que precisem para sua subsistência, dentre muitas outras medidas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 90).

Cabe ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu os direitos territoriais da comunidade indígenas Yakie Axa, mesmo tendo sido expulsa dos seus territórios. Ou seja, o Tribunal não encontrou óbice quanto ao período em que os indígenas passaram a trabalhar para os “novos proprietários”. Situação parecida com essa ocorre no

Brasil, mais precisamente no território “Limão Verde”. Os direitos territoriais dos membros dessa comunidade foram negados pelo Estado sob o argumento de que a comunidade não está mais no território tradicional há muito tempo. Entretanto, estes povos saíram por motivos alheios a sua vontade.

5.3 Caso Comunidade Sawhoyamaxa vs. Paraguai

Conforme analisado, consideráveis proporções territoriais da região do Chaco foram alienadas por empresários britânicos para solver a dívida adquirida pelo Paraguai na Guerra da Tríplice Aliança. Os povos indígenas, que à época habitavam às terras em comento, foram ignorados quanto à venda destas. A partir de então, passaram a habitar regiões de missões da Igreja Anglicana que tinha como objetivo a evangelização e pacificação dos indígenas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 30).

Ao longo dos anos, em especial, após a Guerra entre Bolívia e Paraguai (1933-1936), iniciou-se a ocupação por não-indígenas, do Chaco Boreal, os quais passaram a utilizar a mão de obra dos indígenas que habitaram tradicionalmente estas terras. As atividades capitalistas desenvolvidas pelos novos proprietários prejudicaram a mobilidade dos povos indígenas, levando a sua sedentarização (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 30).

Nas propriedades em que residiam, os indígenas integrantes da Comunidade Sawhoyamaxa não podiam realizar suas atividades de subsistência, as condições de saúde eram precárias e a pressão maior originou-se quando a referida comunidade começou a pleitear suas terras (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 46).

Atualmente, maior quantidade dos integrantes da Comunidade Sawhoyamaxa resolveu retirar-se das terras em questão, e estão morando na beira de uma estrada em condições precárias, inabitáveis, de profunda pobreza, abandonados, sem contar com qualquer tipo de serviços, aguardando que as autoridades competentes possam atender ao pedido acerca de reivindicação das terras (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 46-47).

Diz-se que existem particularidades na forma como as comunidades indígenas ocupam as terras tradicionais, que são diferentes da ocupação não-indígenas, a qual, em grande parte, ocorre mediante atividades predatórias da natureza. Nesse sentido, a título exemplificativo, cita-se a modificação de florestas em pastagens ou a derrubada da mata para a instalação da monocultura (AMARAL; BERRO, 2015, p. 8).

Os locais ocupados pela comunidade não dispõem de solo adequado para cultivo nem para o desenvolvimento das atividades de sobrevivência. Procurando resolver o problema, os indígenas tentam adquirir alimentos entrando nas terras reivindicadas. Nesse contexto, os homens visam a caça e a pesca e as mulheres a colheita de mel e frutas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 49).

Os integrantes das comunidades não possuem uma cobertura de saúde, considerando que os assentamentos não são visitados pelos agentes da saúde. Além disso, não possuem um centro de saúde, sendo preciso percorrer 46 km de distância do assentamento Santa Elisa para receber atendimento. Nesse contexto, os piores obstáculos que os membros da comunidade enfrentam estão relacionados com o transporte ao hospital e a dificuldade financeira para comprar os medicamentos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 50-51).

Nessa perspectiva, diante das difíceis situações de saúde que vêm enfrentando os referidos povos, em especial as crianças e idosos, passam a ser alvo de várias enfermidades e epidemias, sem contar com os óbitos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 51).

A comunidade é formada por 24 choças sem infraestrutura, numa situação precária. São constituídas de palma, um material encontrado na região, com chão batido, o qual inunda quando chove, pois a água não é absorvida facilmente, devido as peculiaridades da terra do Chaco. Soma-se a isso que boa parte dos integrantes da comunidade fazem suas necessidades biológicas no solo e quando chove a água mistura os excrementos com a lama empoeçada, oferecendo um enorme risco à saúde dos referidos povos originários. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 16).

Em vários casos de óbitos, as pessoas não receberam uma assistência médica prévia. Quanto às que foram levadas ao hospital, não contaram com qualquer tipo de atendimento, seja porque não dispunham de dinheiro para comprar remédios receitados ou porque os médicos diziam que não havia o que fazer (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 16).

A Corte entende que há uma grande ligação dos povos indígenas com suas terras tradicionais, com os recursos e com os elementos incorporado nelas existentes, os quais estão bastante associados à cultura das comunidades indígenas. Nesse diapasão, os territórios exercem uma profunda influência na cosmovisão e na identidade cultural desses povos, os quais possuem uma forma peculiar de atuar no mundo e não só por dependerem desses

territórios para sobreviverem fisicamente (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 135).

Novamente a Corte lança mão da interpretação evolutiva, mediante a qual o artigo 21 da Convenção Americana protege a propriedade coletiva das terras indígenas e dos recursos presentes nelas.

Nessa perspectiva, observa-se dos casos provenientes da Corte Interamericana de Direitos Humanos a manifestação de que os Estados devem resguardar, de forma efetiva, os territórios indígenas. Da mesma forma, percebe a relevância das demarcações das terras dos povos originários, reconhecendo-as necessárias para a sobrevivência material e imaterial desses. De acordo com o artigo 21, em concomitância com o 29 da Convenção Americana, procura-se efetivar o dever de proteção à propriedade comunitária junto aos países signatários, restituindo aos Povos originários seus territórios (GUEDES, SCHÄFER, LARA, 2020, p. 201).

Nesse diapasão, reconhece-se que o sentido de propriedade e posse em relação às comunidades indígenas têm uma acepção coletiva, por pertencerem à comunidade e não a um indivíduo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006). Esse tipo de propriedade e de posse difere da propriedade civil, mas devem ser protegidas da mesma forma pelo Artigo 21 da Convenção Americana. Ignorar as peculiaridades do direito ao uso e gozo dos bens, a partir da cosmovisão de cada povo seria o mesmo que sustentar que existe apenas um meio de usar e dispor dos bens, o que diminuiria a densidade da proteção do artigo 21 da Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 70).

Proteger apenas a propriedade privada e liberal seria dar continuidade às injustiças e explorações que datam da colonização e cujas vítimas foram indígenas e negros escravizados que sofreram com o racismo e outros males sociais. Tais explorações junto ao sistema capitalista, impedem essas vítimas de viverem e desenvolverem suas culturas, crenças, religiões e cosmovisões, inclusive que o Estado reconheça e demarque seus territórios.

O efetivo gozo do direito à propriedade dos povos originários em relação aos seus territórios não significa apenas a salvaguarda no âmbito econômico, mas compreende também a proteção dos direitos humanos de uma coletividade que apoia seu desenvolvimento econômico, social e cultural no vínculo com a terra (AMARAL; BERRO, 2015, p. 4).

A Constituição Paraguaia tem um entendimento muito parecido com o esposto no Instituto do Indigenato. Como no Brasil, as terras indígenas são anteriores à formação do Estado, ou seja, são congênicas, devendo, portanto, prevalecer sobre outros títulos que,

porventura, venham a contestá-las. Nessas circunstâncias, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006, p. 27):

109. O Tribunal lembra sua jurisprudência a respeito da propriedade comunitária das terras indígenas, 125 segundo a qual: 1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio concedida pelo Estado; 126 2) a posse tradicional concede aos indígenas o direito a exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 127 3) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 128 4) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias à sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre as mesmas, ainda na falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente trasladadas a terceiros de boa-fé, 129 e 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou de obter outras terras de igual extensão e qualidade.

Ainda de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006, p. 27-28):

Adicionalmente, tal como foi estabelecido nos casos das comunidades indígenas de Yakye Axa e Sawhoyamaya, o Paraguai reconhece o direito dos povos indígenas a solicitar a devolução de suas terras tradicionais perdidas,¹³¹ inclusive quando se encontrem sob domínio privado e não tenham plena posse das mesmas. ¹³² Com efeito, o Estatuto de Comunidades Indígenas Paraguaio consagra o procedimento a ser seguido para a reivindicação de terras sob domínio privado, ¹³³ o que é precisamente a hipótese do presente caso.

Um ponto a ser observado diz respeito ao fato de que o direito à reivindicação de terras tradicionais nunca se perde no tempo. Para explicar essa questão, a Corte leva em consideração que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se apoia, em especial, em sua vinculação exclusiva com suas terras tradicionais. Se essa ligação vier a existir, o direito à reclamação subsistirá. De outro modo, sucumbirá. Esta relação pode dar-se de diversas formas, a depender do povo indígena em questão e do contexto. Pode ser mediante alianças espirituais, cerimônias, assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou colheita estacional ou nômade; uso de recursos naturais relacionados a costumes, entre outro material que remeta à cultura (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 72-73).

Deverá ponderar que a relação com a terra tem de ser factível. No caso em questão, a comunidade a expressa mediante as atividades tradicionais de caça, pesca e colheita. Todavia, se a relação estiver comprometida por motivos alheios à vontade dos membros da comunidade, o direito continuará existindo até que esses empecilhos desapareçam (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 73).

A Corte condenou o Paraguai por ter descumprido o artigo 21 da Convenção Americana, entre outros, prevendo, portanto, uma série de reparações.

5.4 Caso Comunidade Xákmok Kásek vs. Paraguai

Diante da dívida adquirida com a Guerra da Tríplice Aliança, o Paraguai alienou dois terços da região chaquenha para a Bolsa de Valores de Londres, entre os anos de 1885 e 1887, visando financiar o débito. Todavia, esta transação processou-se sem a ciência dos indígenas, os quais constituíam quase toda a população da área (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 371).

Consoante as provas apresentadas nos autos, a Comunidade Xákmok Kásak encontra sua origem nos integrantes da Adeia Enxet e das aldeias Sanapaná, tendo os últimos habitado tradicionalmente a região do Chaco. Atualmente, nessa região se encontra a fazenda Salazar (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 372).

A colonização da região do Chaco no Paraguai teve repercussões negativas na Comunidade Xákmok Kásek. Na década de 1930, com pretensão de “cristianizar” os indígenas Enxet, a Igreja Anglicana constituiu a missão de “Campo Flores”. Nove anos depois, criou a subestação missionária de Xákmok Kásek no mesmo local onde se estabeleceu a referida comunidade até a data de 2008 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 372).

Desde os dois últimos séculos, a economia do Chaco gira em torno da agropecuária, concentrando-se em diferentes frentes de cultivo, exploração da madeira e criação de gado. A presença de latifundiários nesta região intensificou-se no princípio do Século XX, somando-se a isso, há a presença de missões religiosas, visando “cristianizar” os indígenas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 371).

Esse tipo de atividade econômica surtiu efeitos deletérios para esta comunidade indígena. A aniquilação cada vez maior dos animais, o sistema de criação em grande escala do gado bovino e a divisão dos territórios deixou os indígenas à mercê dos proprietários quanto à possibilidade da caça e os tornou mão de obra de baixo custo para os empresários (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 371).

Os indígenas encontravam empecilhos para realizar as atividades relacionadas a sua subsistência, como a caça, a coleta e a pesca, em virtude da perda do seu território e das restrições que os proprietários impunham. Tudo isso levou os povos originários a sair da

Fazenda Salazar e se instalarem em “25 de Febrero” e demais lugares, o que fragmentou a comunidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 389).

Desde o estabelecimento dos integrantes da comunidade até recentemente, estes continuam fazendo incursões na Fazenda Salazar e utilizando seus recursos, ainda que sofram limitações advindas dos proprietários. Devido a essas dificuldades, os indígenas resolveram ocupar a “25 de Febrero” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 389).

Consoante a Corte (2014, p. 379):

109. (...) 1) a posse tradicional dos indígenas. sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio concedida pelo Estado; 126 2) a posse tradicional concede aos indígenas o direito a exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 127 3) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas;128 4) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias à sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre as mesmas, ainda na falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente trasladadas a terceiros de boa-fé,129 e 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou de obter outras terras de igual extensão e qualidade.

Esse entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos remete ao Instituto do Indigenato no Brasil, o qual entende que a posse das terras indígenas precede o Estado e o reconhecimento das terras têm efeito apenas declaratório, considerando que o direito estava consolidado.

Nesse contexto, ainda que os membros da Comunidade não estejam na posse das terras reclamadas, para a jurisprudência desta Corte e o direito interno paraguaio, eles têm o direito de recuperá-las.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 379)

Esse entendimento muito se aproxima da teoria do Indigenato, recepcionada pela Constituição Federal brasileira de 1988. No Brasil, muitas comunidades foram expulsas de suas terras e alguns destes povos estão reivindicando seus direitos territoriais, todavia estão sendo negados sob o fundamento do Marco Temporal e do renitente esbulho. Esse entendimento da Corte Interamericana vai de encontro a estes institutos e privilegia o Indigenato, reconhecendo-o como um direito que não se perde, independentemente de condicionantes.

A Corte continua aplicando a interpretação evolutiva cuja decisão pioneira foi a sentença prolatada no caso *Mayagna Sumo Awas Tingni*, mediante a qual entendeu que a propriedade elencada na Convenção Americana não se limita apenas à propriedade privada,

porquanto procura proteger os direitos humanos de forma diversa e plural. Decidir de forma inversa seria impor a cultura e o direito ocidental e, nessa perspectiva, julgar de acordo com lentes eurocêntricas e etnocêntricas, invisibilizando vários indivíduos e subjetividades dos povos ancestrais.

A Corte Interamericana, ao exercer sua função contenciosa, tem atuado para que os estados signatários desse Tribunal modifiquem o seu posicionamento no sentido de proteger os grupos e comunidades indígenas e deem soluções as suas pretensões.

No Brasil também há uma cultura de sobrepor os interesses econômicos aos direitos sociais e culturais. O agronegócio ganha cada vez mais espaço e ocupa os territórios indígenas, como no caso do garimpo ilegal. Os indígenas ficam reféns dessa atividade, sendo vítimas de contaminações e doenças transmitidas por não indígenas que adentram em seus territórios. Nessa perspectiva, cita-se o caso das comunidades Yanomami (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2023, p. 3-4).

Ademais, tanto a sobrevivência dos povos indígenas quanto a perpetuação da sua cultura estão intrinsicamente ligadas às suas terras, considerando que é por meio destas que se realizam as atividades religiosas, como os rituais, a medicina tradicional, dentre outras. As terras são um elemento central na formação da identidade dos povos originários, criando um sentimento de pertença na comunidade que divide este espaço físico e realizam as mesmas práticas culturais.

Nessa esteira, muito embora a comunidade tenha deixado de ocupar as terras do Chaco quando foram vendidas para a bolsa de valores londrina, o entendimento da Corte é de que os indígenas têm direito à restituição das terras, considerando que saíram por motivos alheios à sua vontade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 379).

Quanto à viabilidade de restituição das terras tradicionais, em outros casos, a Corte determinou que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas está ancorada, sobretudo, em sua relação especial com suas terras tradicionais, motivo pelo qual, enquanto esse vínculo durar, o direito a reclamar existirá. No entanto, esse direito se extinguirá, caso a relação não mais exista (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 379).

A Corte estabeleceu alguns critérios para identificar se há relação dos indígenas com suas terras tradicionais (2014, p. 379-380):

Ela pode se expressar de distintas maneiras segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e ii) a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão desta relação poderiam incluir o uso ou

presença tradicional, através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta estacional ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes, e qualquer outro elemento característico de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da Comunidade não sejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais.

Conquanto a expulsão de seus territórios, os indígenas continuaram vinculados às terras de alguma forma, seja por meio da caça, da pesca, ou até mesmo trabalhando como empregados para os proprietários das terras. Depois, a atividade da caça foi ficando mais complexa, devido à escassez de animais, o que é compreensível em um sistema de latifúndio. Nessa perspectiva, os indígenas sempre estiveram vinculados às terras que reclamam, retirando-se por causa das circunstâncias.

De acordo com as conclusões do capítulo VI, referente aos artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção, a Corte entende que a restituição das terras tradicionais é a forma de reparação que mais afina com a *restitutio in integrum*, considerando que o Estado tem de providenciar todas as medidas legislativas, administrativas, dentre outras que forem indispensáveis para garantir aos membros da comunidade o direito da propriedade sobre suas terras, seu uso e gozo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 406).

5.5 Caso Comunidade Xucuru vs. Brasil

A princípio, o procedimento de demarcação do território Xucuru foi regido pelo Decreto nº 94.945, de 1987. Nesse contexto jurídico, o processo começou em 1989 e, logo, foram realizados uma série de atos, como a criação do Grupo Técnico que fez o Relatório de Identificação, em 6 de setembro de 1989, revelando que os Xucuru faziam jus a uma área de 26.980 hectares. Outros atos também são dignos de registro, como o que ocorreu em 23 de março de 1992, quando o Presidente da Funai acatou o relatório e, logo após, em 28 de maio deste ano, quando o ministro da Justiça conferiu a posse permanente da terra à Comunidade Xucuru. Após, houve uma retificação do território para depois ser realizada a demarcação física das terras (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 19).

Todavia, em 8 de janeiro de 1996, o Presidente da República promulgou o Decreto nº 1775/96. Com a mudança, terceiros interessados no território passaram a ter direito de impugnar o processo de demarcação e judicializar, reivindicando seu direito à propriedade, além de pleitear indenizações e outras modificações (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 19).

Cerca de 270 impugnações foram interpostas em face do processo demarcatório por pessoas com interesse na causa, incluindo o Município de Pesqueira. O Ministro da Justiça entendeu que as ações eram improcedentes, mas mediante um mandado de segurança, as impugnações chegaram ao Superior Tribunal de Justiça que julgou em detrimento dos indígenas, estipulando um novo prazo para as objeções administrativas. Essas também foram refutadas pelo Ministro da Justiça, o qual reiterou a necessidade de dar prosseguimento à demarcação (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 19). Em 21 de maio de 1988, mataram o Cacique Xicão, chefe do Povo Xucuru (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 20).

Enquanto o processo demarcatório se arrastava no tempo em virtude de questões processuais, aumentavam as tensões entre os indígenas e não indígenas, considerando que esses tinham intenção de permanecer nos Território do povo Xucuru e estavam dispostos a todo tipo de violência para conseguir esse intento. Os indígenas eram expostos a ameaças e viviam numa grande insegurança, o que denota uma profunda omissão ou péssima atuação do Estado quanto aos povos originários, por não lhes garantirem a demarcação das terras contempladas na Constituição e por não os proteger enquanto cidadãos.

Quanto à titulação dos territórios indígenas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 21):

O Presidente da República, mediante expedição de Decreto Presidencial, homologou a demarcação do território Xucuru. (...) A FUNAI solicitou o registro do território junto ao Registro de Imóveis da municipalidade de Pesqueira em 17 de maio de 2001. No entanto, o Oficial de Registro de Imóveis de Pesqueira interpôs uma ação de suscitação de dúvida (...), questionando aspectos formais da solicitação de registro da propriedade indígena por parte da FUNAI. Segundo o Estado e a Comissão, essa ação foi interposta em agosto de 2002. A resolução final, confirmando a legalidade do registro de imóveis, foi emitida pela 12ª Vara Federal, em 22 de junho de 2005.

A titulação do território indígena Xucuru foi realizada em 18 de novembro de 2005, no 1º Registro de Imóveis de Pesqueira, “como propriedade da União para posse permanente do Povo Indígena Xucuru” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 21).

Em 2001 começou o pagamento de indenizações das benfeitorias de boa-fé e o derradeiro pagamento ocorreu em 2013 quando 523 indenizações de ocupantes não indígenas foram realizadas. Todavia, até a data da emissão desta sentença, estava em aberto a indenização de 45 ex-ocupantes não indígenas. O Estado alega que estão providenciando os respectivos pagamentos pelas benfeitorias. A questão é que seis pessoas não indígenas

continuam ocupando o território indígena Xucuru (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 21).

Os indígenas não puderam ter a posse do imóvel em sua plenitude porque foram interpostas várias reintegrações de posse, de forma que nem o registro assegurou a desintrusão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018, p. 51).

No julgamento desse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicou a interpretação evolutiva que privilegia a relação especial que as comunidades indígenas mantêm com os seus territórios, ao mesmo passo que alargou o cânone interpretativo do artigo 21 da Convenção Americana cuja proteção alcança também a propriedade coletiva. Essa é diferente da propriedade privada, entre outras coisas, porque não gravita apenas em torno do indivíduo, mas da comunidade.

No presente caso, o referenciado Tribunal julgou de acordo com a Teoria do Indigenato, cuja previsão expressa ocorreu pela primeira vez com a Constituição de 1934, no artigo 129: “Será respeitada a posse de terras dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Essa norma foi repetida nas demais constituições, inclusive no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o Indigenato é anterior até mesmo à constituição Federal, constituindo-se em direito fundamental dos índios (SILVA, 2018, p. 20-21).

Nesse diapasão, aduz a Corte (2018, p. 30):

Por outro lado, o Tribunal recorda sua jurisprudência a respeito da propriedade comunitária das terras indígenas, segundo a qual se dispõe *inter alia* que: 1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; 4) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade (...).

Essa garantia da posse permanente é prescindível do ato demarcatório, constitui o aspecto originário do indígena em relação ao território. Nessa perspectiva, a posse indígena não está condicionada à exigência de títulos, considerando que a demarcação é o reconhecimento de um direito congênito (ROSA; MASCHIO, 2021, p. 105).

Cabe anotar, segundo Villares, que o processo de demarcação é meramente declaratório, de forma que a constituição do direito à posse é anterior e independente deste processo administrativo. O que ocorre com a demarcação é o reconhecimento formal da área de ocupação tradicional indígena. (...) “Ou seja, terras indígenas são aquelas de ocupação tradicional, um vínculo de fato, independente do Estado e da legitimação do processo demarcatório, criações jurídicas.” (VILLARES, 2020, p. 105)

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018, p. 34):

Também é importante destacar que a titulação de um território indígena no Brasil reveste caráter declaratório, e não constitutivo, do direito. Esse ato facilita a proteção do território e, por conseguinte, constitui etapa importante de garantia do direito à propriedade coletiva (...).

A Corte parte do princípio de que o direito à propriedade somente será garantido em sua plenitude se as comunidades indígenas puderam dela usufruir sem limitações, a saber, deixarem de ser ameaçadas e vítimas da insegurança. Para isso, é necessário que se faça o procedimento da desintração, até mesmo para que os indígenas possam aproveitar os recursos que existem nas terras, a fim de lhes garantir a sobrevivência física e cultural como dispõe a Constituição Federal. Nessa perspectiva, o entendimento do referenciado tribunal foi nesse sentido (2018, p. 41):

Portanto, o Tribunal conclui que o processo administrativo de titulação, demarcação e desintração do território indígena Xucuru foi parcialmente ineficaz. Por outro lado, a demora na resolução das ações interpostas por terceiros não indígenas afetou a segurança jurídica do direito de propriedade do Povo Indígena Xucuru. Nesse sentido, a Corte considera que o Estado violou o direito à proteção judicial e o direito à propriedade coletiva, reconhecidos nos artigos 25 e 21 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

Diante dos contratemplos e percalços enfrentadas pelas comunidades indígenas durante o processo de demarcação dos seus territórios, pode-se dizer que o procedimento jurídico não foi eficaz. Os indígenas viveram momentos de tensão, lideranças sofreram ameaças. Nesse contexto, as comunidades não puderam usufruir dos seus direitos enquanto tinham posse da terra nem estavam seguros por causa de terceiros que reivindicavam os territórios ou reclamavam indenização que o Estado ainda não tinha pago. Nessa perspectiva, “o processo de titulação, demarcação e desintração foi parcialmente ineficaz. Assim, de acordo com a Corte, o Estado brasileiro violou os artigos 25 e 21, no que diz ao respeito ao artigo 1.1, como o direito à proteção judicial e à propriedade coletiva respectivamente. Todos os dispositivos da Convenção Americana. Diante dos fatos, a Corte sentenciou (2018, p. 49):

Caso, por motivos objetivos e fundamentados, não seja, definitivamente, material e legalmente possível a reintegração total ou parcial desse território específico, o Estado deverá, de maneira excepcional, oferecer ao Povo Indígena Xucuru terras alternativas, da mesma qualidade física ou melhor, as quais deverão ser contíguas a seu território titulado, livres de qualquer vício material ou formal e devidamente tituladas em seu favor. O Estado deverá entregar as terras, escolhidas mediante consenso com o Povo Indígena Xucuru, conforme suas próprias formas de consulta e decisão, valores, usos e costumes. Uma vez acordado o exposto, essa medida deverá ser efetivamente executada no prazo de um ano, contado a partir da notificação de vontade do Povo Indígena Xucuru (...).

Mais uma vez, a Corte julgou de acordo com a Teoria do Indigenato, reconhecendo o direito congênito dos indígenas às suas terras, endossando a ancestralidade e o vínculo espiritual e material que mantêm com seus territórios, já que estes são base para muitos direitos indígenas, e atuam como forma de consagrar a essência dos povos originários.

Todavia, essa teoria muitas vezes não é adotada no Brasil, preponderando quase sempre a interpretação da propriedade comunal como uma propriedade privada, civil, gerando para os indígenas bastantes obstáculos no pleno uso e gozo do direito às terras, por ter de se deparar com situações diferentes de suas tradições e culturas, baseadas no individualismo e no capitalismo, o que gera insegurança jurídica (ROSA; MASCHIO, 2021, p. 111).

Nesse contexto, percebe-se que, no caso em análise, a Corte Interamericana de Direitos Indígenas utilizou o Instituto do Indigenato, expresso na Constituição Federal desde 1934, como fundamento jurídico para o deslinde dos direitos territoriais indígenas. Determinou o pagamento do restante das indenizações e o cumprimento da desintrusão das terras indígenas, ora estudada. Resta ao Supremo Tribunal Federal acatar esta jurisprudência como forma de harmonizá-la com a da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

5.6 Influxos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto aos direitos indígenas

Na colonização, os indígenas foram violentados e oprimidos quando submetidos a trabalhos desumanos e impedidos de praticar e dar continuidade a sua cultura. Atualmente, os povos originários são militantes e buscam resgatar sua história e recuperar a posse de seus territórios, considerando que é por meio desses que conseguem professar sua cultura, alimentar seu espírito e adquirir os meios materiais para sobreviver fisicamente

Os povos originários têm se politizado cada vez mais e reivindicado seus direitos, tornando-se protagonistas da sua história. Algumas manifestações indígenas ficaram

conhecidas nacionalmente, como o acampamento em frente ao Supremo Tribunal Federal, no período em que seria julgado o Marco Temporal (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2022, p. 2).

As terras dos povos originários, por serem bastante visadas pelo agronegócio, trazem muitos problemas para os indígenas, os quais têm procurado as instituições internacionais como forma de resolver os conflitos, diante da ineficácia das normas e das instituições nacionais. Como exemplo, os povos indígenas têm buscado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem julgado as causas indígenas de acordo com as peculiaridades, diversidades e transformações, pelas quais têm passado a América Latina e que estão sendo ignoradas pelo Supremo Tribunal Federal. Aquela Corte tem alargado seus horizontes quando aplica a interpretação evolutiva em seus julgados e, portanto, entende que a concepção de propriedade deve abranger outra perspectiva além da privada.

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2014, p. 59):

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

De acordo com o entendimento da Corte, a terra não tem apenas valor econômico para os indígenas, dado que, além de necessitarem dos territórios para sobreviver, esses estão intrinsecamente relacionados com a sua identidade e espiritualidade. Para este tribunal, o território é um meio de perpetuar a cultura das comunidades indígenas para as demais gerações, pois permite que eles professem sua religião e suas crenças, evitando, portanto, o etnocídio.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que a propriedade das terras indígenas não guarda relação com a posse/propriedade privada. Assim, os institutos do direito civil não poderão reger a propriedade comunal e a posse indígena. Seguindo esse raciocínio, o Marco Temporal suscitado pelo Supremo Tribunal Federal é uma tese injusta e

sem fundamento, a qual vai de encontro com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Marco Temporal constitui-se na fixação de um prazo como condição para o reconhecimento da posse dos territórios indígenas. Nesse caso, os povos originários precisariam estar fisicamente na terra na data da promulgação da Constituição Federal, ou seja, no dia 05 de outubro de 1988.

Conforme exposto, a Ditadura Militar foi um momento histórico de intensa dificuldade para os indígenas, porquanto tiveram de deixar suas terras em nome do desenvolvimento nacional. Muitas dessas pessoas tentam voltar, mas não têm conseguido êxito, em especial por causa do Marco Temporal. Como esses indivíduos poderiam estar nas suas terras se foram removidos? Esse foi apenas um dos motivos pelos quais os indígenas foram expulsos dos seus territórios.

O Supremo Tribunal Federal elegeu uma exceção para o Marco Temporal: o renitente esbulho. De acordo com o Ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2014a, p. 5-6):

(...) Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação forçada 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 (...).

Ao pretender a comprovação do renitente esbulho mediante prova de investida no retorno e na intenção da comunidade indígena em ocupar a terra tradicional, o judiciário brasileiro ignora vários acontecimentos históricos relevantes a serem considerados desde o processo de colonização. Da mesma forma, ignora temas básicos relativos à diversidade cultural. A tutela pelo Estado foi um obstáculo para que os indígenas reclamassem seus direitos, circunstância que foi acentuada na Ditadura (1964-1985), em virtude do massacre causados aos indígenas, praticadas pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), conforme Relatório Figueiredo. Nessa perspectiva, impor às comunidades indígenas que judicializassem os litígios territoriais ou tomassem qualquer outra medida administrativa como prova do esbulho renitente é inconcebível (CUPSINKI et al, p. 13).

O Marco Temporal está em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com a Constituição Federal, além de violar a Teoria do Indigenato. Esta teoria teve origem no direito português, mediante o Alvará de 01/04/1680, o qual concedeu aos indígenas

o direito congênito em relação às terras que ocupavam e continua em vigência como um legado do direito português (SILVA, 2014, p. 5).

O Indigenato é um direito congênito dos indígenas em relação às suas terras, independente de legitimação, além de ser anterior ao próprio Estado, preponderando sobre quaisquer outros títulos e direitos que se venham a afirmar sobre esses territórios. É a partir do instituto do Indigenato, que a demarcação das terras indígenas tem natureza apenas declaratória (SILVA, 2014, p. 5).

A Corte IDH, por meio da interpretação evolutiva, reconheceu o direito à propriedade comunal do Povo Xucuru, em consonância com a Teoria do Indigenato, reconhecendo que os povos indígenas têm direito congênito à terra. Diferentemente vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal, ao adotar no Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a Teoria do Fato Indígena que dá forma ao Marco Temporal (CAMBI; PADILHA; RORATO, 2021, p. 649).

Apesar da condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao caso da Comunidade Indígena Xucuru, segue o descaso na materialização dos direitos territoriais indígenas. Observa-se uma conjuntura preocupante marcada pela espoliação dos recursos minerais e hídricos, pelo crescimento do agronegócio nos territórios indígenas, somados a práticas agressivas, cada vez maiores, investidas contra essas comunidades (CAMBI; PADILHA; RORATO, 2021, p. 660).

Mesmo que esta decisão não tenha caráter definitivo, os Tribunais e o Supremo Tribunal Federal vêm aplicando-a, visando derrubar as demarcações de territórios tradicionais concluídas e as que ainda estejam tramitando. O Marco Temporal é uma decisão que ameaça a sobrevivência física e cultural dos indígenas, considerando que cerceia o direito das comunidades de ocupar as suas terras (STARK; BRAGATO, 2021, p. 427).

Para além de se constituir como uma hermenêutica apartada da conjuntura histórica e social, é perceptivelmente inconstitucional. Isso deixará sequelas para os povos indígenas como a desproteção e a aniquilação dos seus direitos. Dessa forma, desrespeita os compromissos de salvaguardas e promoção de direitos e garantias assumidos com a comunidade internacional, mediante tratados e convenções ratificadas pelo Brasil (CUPSINKI et al, p. 14).

Por outro lado, a Corte Interamericana expandiu os horizontes hermenêuticos para contemplar no artigo 21 da Convenção Americana a propriedade em várias acepções, não só no sentido clássico, mas também a propriedade comunal dos indígenas, concretizando os preceitos deste diploma internacional em consonância com a diversidade e a pluralidade.

Esse posicionamento da Corte Interamericana contraria a tese do Marco Temporal, pois, como será exposto, os indígenas têm direito às suas terras independentemente de título ou tempo, justificando-se a posse na ancestralidade. No caso do Brasil, a supracitada tese viola a Constituição Federal. Nessa perspectiva, segundo entendimento da Corte (2014, p. 59):

148. A través de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, llevando en consideración las normas de interpretación /aplicables e, conforme el artículo 29.b de la Convención – que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el contexto de la propiedad comunal, a la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

É nesse contexto que a Corte Interamericana faz uma interpretação visando proteger e promover os direitos das minorias, em especial os direitos humanos, porquanto é a partir dos direitos territoriais que os indígenas materializam os demais, a saber, os direitos à vida, à cultura, dentre outros. Essa hermenêutica contribui com a efetivação dos direitos mais pertinentes às necessidades dos povos originários.

Todavia, o Brasil, diferentemente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, está fazendo uma interpretação restritiva aos direitos territoriais indígenas quando impõe uma condição como o Marco Temporal, cuja essência e conteúdo violam frontalmente a matéria constitucional em direitos indígenas. Um entendimento jurisprudencial que vem limitando os direitos dos povos originários de ter acesso à terra cuja proteção está contemplada pela Constituição Federal.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal faz exigências inconstitucionais como o Marco Temporal, a Corte Interamericana decidiu completamente diferente em relação aos casos do Estado paraguaio discutido anteriormente (2014, p. 379):

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

Esse entendimento da Corte é elucidativo ao enfatizar que os membros da comunidade indígenas cuja posse de suas terras tenham perdido por motivos alheios à sua vontade têm o direito de recuperá-las. Não poderia ser diferente, porquanto diante dos acontecimentos históricos, sabe-se que muitas comunidades foram removidas ou expulsas de suas terras. Adotar outro procedimento seria prejudicá-los ainda mais. A Corte em seu aresto, dispensa até mesmo o título legal, salvo no caso de adquirente de boa-fé. Há nessa perspectiva, uma interpretação condizente com os direitos humanos plurais e voltados para as diversidades. No entanto, o Estado brasileiro, com uma interpretação pautada pela tese do Marco Temporal, deixa vários indivíduos fora do âmbito de proteção legal, especialmente os povos originários.

Nesse contexto, segundo a jurisprudência da Corte, não importa o prazo temporal, os indígenas têm o direito de recuperar suas terras, ou, em não sendo possível, de ter outras de igual extensão e qualidade. Nessa interpretação, a Corte reconhece que existem outros elementos importantes, além do aspecto econômico. É certo que em muitos Estados as terras indígenas são cobiçadas pelo setor econômico, todavia a Corte interamericana de Direitos Humanos entende que, no caso das terras indígenas, existem valores fundamentais que devem se sobrepor a economia. É o caso dos direitos à cultura, à cosmovisão e à fruição de uma vida digna.

O Brasil tem uma legislação favorável aos povos originários, portanto, atualmente, há um contexto em que as militâncias indígenas reclamam não a modificação dos direitos que lhes cabem, sejam estas internacionais ou nacionais, mas a sua materialização, e que a lei permaneça existindo, considerando as pautas de conteúdo anti-indígena que ocupam as mesas do Congresso Nacional. Por sua vez, o Estado brasileiro representado pelos três Poderes, diminui a densidade do direito estatal nacional e internacional, destituindo-o de efetividade (CUNHA; BARBOSA, 2017, p. 143).

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre os direitos dos indígenas aos seus territórios, aduz (2014, p. 379-380):

Para determinar a existência da relação dos indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu que: i) ela pode se expressar de distintas maneiras segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e ii) a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão desta relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta estacional ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes, e qualquer outro elemento característico de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da Comunidade não sejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais.

O entendimento da Corte Interamericana no que diz respeito ao tempo é quase contrária à do Supremo Tribunal Federal. No lugar de impor que os indígenas estivessem ocupando as terras em determinada data quando da promulgação de uma norma, “são as referências e os usos dos povos indígenas que determinam a relação com a terra (CUNHA; BARBOSA, 2017, p. 151).

Mesmo o Brasil sendo signatário dos diplomas legais internacionais, bem como tendo internalizado o caráter jurisdicional da Corte Internacional de Direitos Humanos, permanecem as relutâncias na adoção das recomendações internacionais no Poder judiciário brasileiro, comportamento vislumbrado nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Em relação ao Caso Raposa Serra do Sol, a aplicação das condicionantes originadas em seu julgamento evidencia tanto uma incompatibilidade com a constituição Federal de 1988, quanto com as hermenêuticas mais favoráveis e abrangentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, os esforços do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais em aplicar a decisão do julgamento da TI Raposa Serra do Sol em outros processos demarcatórios, ignorando os elementos históricos e sociais das comunidades, como no caso da Terra Indígena Limão Verde, caracteriza violação direta ao disposto nos artigos 5º, 231 e 232 da Constituição Federal de 1988, além de contrariar o direito de propriedade contemplado na Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 21 (GUEDES, SCHÄFER, LARA, 2020, p. 202).

Nessa mesma senda, observa-se que os precedentes do Supremo Tribunal Federal expostos nesse trabalho não refletem os aspectos jurídicos empregados pela Corte Interamericana quando do julgamento dos direitos territoriais indígenas. A Corte brasileira tem se valido do instituto do fato indígena e ainda é resistente ao reconhecimento da relação especial e estreito vínculo que os povos originários mantêm com os seus territórios, bem como da “propriedade comunal”, porquanto só considera a propriedade civil e privada, como se pode constatar por meio da tese do Marco Temporal e do renitente esbulho. Em contrapartida, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu formalmente a propriedade comunal e todas suas implicações, como o Indigenato, instituto, consentâneo com o ordenamento jurídico brasileiro, e outras que beneficiam as comunidades indígenas.

Ademais, os precedentes do Supremo Tribunal Federal, referenciados no capítulo anterior, estão incompatíveis com os da Corte IDH. No caso da comunidade Xucuru frente ao Estado do Brasil, aquela Corte reconheceu que a Teoria do Indigenato é consentâneo com o ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário da Teoria do Fato Indígena, que não tem nenhuma correlação com a legislação em questão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, a partir deste estudo, que os direitos humanos hegemônicos foram construídos de acordo com a história e as necessidades ocidentais. Alcançaram seu ápice com as Revoluções Liberais e foram ancorados nos direitos individuais e no liberalismo. Em contrapartida, os direitos humanos, na perspectiva contra-hegemônica, são voltados para as minorias, como os indivíduos subalternizados, vítimas do capitalismo e racismo.

Após a Segunda Guerra Mundial, diante das consequências da crueldade cometida contra a humanidade, a sociedade sentiu a necessidade de internacionalizar os direitos humanos e relativizar a soberania dos Estados. Desde então, foram criados Organismos Internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual foi ratificada pelo Brasil e foi recepcionada com *status* de emenda constitucional. Nesse contexto, a jurisprudência desse tribunal deve ser utilizada pelo Poder judiciário no Brasil, em suas decisões.

Em relação aos indígenas, são povos que têm enfrentado diversos problemas e oferecido resistência para continuar ocupando seus territórios, desde a invasão dos europeus à América. Alguns períodos foram marcantes negativamente para essas comunidades, como a fase em que vigeu o Diretório Pombalino, a Ditadura Militar e o período da Constituição Federal de 1988, no que diz respeito ao governo dos Presidentes Michel Temer e Jair Bolsonaro.

Conclui-se que durante o tempo em que esteve vigente o Diretório Pombalino foi bastante crítico para os povos originários. Durante essa fase, houve uma política de assimilação, aculturação e integracionismo para negar e retirar dos indígenas seus direitos territoriais, aos quais estavam condicionados a identidade desses povos. Essas práticas ainda repercutem na sociedade e nas instituições.

Quanto à Ditadura Militar, foi outro momento profundamente delicado para os povos originários. Muitas das comunidades foram removidas das suas terras para dar lugar ao desenvolvimento nacional. Estradas e hidrelétricas foram construídas, cortando os territórios e expulsando esses povos. O Sistema de Proteção ao Índio (SPI) e a Fundação Nacional do índio (FUNAI), criadas com objetivo de proteger e cuidar dos povos indígenas, arrendavam suas terras. Além disso, foi criada a Guarda Rural Indígena e os Reformatório Krenak e a Fazenda Guarani, os dois últimos eram penitenciárias construídas com o intuito de prender indígenas que resistissem e continuassem nos seus territórios. Contudo, as prisões eram mascaradas. As autoridades responsáveis justificavam-nas com outros motivos, como

alcoolismo, furto, roubo, dentre outros. Muitos indígenas sofreram uma desintegração cultural e, até os dias correntes, vários não conseguiram retornar aos territórios.

A Constituição Federal elencou diversos direitos aos povos indígenas, todavia desde os governos dos presidentes Michel Temer e Jair Bolsonaro, há uma dificuldade de efetivá-los, em razão dos interesses de setores do agronegócio. Além disso, a tese do marco temporal suscitada no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol também tem dificultado a materialização desses direitos.

De acordo com o exposto, o Supremo Tribunal Federal instituiu a tese do Marco Temporal, na ação 3.388, segundo a qual, somente os indígenas que ocupavam as terras na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 têm direito à demarcação desses territórios. Nessa perspectiva, muitas comunidades têm seus direitos territoriais negados. Essa tese representa os anseios e interesses de determinados grupos sociais que conflitam com os dos povos originários e, na maioria das vezes, ficam em desvantagem. As comunidades indígenas saíram dos seus territórios por motivos alheios à sua vontade, foram expulsos e removidos e o que se espera é que retornem aos seus lugares de origem, em consonância com os mandamentos Constitucionais. O Judiciário, de um modo geral, está dificultando as demarcações de terras, bem como as ações relativas aos territórios indígenas devido ao Marco Temporal. Enquanto isso, os indivíduos têm seus direitos ceifados, com o avanço do garimpo ilegal e outras atividades predatórias desenvolvidas nos territórios indígenas.

No julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o supremo Tribunal Federal decidiu pela demarcação contínua, que é favorável aos povos originários, mas estabeleceu 19 condicionantes e suscitou o Marco Temporal. Essa tese ruralista encontra amparo no fato indígena e, por sua vez, contraria o Indigenato, o qual determina que o direito territorial indígena é anterior ao Estado e, portanto, congênito.

Apesar do Ministro Luís Roberto Barroso declarar que o Marco Temporal não é vinculante, o Supremo Tribunal Federal, pelo menos em relação aos acórdãos analisados no trabalho em questão, tem usado essa tese ruralista como referência para fundamentar suas decisões. Em um breve resumo de algumas decisões analisadas pode-se chegar a essa conclusão

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29087, os Ministros concederam o Mandado de Segurança, mesmo com a necessidade de dilação probatória e a matéria sendo de alta complexidade, devido a existência de laudo antropológico e outras questões a serem analisadas.

O Ministro Gilmar Mendes justificou seu voto alegando ser a favor do Marco Temporal de ocupação e concluiu que tem como intuito dar cabo as contendas pelas terras entre indígenas e fazendeiros, na maioria das vezes, violentas. (Recurso em Mandado de Segurança 29087, 2014, p. 23).

O supracitado Ministro não se preocupa com a questão indígena, com a relação peculiar que esses povos têm com a terra nem com a sobrevivência física e cultural deles. Na realidade, quer dar cabo aos conflitos, mesmo que precise passar por cima dos direitos e interesses indígenas. A parte pior da história é que os conflitos e disputa pelas terras dos povos originários só aumentou depois do Marco Temporal.

O Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 1.017.365 diz respeito a uma ação de reintegração de posse, mas terá repercussão geral quanto à vinculação do Marco Temporal em relação a outras ações. Até o presente momento, o ministro Edson Fachin votou contra essa tese, o ministro Kassio Nunes Marques votou a favor, enquanto o ministro Alexandre de Moraes pediu vista. Na realidade, esse recurso foi adiado várias vezes e, até agora, não tem data prevista. Percebe-se que não há urgência nem interesse por parte dos ministros do Supremo em resolver um conflito que põe em risco e desampara tantos indígenas.

Em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto aos direitos territoriais indígenas, esse Tribunal criou a interpretação evolutiva, entendendo que a propriedade disciplinada pelo artigo 21 da Convenção Americana contempla também a propriedade comunal. Por mais que no Brasil as terras indígenas sejam de propriedade da União, pode-se fazer analogia com a posse indígena.

A Corte Interamericana faz uma interpretação visando proteger e promover os direitos das minorias, pois os direitos territoriais são condição para a materialização de outros, como os direitos à vida, à cultura, ao desenvolvimento da medicina tradicional etc. Essa hermenêutica protege sujeitos marginalizados desde a colonização, fazendo uso de uma interpretação mais voltada aos direitos humanos para que os indivíduos que são oprimidos concretizem os ditames legais estabelecidos pelos Estados.

De acordo com o entendimento da Corte, a terra não tem apenas valor econômico para os indígenas. Além de necessitarem dos territórios para sobreviver, os povos originários têm uma relação muito próxima com a terra e isso reflete no seu desenvolvimento cultural, como na iniciação, crenças, danças, modos, hábitos, dentre outros. Para este tribunal, o território é um meio de perpetuar a cultura para as demais gerações, pois permite que os indígenas professem sua religião e suas crenças, evitando, portanto, o etnocídio.

O entendimento esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é de uma hermenêutica favorável aos povos originários, em contrapartida, nas decisões analisadas nesse trabalho, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal está interpretando restritivamente os direitos territoriais indígenas quando impõe uma condição como o Marco Temporal, cuja essência e conteúdo violam frontalmente a matéria constitucional dos direitos indígenas. Um entendimento jurisprudencial que vem limitando os direitos dos povos originários de ter acesso à terra cuja proteção está contemplada pela Constituição Federal.

A Corte referenciada reconheceu que a propriedade das terras indígenas não guarda relação com a posse/propriedade privada clássica. Não são os seus institutos que vão reger a posse dos indígenas sobre as terras, por isso que o Marco Temporal aplicado nesses precedentes pelo Supremo Tribunal Federal é uma tese injusta e sem fundamento, a qual vai de encontro com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nessa perspectiva, a Corte IDH, por meio da interpretação evolutiva, reconheceu o direito à propriedade comunal do Povo Xucuru, em consonância com a Teoria do Indigenato, entendendo que os povos indígenas têm o direito congênito à terra. Diferentemente vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal, ao adotar no Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a Teoria do Fato Indígena que dá forma ao Marco Temporal (CAMBI; PADILHA; RORATO, 2021, p. 649).

A Corte julgou de acordo com a Teoria do Indigenato, reconhecendo o direito congênito dos indígenas as suas terras, endossando a ancestralidade e o vínculo espiritual e material que mantêm com seus territórios, já que estes são base para muitos direitos indígenas, e atuam como forma de consagrar a essência dos povos originários.

A Corte Interamericana entende que os membros da comunidade indígenas cuja posse de suas terras tenham perdido por motivos alheios à sua vontade têm o direito de recuperá-las. Não poderia ser diferente, porquanto diante dos acontecimentos históricos sabe-se que muitas comunidades foram removidas ou expulsas de suas terras. Adotar outro procedimento seria prejudicá-los ainda mais. A Corte, em seu aresto, dispensa até mesmo o título legal, salvo no caso de adquirente de boa-fé. Há, nessa perspectiva, uma interpretação condizente com os direitos humanos plurais e voltados para as diversidades. No que diz respeito aos precedentes ora analisados, o Brasil está na contramão dessa hermenêutica com um entendimento pautado pela cultura ocidental, de viés liberal e individualista, excluindo vários sujeitos do rol de proteção dos direitos humanos, como no caso os indígenas.

Nesse contexto, segundo a jurisprudência da Corte, não importa o prazo temporal, os indígenas têm o direito de recuperá-las, ou em não sendo possível, de ter outras de igual

extensão e qualidade. Nessa interpretação esse Tribunal reconhece que existem outros elementos importantes, além do aspecto econômico. É certo que em muitos Estados as terras indígenas são cobiçadas pelo setor econômico, todavia a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que, no caso das terras indígenas, existem valores fundamentais que devem se sobrepor a economia. É o caso dos direitos à cultura, à cosmovisão e à fruição de uma vida digna, como fruto do amadurecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Marcus Pinto. **O Controle de Convencionalidade como instrumento de garantia da Diversidade de expressões culturais e dos direitos dos Povos Indígenas no Brasil**: Aproximação tópica e paradigmática com o caso Raposa Serra do Sol. 2017. Tese de doutorado.
- ALMEIDA, Regina Celestino de. **Os índios na História do Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- ALMEIDA, Regina Celestino de, MOREIRA, Vânia Maria Losada Moreira. Índios, moradores e câmaras municipais: etnicidade e conflitos agrários no Rio de Janeiro e no Espírito Santo (Séculos XVIII e XIX). **Mundo Agrário**, La Plata, v. 13, n. 25, s.p., 2012.
- AMARAL, Sérgio Tibiriçá; BERRO, Nicholas Calistro. Direito à propriedade das Terras coletivas ancestrais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Toledo**. Encontro de Iniciação Científica. 2015.
- ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista?. *In*: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **Direito dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018. p. 175-236.
- ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos indígenas e a Lei dos Brancos**: o direito à diferença. Brasília, DF: MEC, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BRAGA, Felipe Albuquerque. **Direito e política**: a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático. 2011. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2011.
- BRASIL. **Agravo em recurso extraordinário nº 803462/MS – Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 11 maio 2022.
- BRASIL. **Agravo Regimental em ação rescisória nº 2686/DF – Distrito Federal**. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755728017>. Acesso em: 11 maio 2022.
- BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. Relatório: textos temáticos. Brasília, DF, 2014.
- BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Embargos de declaração em agravo de recurso extraordinário nº 803464/ MS – Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro relator: Teori Zavascki. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13659600>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Embargos de declaração em embargos de declaração contra recurso ordinário em mandado de segurança nº 29087/ DF – Distrito Federal**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10763641>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: direitos dos povos indígenas. Brasília, DF: Prol, 2014. v. 7.

BRASIL. **Petição nº 3.388/RR - Roraima**. Ministro Relator: Carlos Brito. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL **Recurso Extraordinário com Repercussão Geral**. Santa Catarina. Relator: Ministro Edson Fachin, <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/09/re-1017365-i.pdf?x36613>. Supremo Tribunal Federal. Acesso em 11. Nov. 2022.

BRASIL. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29087/ DF – Distrito Federal**. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 1.017365/SC – Santa Catarina**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>. Acesso em: 11 maio 2022.

CABRAL, Rafael Lameira Giesta; MORAIS, Vitória Larissa Dantas de. Os povos indígenas brasileiros na ditadura militar: tensões sobre o desenvolvimento e violações de direitos humanos. **Direito em Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 11, n. 1, p. 106-122, 2020.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; PADILHA, Elisângela; RORATO, Pedro Gustavo Mantoan. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre terras indígenas e a adoção da Teoria do Indigenato. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v.11, n.2, p.647-663, 2021.

CEZAR, Ester; SOUZA, Oswaldo Braga de. Projeto que na prática acaba com demarcações pode ser votado na câmara. **Instituto Socioambiental**, [S.l.], 25 maio 2021. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/projeto-que-na-pratica-acaba-com-demarcacoes-pode-ser-votado-nesta-quarta-na-camara>. Acesso em: 31 jan. 2022.

CHAUÍ, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **STF tem obrigação legal e ética de reafirmar teoria do indigenato no julgamento de repercussão geral**. 2022. Disponível em: <https://cimi.org.br/2022/06/supremo-tribunal-federal-tem-obrigacao-legal-e-etica-para-a-reafirmacao-da-teoria-do-indigenato-no-julgamento-do-re-1-017-365-sc-que-sera-retomado-em-23-de-junho-de-2022/>. Acesso em: 03. Mar. 2023.

CONVENÇÃO N ° 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS E RESOLUÇÃO REFERENTE À AÇÃO DA OIT/ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 17. nov. 2022.

CORREA, José Gabriel Silveira. A proteção que faltava: o reformatório agrícola indígena Krenak e a administração estatal dos índios. **Arquivos do Museu Nacional**, Rio de Janeiro, v. 61, n. 2, p. 129-146, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay**. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf >. Acesso em: 17 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 17. Nov. 2022.

CUPSINSKI, Adelar et al. **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: <https://cimi.org.br/pub/Assessoria-Juridica/Terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-marco-temporal.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2022.

DALLARI, Dalmo. Seminário direitos dos povos indígenas em disputa no STF. In: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018. p. 267-277.

DIAS FILHO, Antônio Jonas. **Sobre os sobreviventes do Rio Doce e da Fazenda Guarany: dois presídios federais para índios durante a ditadura militar**. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

DUPRAT, Deborah. O Marco Temporal de 1988: TI Limão Verde. *In*: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018. p. 43-74.

EM voto histórico, Fachin posiciona-se contra marco temporal e reafirma: Direitos indígenas são originários. **Revista Articulação dos Povos Indígenas do Brasil**. 2021. <https://apiboficial.org/2021/09/09/em-voto-historico-fachin-posiciona-se-contramarco-temporal-e-reafirma-direitos-indigenas-sao-originarios/>. Último acesso em 11. Nov. 2022.

FEIJÓ, Holder da Câmara Silva. O Direito Indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. **Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUC - Minas)** v. 17, n.34, 2014.

FERNANDES, Pádua. **A proteção das Terras Indígenas no Direito Internacional**: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade). *In*: CUNHA, Manuela Carneiro; BARBOSA, Samuel. (Orgs.). São Paulo: Unesp, 2018.

FERREIRA, Rebeca Ariel Aparecida de Campos. Marco Temporal para quem dos direitos dos povos indígenas ao território tradicional. *In*: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. (Orgs.). **Índios, Direitos Originários e territorialidade**. Brasília: ANPR, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2020/Livros/Indios_direitos_originarios_e_territorialidade.pdf. Acesso em: 11 de nov. 2022.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

GARCIA, Elisa Frühauf. O projeto pombalino de imposição da língua portuguesa aos índios e sua aplicação na América Meridional. **Tempo**, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 23-38, 2007.

GUEDES Íris Pereira, SCHAFER Gilberto; LARA, Leonardo Severo de. Territórios indígenas: Repercussões do SIHD no Direito Brasileiro. **Revista Direito Práx.** Vol. 11, n. 01, p.179-206, 2020.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 137, p. 13-22, 1998.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Posicionamento do Fórum de Liderança da Terra Indígena Yanomami sobre o garimpo na TI Yanomami**. 2021. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/forum-de-liderancas_garimpo_2021.pdf. Acesso em: 3 fev. 2022.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JULGAMENTO no STF suspenso: Nunes Marques vota por anistiar invasões de terras indígenas antes de 1988, Moraes pede vista. **Conselho Indigenista Missionário**. 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/09/julgamento-stf-suspenso-nunes-marques-anistia-invasoes-terras-indigenas-moraes-vista/>. Último acesso em: 11. Nov. 2022.

LACERDA, Danilo Moura; LINS JÚNIOR, George Sarmento Lins Júnior. O Direito de propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF, no caso “Raposa Serra do Sol”. **Revista Jurídica Direito e paz**, São Paulo, n. 37, p. 253-272, 2017.

LEVI, Primo. **Se isto é um homem**. Lisboa: Dom Quixote, 2013.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O tratamento prioritário da Corte Interamericana de Direitos Humanos na questão da prestação dos direitos indígenas na América Latina. **Revista Internacional dos Direitos Humanos**, Paraíba, n. 23, p. 443-472, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MESQUITA, Ilka Miglio; OLIVEIRA, Valéria Maria Santana. O Diretório Pombalino sob um olhar decolonial. **Roteiro**, Joaçaba, v. 43, n. 1, p. 1-18, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MAIA, Luciano Mariz; JÚNIOR PONTES, Felício (Coords. e Orgs.) **Manual de Jurisprudência dos Direitos Indígenas**. Brasília: MPF, 2019.

MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A construção do paradigma eurocêntrico no novo constitucionalismo democrático nos países da Unasul. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 5, n. 3, p. 42-69, 2013.

NEGÓCIO, Carla Daniela Leite. A violência física e cultural contra os povos indígenas durante o regime militar. **Aracê: Direitos Humanos em Revista**, Ribeirão Preto, v. 4, n. 5, p. 263-294, 2017.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Pós – Colonialismo, Relações Internacionais e Direitos Humanos: Análise do caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Estado da Nicarágua. **O Direito Alternativo**, v. 2, n. 1, p.39-63, 2013.

ONU. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José: ONU, 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016a.

PIOVESAN, Flávia. Diversidade Étnico-Racial, Constitucionalismo Transformador e Impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. (Coords.) PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016b.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**, Lima, v. 13, n. 29, p. 11-20, 1992.

QUIJANO, Aníbal. **Textos de fundación**. Buenos Aires: Del Signo, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

ROSA, Vanessa de Castro; MASCHIO, Marina Dias. A propriedade Comunal a partir do caso Xucuru da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Espaço Ameríndio**. Porto Alegre. v. 15, n.3, p.91-116, 2021.

SANTANA, Carolina Ribeiro. Direitos Territoriais indígenas e o marco temporal: O STF contra a Constituição. *In*: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. (Orgs.). **Índios, Direitos Originários e territorialidade**. Brasília: ANPR, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2020/Livros/Indios_direitos_originarios_e_territorialidade.pdf. Acesso em: 11 de nov. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes, **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 79, p. 71-94, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno de Sena (org.). **O pluriverso dos direitos humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**. São Paulo: Autêntica, 2019.

SANTOS, Cláudia Regina dos. Práticas educativas na América portuguesa: a voz dos invisibilizados. *In*: CONGRESSO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO. TENDÊNCIAS JURÍDICAS, 1, Ituiutaba. **Anais [...]**. Ituiutaba: UEMG, 2007. p. 1-11.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista**. Curitiba: Juruá, 2012.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: Diálogos e fricções. PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares. **Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SILVA, Isabelle Braz Peixoto. **Vilas de Índios no Ceará Grande: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino**. 2003. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003.

SILVA, José Afonso da. Parecer. *In*: BARBOSA, Samuel; CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018. p. 20-21.

SILVA Liana Amin Lima da; SOUZA Filho, Carlos Frederico. Marco Temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombola. *In*: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. (Orgs.). **Índios, Direitos Originários e territorialidade**. Brasília: ANPR, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, 2018. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2020/Livros/Indios_direitos_originarios_e_territorialidade.pdf. Acesso em: 11 de nov. 2022.

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

STARK Gilberto; BRAGATO, Fernanda Frizzo. O marco temporal e a jurisprudência da Corte interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**. v. 9, n.3, 2021.

SURVIVAL INTERNATIONAL. **Os Guarani**. 2017. Disponível em: <https://survivalbrasil.org/povos/guarani>. Acesso em: 1º fev. 2022.

TAKUÁ, Cristiane. Reflexões de luta e resistências. **Dossiê**, Campos, v. 20, n. 2, p. 101-107, 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In*: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (org.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 103-151.

VALENTE, Rubens. A agonia e a extinção do serviço de proteção aos índios no regime militar. **Dossiê**, Campos, v. 20, p. 37-58, 2019.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico, impactos da globalização e ressignificação intercultural dos direitos humanos. **Direito, crítica e decolonialidade: perspectivas contemporâneas**. (org.) João Paulo Allain Teixeira. 2021.