



# PUC

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

---

**O MARCO TEMPORAL SOBRE TERRAS INDÍGENAS  
E O RE Nº 1.017.365: UMA ANÁLISE  
CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL FRENTE A  
DISPUTA JUDICIAL NO STF.**

**por**

**Nathalia Souza Ferreira**

**ORIENTADORA: Andrea Bandeira de Mello Schettini  
CO-ORIENTADOR: Thiago Ragonha Varela**

**2023.2**

---

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

# **O MARCO TEMPORAL SOBRE TERRAS INDÍGENAS E O RE Nº 1.017.365: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL FRENTE A DISPUTA JUDICIAL NO STF.**

**por**

**NATHALIA SOUZA FERREIRA**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica do Rio de  
Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do  
Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Andrea Bandeira de  
Mello Schettini  
Coorientador: Thiago Ragonha Varela

**2023.2**

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, minha irmã, minhas tias,  
Leila, Solange e Suylan, minha namorada e  
meus amigos/as, que sempre acreditaram em  
mim e, principalmente, em homenagem, ao  
meu padrinho, Mirailson.

## AGRADECIMENTOS

No decorrer desta graduação, pude ter contato com excelentes profissionais, aprender sobre a minha própria individualidade e realizar o sonho de fazer meu primeiro intercâmbio acadêmico na Université de Montréal, no Canadá. Foram diversos aprendizados em todos os âmbitos da minha vida e, definitivamente, guardarei esse período como um dos momentos mais importantes da minha trajetória.

Nada disso seria possível sem o apoio e suporte da minha mãe, Paula, que me apoiou a seguir os caminhos que eu gostaria de tomar e fez tudo ao seu alcance para torná-los realidade. Além dela, agradeço ao meu pai, Neto, por sempre me incentivar nos estudos desde criança.

Deixo também um agradecimento especial à minha irmã, Heloisa, que por muitas vezes fez os meus pedidos, mudando seus próprios planos, pois eu estava muito ocupada estudando e não poderia realizar tal demanda. A sua presença transformou os dias em momentos mais leves tanto pelos auxílios como pelas risadas bobas diárias.

Em especial, gostaria de deixar expresso minha gratidão por minha tia Solange, que sempre me pediu para não desistir dos estudos e foi fundamental para que meu sonho de fazer o intercâmbio fosse viável. Ainda, também para minha tia Suylan, que é uma inspiração para mim no campo acadêmico, uma vez que é professora na Unb, e para minha madrinha, Leila, que sempre esteve me apoiando mesmo que distante. Contudo, devo reforçar que toda a família Passos de Souza e Ferreira sempre esteve comigo, sendo exemplos, Endi, Heitor, Carol, Ana Luiza, Rayane, July, orgulhosos(as), para que eu seguisse essa carreira e me firmasse como advogada. Sou extremamente grata!

Essa lista não poderia faltar minha namorada, Jaqueline, que desde o primeiro momento juntas me apoia não só a dar o meu máximo na graduação,

como seguir minhas vontades e alcançar o que almejo, inclusive, me incentivando nos próximos passos na área acadêmica. Tenho a sorte de ter ao meu lado uma pessoa incrível e que faz de tudo para me dar um local seguro independente do período que estamos.

Evidentemente, essa jornada não seria a mesma sem a presença de meus amigos de diversos grupos formados durante a minha vida, sejam do Castelinho Encantado, do Colégio CICM, do Elite, da própria PUC-RIO ou do Pedro II. Esse último, em específico, foi essencial para formar quem eu sou hoje, um colégio que representou muito além dos muros da escola e foi fundamental para que eu conseguisse minha bolsa 100% em uma das universidades mais renomadas do país.

Aos meus orientadores, Andrea e Thiago, muito obrigada por aceitarem esse desafio, em um período tão curto. A escolha do tema esteve diretamente ligada também a vontade de trabalhar junto a vocês, devido a tamanha admiração que construí com a oportunidade de ter vocês como professores nas salas de aula, me apaixonando por Direitos Humanos e Direito Constitucional. Espero que um dia estejamos juntos, dividindo salas de aula ou até mesmo artigos.

Aos demais, que passaram pela minha jornada e por acaso não foram mencionados, vocês sabem da sua importância e só posso agradecer por terem me acompanhado nos últimos anos.

## RESUMO

FERREIRA, Nathalia Souza. *O Marco Temporal sobre Terras Indígenas e o RE nº 1.017.345: Uma análise constitucional e convencional frente a disputa judicial no STF*. 2023. 86 p. Monografia (Graduação em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

A partir da Constituição Federal da República de 1988 e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com relação ao direito à propriedade comunal, será analisada a tese sobre o Marco Temporal das Terras Indígenas, reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.017.365, e inclusive, impactada pelo Projeto de Lei nº 2.903/2023, que transformou-se na Lei nº 14.701/2023<sup>1</sup>, após a discussão no Congresso Nacional. Ademais, trata-se de iniciativa para determinar o período em que o direito à titularidade das terras deve ser concedido aos povos originários. Para tanto, examina-se os dispositivos constitucionais e internacionais em torno do direito dos povos indígenas à propriedade e à posse de suas terras, bem como, o conceito da vida digna e a proteção dos direitos humanos no sistema de controle convencional das leis no ordenamento jurídico brasileiro.

Este trabalho será metodologicamente construído a partir da revisão bibliográfica de artigos e livros sobre direito indígena, sua proteção constitucional e direitos humanos. Ainda, será abordada a jurisprudência da Corte de IDH com base no conceito de direito à terra, vida digna dos povos originários e sua titularidade como direito humano, explorando as condições sociais que os indígenas estão condicionados no Brasil, assim como relatórios institucionais, números quantitativos e pesquisas empíricas que tratam a

---

<sup>1</sup> Esse trabalho foi oficialmente escrito até 18 de dezembro de 2023 e retificado para mencionar a mudança de projeto para lei.

perspectiva pesquisada. Por meio de pesquisa bibliográfica, com seleção doutrinária e qualitativa de casos da Corte IDH, sustenta-se a construção do saber científico capaz de avaliar comparativamente se a discussão proposta no STF segue as prerrogativas constitucionais e aplica-se o controle de convencionalidade.

Palavras-chaves: Direito Constitucional – Direitos Internacional Público – Direitos Humanos – Supremo Tribunal Federal – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Marco Temporal – Povos Indígenas.

# SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 - A DISPUTA PELA TERRA NO STF: ANTECEDENTES E O RE Nº 1.1017.365 .....</b>	<b>13</b>
1.1 A Expansão Agrária e o Direito dos Povos Indígenas: Um contexto em síntese .....	13
1.2 A definição do Marco Temporal: Caso da reserva Raposa-Serra do Sol. 16	
1.3 O Recurso Extraordinário nº 1.017.365. ....	24
1.4 A nova Lei 14.701/2023 e as implicações para o STF. ....	27
<b>CAPÍTULO 2 – A CORTE IDH E OS PARÂMETROS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS .....</b>	<b>31</b>
2.1 O Sistema Interamericano dos Direitos Humanos: Uma breve introdução. 31	
2.2 A Propriedade Comunal e o Direito à vida digna na Jurisprudência da Corte 37	
2.3 Caso Xucuru vs Brasil e as Perspectivas da Corte IDH frente ao surgimento do Marco Temporal .....	46
<b>CAPÍTULO 3 – DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (IN)CONVENCIONALIDADE PARA A APLICAÇÃO DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS .....</b>	<b>51</b>
3.1 A concepção e aplicação do controle de convencionalidade .....	51
3.1.1 O que é controle de convencionalidade? .....	51
3.1.2 O diálogo entre Cortes: A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o STF. ....	55
3.1.3 A aplicação da convencionalidade pelo Supremo em matéria de direito indígena .....	64
3.2 O controle de constitucionalidade e o direito fundamental indígena .....	67
3.3 A aferição da tese do Marco Temporal .....	70
3.3.1 O conceito do marco temporal: convencional e constitucional? .....	70
3.3.2 A aplicabilidade dos controles no RE nº 1.017.365 .....	75

<b>CONCLUSÃO:</b> .....	79
<b>BIBLIOGRAFIA:</b> .....	82

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise jurídica com relação ao marco temporal sobre as terras indígenas, discussão que tramitou no Supremo Tribunal Federal. A monografia visa alcançar uma perspectiva comparativa entre a construção do direito à terra com base nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as previsões constitucionais brasileiras. O debate perpassa contextos históricos, antes e após a Constituição de 1988. Portanto, serão examinados dispositivos constitucionais, bem como as decisões da Corte IDH sobre a historicidade dessa disputa e a importância da consolidação do direito à propriedade comunal dos povos originários, sendo demonstradas as violações dos direitos humanos recorrentes e os possíveis efeitos da decisão judicial do STF sobre a posse e a demarcação das terras.

Em âmbito interno, a questão foi abordada no Recurso Extraordinário nº 1.017.365, com repercussão geral, na Corte Suprema brasileira na qual discutiu-se em qual momento deve-se estipular a posse dessas terras pelos povos indígenas. Isto posto, a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, que ocorreu em 5 de outubro deste mesmo ano, seria utilizada como o marco, ou seja, defende-se que somente até a data de 5 de outubro de 1988, na qual validou-se a Carta Magna, seria possível reivindicar as terras, caso houvesse comprovação que eram o terreno era ocupado pelo grupo. O julgamento teve início, contudo, foi interrompido em 2020 e retornou à votação em 07/06/2023, porém, com o pedido de vista do Min. André Mendonça, o caso voltou a pauta somente em setembro, dia 27/09/2023. Em decisão histórica, de sede de repercussão geral, o STF entendeu pela inconstitucionalidade do Marco Temporal das terras indígenas, criando um precedente inédito que pode afetar centenas de processos e a atuação da Administração Pública.

A última vez que o STF decidiu algo de grande impacto sobre a questão territorial dos povos indígenas foi em 2009, no longo julgamento sobre o caso

"Raposa Serra do Sol", envolvendo a demarcação de cerca de 1,7 milhões de hectares. Todavia, o caso não era de repercussão geral. Agora, o plenário decidiu em tal sede, podendo afetar propriedades de todo o país. No decorrer do julgado em debate, foram protocoladas mais de 80 (oitenta) *amicus curiae* no Supremo Tribunal. A discussão com relação às terras afeta reservas indígenas, terras de empresários da agricultura e, até mesmo, empresas estatais, sendo motivo pelo qual o tema é extremamente relevante para o conceito de posse, para títulos emitidos, para a consolidação (ou não) dos direitos humanos e, assim, para analisar se o STF aplicou também o controle de convencionalidade. Conforme exposto em manifestação do ministro relator, Edson Fachin<sup>2</sup>:

“Demonstra-se a relevância jurídica da questão, por um lado, pelo flagrante risco da criação de precedentes que fomentem situação de absoluta instabilidade e vulnerabilidade dos atos administrativos editados com âmbito nacional, após regular processo administrativo de demarcação de terras indígenas, com manifesto prejuízo à comunidade indígena em questão que possui direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e colocando em risco a execução da política indigenista no Brasil”

Além disso, recentemente, foi apresentado no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.903/2023, que teve aprovação na Câmara dos Deputados, em 30/05/2023. O texto proposto buscava restringir a demarcação das terras indígenas ocupadas por estes povos até a promulgação da Carta Magna, ou seja, tinha como objetivo efetivar a tese do marco temporal contrariando o Acórdão proferido por parte do Supremo Tribunal Federal. Nos termos definidos pelo Relator do projeto, para considerá-las como “ocupadas”, seria necessário que as terras fossem habitadas em caráter permanente e usadas para atividades produtivas e de modo a preservar os recursos naturais. Após a aprovação, o projeto foi encaminhado para análise do atual Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, que sancionou parcialmente, rejeitando pontos cruciais para a

---

<sup>2</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Requerente: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Relator: Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>> Acesso em 10 agosto de 2023. p. 4

consolidação da tese do Marco Temporal. No momento<sup>3</sup> em que este trabalho foi escrito, o Congresso discutia se iria rejeitar os vetos proferidos pelo Poder Executivo, aprovando a Lei à sua maneira. Logo, é possível verificar que a matéria desperta disputas políticas e sociais, inclusive, numa tentativa de diminuição das áreas de reserva ambiental e de ocupação indígena.

Na atual data<sup>4</sup>, a Lei nº 14.701/2023 vigora, devido a rejeição à posição do Poder Executivo pelo Congresso, que derrubou o veto realizado pelo presidente e optou por promulgar a Lei do Marco Temporal em 28/12/2023, ato que foi realizado pelo Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco. A discussão, contudo, se mantém, uma vez que há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7583 no STF, proposta em 02/01/2024, com pedido de liminar, apresentada por partidos, contestando a Lei, e aguarda decisão<sup>5</sup>.

No tocante à interpretação internacional sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já proferiu tanto relatórios abordando as violações que ocorreram no Brasil nas últimas décadas contra a população originária como também sentenças sobre o direito à terra como um direito humano. Diante do vasto catálogo de decisões, serão escolhidos os casos, por meio de seleção qualitativa, com o fito de discorrer sobre o controle de convencionalidade, instituído na jurisprudência da Corte e previsto como vinculante na Convenção Americana, assinada e ratificada pelo Estado brasileiro. Portanto, será explorado se a desconsideração do local ocupado pelos povos indígenas antes ou após a Constituição Federal de 1988 é contrária à Convenção em referência.

Em termos constitucionais, é necessário que uma série de dispositivos, sendo principais os art. 231 e 255 da CF/88, sejam abordados para estabelecer a

---

<sup>3</sup> Tema que requer acompanhamento. O texto foi escrito em 14/11/2023.

<sup>4</sup> A atualização do texto ocorreu dia 28/02/2023.

<sup>5</sup> A atualização do texto ocorreu dia 28/02/2023.

proteção ao direito à terra, que também está vinculada com outros direitos fundamentais. A análise, portanto, deve considerar a conexão dos povos tradicionais com a terra, assim como, os impactos culturais, sociais e econômicos ao ecossistema local. Desta forma, nos parâmetros definidos pela Corte IDH, há uma similaridade com o estipulado na Carta Magna, como é possível verificar em trecho citado por Walder Brabo e Natalia Bentes<sup>6</sup>:

“Sobre o tema, a Opinião Consultiva nº 23 de 2017, levantada pela Colômbia em face à Corte Interamericana de Direitos Humanos diz respeito a diversos aspectos relacionados às obrigações dos Estado em respeitar e garantir os direitos humanos e ao meio ambiente. Em seu parágrafo 48, a OC 23-17 revela que em casos de direitos territoriais dos povos indígenas e tribais, o Tribunal se refere à relação entre um meio ambiente sadio e adequado à proteção dos direitos humanos, considerando que o direito à propriedade coletiva está vinculado com o acesso aos recursos que se encontram nos territórios dos povos, pois estes recursos naturais são necessários para a sobrevivência, desenvolvimento e continuidade em seu estilo de vida.”

Destarte, serão exploradas as jurisprudências de ambos os tribunais e a efetividade do diálogo jurisdicional entre as Cortes no que cerne a posse destas terras. Observa-se, assim, que a tese do marco temporal está inserida na discussão com relação à violação ao direito à titularidade das terras dos povos indígenas, inclusive, disputada em âmbito internacional, nas sentenças da Corte IDH, como por exemplo, no caso do Povo Xucuru *versus* Brasil. Na decisão em referência, a Corte Interamericana, com base no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconheceu o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas como um direito humano fundamental, de responsabilidade dos Estados para adotarem todas as medidas necessárias com o fito de garantir o uso tradicional com base em padrões ancestrais.

Sendo assim, por meio da análise das intervenções no Recurso Extraordinário supracitado, a nova Lei e as decisões jurídicas a serem apresentadas, em âmbitos jurisdicionais diversos, o presente trabalho abordará

---

<sup>6</sup> BENTES, Natalia e BRABO, Walter. A INCONVENCIONALIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL ESTABELECIDO SOBRE TERRAS ÍNDIGENAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 26 | n. 10 | p. 123-143 | Mai./Ago. 2020. P. 134.

as diferentes visões doutrinárias com relação ao uso e a posse das terras indígenas, inserida no debate legal, que enfrenta o tema sobre a situação antes e após a Constituição Federal, visando questionar como institucionalizar o direito humano desses povos, que perpasse seu local de vivência como maneira de prolongar a cultura e a sua própria existência. À vista disso, o objetivo é verificar com base nos direitos fundamentais e a aplicação da convencionalidade no território brasileiro, por parte do Judiciário, se a retomada e titularidade dessas terras, utilizando referências antropológicas e históricas, tem sido respeitado conforme a Convenção Americana e a Constituição Federal, principalmente, à luz ao Recurso admitido no STF.

## **CAPÍTULO 1 - A DISPUTA PELA TERRA NO STF: ANTECEDENTES E O RE Nº 1.1017.365**

### **1.1 A Expansão Agrária e o Direito dos Povos Indígenas: Um contexto em síntese**

A questão agrária no Brasil é marcada pela disputa da posse, uso e propriedade da terra durante décadas, que atravessa, inclusive, a história brasileira marcada pela dominação em um sistema colonial. No entanto, no último século, a expansão da concentração de terra e o fortalecimento do empresariado agrícola, intitulados como ruralistas, transformou em frequentes os conflitos fundiários<sup>7</sup>, que tem como objetivo garantir a alta produção e produtividade, consequentemente, afetando terras públicas.

Sendo assim, as áreas de conservação ambiental ou comunitárias, isto é, consideradas terras indígenas, assentamentos rurais e demais grupos tradicionais (como comunidades quilombolas), passaram a ter seus terrenos apropriados ou invadidos. Desta forma, as disputas pela terra se transformaram em disputas

---

<sup>7</sup> FERREIRA, Jaqueline; SOUSA, Raimunda. “OS RURALISTAS E O AGRO(NEGÓCIO): A (IM)POPULARIDADE CONTIDA NESSA RELAÇÃO” Caderno Prudentino de Geografia, Presidente Prudente, n.44, v.1, p.99-119, jan-abr/2022, p. 101.

jurídicas, que cada grupo com interesses nos procedimentos de demarcação de terras, seja para efetivá-los ou para comprovar a ausência de ocupação, buscam para assumir a titularidade da terra e retirar a posse dos grupos originários ou comunidades de outra natureza, caso necessário.

Em termos dos direitos indígenas, que constituem grupo primordial nas disputas pela demarcação das áreas em procedimentos administrativos, o questionamento da legitimidade de sua ocupação aumentou nos últimos anos, condicionada, por exemplo, com relação a requisitos de validade, necessidade e direito de uso, por parte dos grupos não-indígenas. De acordo com Alfinito e Eloy Amado<sup>8</sup>, essa realidade está diretamente conectada a decisão sobre a área demarcada no caso da Reserva Raposa-Serra do Sol, considerando que o direcionamento realizado pelo STF foi fundamental para estipular as regras e condicionantes para o reconhecimento das terras indígenas. Por consequência, houve o aumento da violência no campo em razão das disputas de terra, vinculadas a tentativa de deslegitimar os grupos que a ocupam.

A decisão em referência consiste na PET nº 3.388, considerada um marco judicial, sendo a primeira decisão em plenário do STF em que foram determinadas as diretrizes para a validação da demarcação das terras para a população indígena, no caso em específico numa área localizada em Roraima. Destarte, o Acórdão representa fator importantíssimo para a compreensão das discussões que permeiam não só os processos administrativos, que tem se transformado em ações, como o atual Recurso Extraordinário nº 1.017.365, que corresponde a análise da constitucionalidade do Marco Temporal das terras indígenas, tema que se consolida no meio jurídico a partir do caso da Ação

---

<sup>8</sup> VIEIRA, Ana Carolina Alfinito; ELOY AMADO, Luiz Henrique. A aplicação do Marco Temporal pelo Poder Judiciário e seus Impactos sobre os Direitos Territoriais do Povo Terena. ALCÂNTARA, Gustavo K. TINÔCO, Livia N.; MAIA, Luciano M. (Org.). Índios, direitos territoriais e territorialidade. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018. P. 227-64. Disponível em: <[https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/indiospdf.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/indiospdf.pdf)>. Acesso em: 14 de nov. 2023. Pág. 7

Popular de Roraima supracitada. Em síntese, define a data da Constituição Federal da República como definição temporal para autorizar ou não a ocupação de grupos, uma vez que se não estavam lá anteriormente, não possuem direito a terra.

Logo, diante das consequências deste entendimento do STF, que foram mais judicialização de demandas sobre ações possessórias de terras demarcadas, após diversas decisões, no mínimo, controversas do Poder Judiciário, o tema retorna ao plenário para que seja abordado. O objetivo é analisar se o Marco Temporal está de acordo com os arts. 231 a 233 da Constituição Federal. O Recurso que tramita no STF, em sede de repercussão geral, é mais um caso em que a população indígena tem de recorrer a meios jurisdicionais para cobrar o reconhecimento da ocupação das terras, visto que os povos da Terra Indígena Ibirama-Laklãnõ, ocupada pelos indígenas Xokleng, está desde 2003 em busca da efetivação da demarcação da terra, disputada por agricultores e requerida pelo governo de Santa Catarina no Supremo Tribunal Federal (STF). O argumento do grupo é que esse terreno não estava ocupado em 5 de outubro de 1988, enquanto o povo Xokleng, por sua vez, argumenta que a terra estava desocupada na ocasião porque eles haviam sido expulsos.

O presente capítulo tem como objetivo detalhar os impactos das decisões judiciais para a consolidação desta ficção jurídica, denominada marco temporal, que tornou-se determinante para a consolidação da titularidade das terras indígenas. Além disso, busca-se demonstrar a importância do Poder Judiciário e suas instâncias, principalmente, na figura do Supremo Tribunal Federal, para aplicação dos direitos territoriais e os impactos do marco temporal nas demarcações para os povos indígenas, inclusive, atualmente, nas novas prerrogativas para disputas como o caso do povo Xokleng e agricultores.

### **1.2A definição do Marco Temporal: Caso da reserva Raposa-Serra do Sol.**

O Caso Raposa Serra do Sol foi um marco na jurisprudência brasileira por tratar-se do primeiro caso em que o STF abordou a demarcação das terras e determinou a contínua ocupação, entendendo pela titulação do terreno para os grupos indígenas como um direito consolidado nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988. Contudo, com certas ressalvas. A ação popular em referência consistiu na demarcação da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena em Roraima, alvo de interesse por diversos agricultores da região. Os grupos não-indígenas defendiam que a demarcação deveria ser realizada “em ilhas”, ou seja, zonas, para que nos demais espaços pudessem realizar a produção agrícola.

O primeiro ato normativo que fundamentou o surgimento desta disputa judicial foi a homologação do processo de demarcação da Terra, efetivado pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2005 nos termos da Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005<sup>9</sup>. A assinatura seguiu o processo administrativo, baseado em estudos fornecidos pela Funai, que demonstravam a necessidade da área total ser demarcada e sua forma de demarcação (se em ilhas ou em área contínua). Assim, os estudos antropológicos com base na qual a terra foi demarcada demonstraram que o terreno fazia sentido em função das cinco etnias que vivem na região. Todavia, os arroteiros, garimpeiros e demais ocupantes não-indígenas resistiram à desintrusão. O processo durou décadas.

Sendo assim, em 2008, o Supremo Tribunal Federal confirmou a lisura do ato presidencial. Desta forma, os produtores rurais que ocuparam a região deveriam ser retirados da área com a supervisão do ministro do STF, Relator do caso, Carlos Ayres Britto, contando com o apoio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

---

<sup>9</sup> BRASIL, Decreto de 15 de abril de 2005. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm)> Acesso em: 18 de nov. 2023.

Contudo, no acórdão proferido na PET nº 3.388/RR, foram fixadas as chamadas “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, que de acordo com os ministros, seriam as 19 condições base para que as reservas, tanto as já criadas como as novas, pudessem ser demarcadas com aval jurídico. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas, também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região.

Todavia, as condicionantes passaram a se tornar, na realidade, forma de questionar a legitimidade indígena, visto que o STF permitiu limitações ao chamado “usufruto do índio”, que significaria o direito dos indígenas a ter a posse das terras de forma restrita. Dentre as regras estabelecidas, determinou-se que o usufruto das riquezas da região pudesse ser considerado de relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar, não permitindo que o usufruto indígena abrangesse recursos hídricos e potenciais energéticos, que estariam pendentes de autorização do Congresso Nacional, bem como, para riquezas minerais, que apenas permitiria participação dos grupos originários com relação aos resultados da lavra. Além disso, o direito indígena não se sobressairia a Política de Defesa Nacional, sendo possível instalar bases militares, sem consulta das comunidades indígenas ou a Funai, assim como a atuação das Forças Armadas da Polícia Federal. Portanto, a ocupação indígena não impediria instalação de equipamentos públicos ou estradas, se assim fosse interesse da União.

Ademais, o instituto Chico Mendes ganhou papéis na decisão, sendo responsável pela preservação e administração das unidades de conservação. Ainda, com relação a visitantes e pesquisadores, o Instituto regula o trânsito de não-índios nas áreas de conservação. De acordo com o Supremo, seriam

admitidos o ingresso, trânsito e a permanência de não-índios, contanto que fossem estabelecidas condições pela Funai, que não poderia ser realizado por meio de cobrança de tarifas ou quaisquer quantias pelas comunidades indígenas. No entanto, também ficou vedada o arrendamento ou qualquer ato jurídico que afetasse diretamente as terras indígenas ou que fosse praticada qualquer atividade agropecuária ou de qualquer natureza exploratória nas áreas restritas as comunidades. Porém, a decisão reconheceu a imprescritibilidade e a impossibilidade de vender as terras, além de vedar a ampliação a partir da área demarcada. Por fim, seguindo o art. 49 e 231, §3º, da CF/88, a Corte determinou que as terras sob ocupação e posse indígena estariam abarcadas pela imunidade tributária.

A ideia de qualificar o “usufruto dos índios”, apesar de destinadas ao caso Raposa Serra do Sol, a decisão, que não era teor de repercussão geral, foi utilizada por grupos não-indígenas para mover ações revisionistas com relação a Terras Indígenas<sup>10</sup>, afinal, dentre as condicionantes, foram estabelecidas a proibição de ampliar a área demarcada para os indígenas e condição de validação para declaração do pedaço de terra como indígena a ocupação dos grupos na data da promulgação da Constituição, ou seja, determinando a Carta Magna como o condição temporal para consolidação desses direitos. Ainda, a partir deste acórdão, houvera aplicação por parte da 2ª Turma do STF, em outros casos, seguindo este mesmo entendimento, como por exemplo o RMS nº 29.087<sup>5</sup>, reconhecendo o pedido feito por particulares que discutiam a declaração, pela Funai, de terras como de posse permanente de etnias indígenas.

A Ministra Cármen Lúcia, ao se pronunciar sobre o tema no acórdão do RMS n. 29.087/DF, esclareceu que "naquela assentada de 19.3.2009, este Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento daquela Petição 3.388/RR (caso Raposa Serra do Sol)" e que, "pela 'superlativa importância histórico-

---

<sup>10</sup> VIEIRA, Ana Carolina Alfinito; ELOY AMADO, Luiz Henrique. Op. Cit. p. 4.

cultural da causa', examinou-se o regime jurídico constitucional de demarcação de terras indígenas no Brasil e fixaram-se as balizas a serem observadas naquele processo demarcatório". Assim, segundo a Ministra, "erigiram-se, naquela oportunidade, salvaguardas institucionais intrinsecamente relacionadas e complementares que assegurariam a validade daquela demarcação e **serviriam de norte para as futuras**" (grifado).

Em 2013, a Corte entendeu que embora a decisão com relação ao caso Raposa Serra do Sol tenha sido um precedente marcante, não foi estabelecida qualquer caráter vinculante na Pet. 3.388. Desta forma, não haveria extensão automática da decisão perante conflitos fundiários envolvendo os povos indígenas, retirando qualquer possibilidade de repercussão geral e restringindo às particularidades aplicável somente ao caso específico, denominado efeitos *inter partes*.

Porém, o Supremo Tribunal, diante dos os parâmetros estabelecidos, foi responsável por gerar a discussão que perdura até os dias de hoje, inclusive em disputa no Recurso Extraordinário 1.017.365, com relação a demarcação de terras indígenas, uma vez que em voto seguido pelo plenário apenas as terras ocupadas pelos grupos tradicionais na data da promulgação da Constituição seriam consideradas áreas demarcadas, conforme o voto proferido pelo Ministro Relator Ayres Britto<sup>11</sup>:

“I - **o marco temporal da ocupação**. 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.” (grifo)

---

<sup>11</sup> STF – Supremo Tribunal Federal (2013). “Inteiro teor do Acórdão”. Plenário Emb. Decl. na Petição 3.388 Roraima. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 41

Além disso, o Supremo entendeu que seria necessário estabelecer o marco da tradicionalidade da ocupação, isto é, não bastava constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação da Carta Magna, seria necessário situar coletivamente esse grupo indígena no espaço em caráter da perdurabilidade. Nos termos do Relator<sup>12</sup>, seria um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, de viver em determinadas terras pertencendo a elas quanto elas pertencem a eles.

Ademais, a Administração Pública não seguiu a decisão do STF em todos os processos de demarcação de terra indígena pelo governo federal. Entretanto, a tese neste processo permitiu que outros dispositivos infralegais restritivos pudessem ser utilizados, um deles foi a Portaria AGU n. 303, de 16 de julho de 2012<sup>13</sup>. O ato normativo foi responsável por normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União quanto à interpretação e aplicação das denominadas salvaguardas institucionais fixadas pelo Supremo Tribunal Federal na decisão proferida na Petição n. 3.388, de modo a unificar a atuação dos órgãos jurídicos da Administração Pública nos processos de demarcação de terras indígenas.

Contudo, após o julgamento e publicação do acórdão do STF dos embargos sobre a caso Raposa Serra do sol, os atos normativos tanto o

---

<sup>12</sup> Ibid. p. 43

<sup>13</sup> “A edição da Portaria AGU n. 303, de 16.07.2012, foi resultado das conclusões, no âmbito desta Consultoria-Geral da União, do Parecer n. 153/2010/DENOR/CGU/AGU (processo 00400.018100/2009-26). O preâmbulo e o artigo 1º da portaria dispõem o seguinte: “O Advogado- Geral da União, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado, resolve: Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.388-Roraima, na forma das condicionantes abaixo: (...)”. BRASIL, ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU).” AGU. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, de 19 de julho de 2017. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm)> Acesso em: 18 de nov. 2023.

supracitado como seus decorrentes ficaram suspensos e somente em julho de 2017, o presidente Michel Temer aprovou parecer da Advocacia-Geral da União (AGU)<sup>14</sup>, determinando a aplicação das condições estabelecidos pelo STF no caso Raposa-Serra do Sol.

Portanto, a partir do julgamento da Ação Popular 3.388/RR, referente à demarcação do caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal ao definir uma série de condicionantes para o reconhecimento das terras indígenas, criou o termo conhecido como “Marco Temporal”, já supracitado no início deste capítulo. A tese em referência tem por objetivo a restrição dos direitos dos povos indígenas à sua terra tradicional, garantida no inc. XI, art. 20 da CF/88, visto que valida esse direito somente na condição de presença física dessas comunidades na época da promulgação da Carta Magna. Portanto, as comunidades deveriam ocupar suas terras até a data de 5 de outubro de 1988, ressalvando caso não estivessem em razão da “força de renitente”, esbulho praticado por não-índios.

Isto posto, supostamente, haveria afastamento do critério da tese do marco temporal na hipótese em que a população tradicional houvesse sido expulsa das terras. No entanto, tal entendimento gerou ainda maiores disputas jurídicas, uma vez que seria possível discutir a temporalidade da ocupação terra e se houve, de fato, a retirada dos indígenas do terreno em referência. Afinal, tornou-se uma possibilidade protocolar ações possessórias impetradas como mandados de reintegração, alegando o marco temporal das áreas habitadas e cultivadas por povos indígenas.

Diante desta realidade, juristas e pesquisadores passaram a questionar o marco temporal nas decisões judiciais<sup>15</sup>, como ressalta Alfinito e Eloy Amado, já que a discussão com relação a titularidade das terras passou a ser utilizado em diversas instâncias para suspender ou anular a demarcação das terras indígenas. Sendo assim, a partir deste debate, por exemplo, demarcações de terras como é

---

<sup>14</sup> Ibid. p. 1.

<sup>15</sup> ALFINITO, Ana Carolina; AMADO, Luiz Henrique Eloy. Opt. Cit. Pág. 3

o caso da terra Taunay-Ipeque e áreas de Cachoeirinha estão em suspeição, aguardando a decisão do judiciário. Conforme explicita o jurista José Afonso da Silva<sup>16</sup>, o marco temporal e renitente esbulho são enunciados espoliadores de direitos fundamentais, arbitrários e inconstitucionais.

A delimitação do direito territorial indígena contribui para que se questione o direito possessório, que é resguardado na própria Constituição Federal de 1988. À vista disso, a judicialização na disputa fundiária ocorre, em regra, por meio de ações declaratórias em que o proprietário rural questiona um processo administrativo de demarcação, deslegitimando um ato do poder público para o domínio da terra disputada. Os autores Ana Carolina Alfinito e Luiz Henrique Eloy Amado montaram um banco de dados contendo ações declaratórias de domínio e possessórias antes e depois do julgamento da Pet. 3.388, de forma questionar se houve mudança na tomada de decisão do poder judiciário e a quantidade de decisões depois do marco temporal.

Entre 2003 e 2009, os estudos demonstraram uma leve prevalência de decisões suspendendo ou anulando os processos de demarcação das terras indígenas. No entanto, a partir de 2010 o embasamento de entendimentos contrários aos direitos territoriais dos povos originários passou a ser vinculado ao caso Raposa-Serra do Sol, como é possível verificar na lide entre a Fazenda de Petrópolis e a demarcação da Terra Indígena Cachoeirinha, em decisão monocrática proferida por Gilmar Mendes<sup>17</sup>:

“Existem nos autos documentos (fls. 161/164, apensos) que fundamentam a plausibilidade do argumento de que a cadeia dominial dos imóveis Fazenda Petrópolis e Fazenda São Pedro remonta aos anos de 1871 e 1898, muito anterior, portanto, à data de 5 de outubro de 1988, fixada como marco temporal de ocupação pela jurisprudência desta Corte no conhecido caso Raposa Serra do Sol, tal como explicitado em trechos

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da, **Parecer sobre a Constitucionalidade do Marco Temporal**, São Paulo: 2016. p. 17.

<sup>17</sup> ELOY AMADO, Luiz Henrique. Situação Jurídica das Terras Terena em Mato Grosso do Sul. Tellus, Campo Grande, MS, ano 20, n. 41, jan./abr. 2020 11-34, p. 26. apud Ação Cível Originária nº 1513, Min. Relator Gilmar Mendes, 2010.

da ementa do acórdão na PET nº 3388, Rel. Min. Carlo Britto, *DJ* 25.9.2009: **“11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”(...** Ante o exposto, defiro o pedido de medida cautelar e determino a suspensão do procedimento administrativo FUNAI/BSB/0981/82 da FUNAI e dos efeitos da Portaria nº 791, de 19 de abril de 2007, editada pelo Ministro da Justiça, (...) até julgamento final da ação principal.”. (grifado)

Para tanto, é possível verificar que o marco temporal se tornou tema imprescindível para fundamentar questionamentos com relação a demarcações de terra indígena, visto que a transformou em justificativa do fato que os indígenas não ocupavam a terra disputada em 1988 prejudicaria sua tradicionalidade<sup>18</sup>. Todavia, a partir da possibilidade de judicialização, tendo efeitos a suspensão ou anulação, a disputa de terras criou uma escalada ainda mais forte de conflitos, gerando uma necessidade ainda maior da tomada de decisão do Poder Judiciário para soluções institucionais ao intervir em tema de tamanha relevância social.

Desse modo, a discussão sobre a constitucionalidade retorna ao Supremo Tribunal Federal, no RE nº 1.017.365. Portanto, o que está em jogo é uma interpretação do complexo frente a constitucionalidade da causa indígena. Além disso, é o momento de avaliar se o STF seguirá as diretrizes internacionais com relação a proteção dos direitos humanos dos povos originários, conforme será

---

<sup>18</sup> ALFINITO, Ana Carolina e ELOY AMADO, Luiz Henrique. Opt cit. p. 14. Ação 0002962-04.2009.4.03.6000, decisão de 26 de fevereiro de 2010

abordado no próximo capítulo, com base das decisões da Corte Interamericana, a qual o Brasil é vinculado obrigatoriamente em função da ratificação da Convenção Americana e o reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998.

### **1.3O Recurso Extraordinário nº 1.017.365.**

A disputa judicial inicia-se em 2009, quando a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina – FATMA protocolou a Ação de Reintegração de Posse em face da Fundação Nacional do Índio – FUNAI e um “grupo de indígenas invasores” para uma área de, aproximadamente, 80 mil m<sup>2</sup> (oitenta mil metros quadrados) no sul do país. A argumentação da Fundação se baseia na legitimidade da posse do terreno e que há 7 anos a reserva teria sido invadida por aproximadamente 100 índios. A FUNAI refutou a tese inicial da parte autora, reforçando que a Portaria nº 1182/2003, do Ministério da Justiça, já havia reconhecido a posse permanente dos grupos indígenas naquela área. Porém, o pleito ao ser julgado foi procedente para a posse do autor, na primeira e segunda instância. Ainda, os Recursos Especiais não foram sequer conhecidos. À vista disso, a União junto a FUNAI recorreram ao Supremo Tribunal Federal para propor a tese “*definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do artigo 231 do texto Constitucional*”.

Deste modo, buscou-se questionar, então, o motivo pelo qual haveria uma limitação a partir da consolidação do direito indígena à terra, bem como, o suposto esbulho que permeava contra os indígenas. Na consolidação do texto constitucional, a participação indígena remarca como é fundamental que a terra seja atrelada a sua própria existência, como manifestou Ailton Krenak<sup>19</sup>:

---

<sup>19</sup> Filme Índio Cidadão – Grito 3. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=kWMHiwdbM\\_Q](https://www.youtube.com/watch?v=kWMHiwdbM_Q). Acesso: 18 out. de 2023. Sinopse: “Há 27 anos, a Assembleia Nacional Constituinte foi marcada pela defesa da Emenda Popular da União das Nações Indígenas. No dia 04 de setembro de 1987, o porta-voz do emergente Movimento Indígena fez discurso histórico que logrou reverter a conjuntura política anti-indígena naquela legislatura do Congresso Nacional. O pronunciamento contundente do defensor Ailton

".. eu espero não agredir com a minha manifestação os membros dessa casa, mas eu acredito que os senhores não poderão ficar omissos, os senhores não poderão ficar alheios a mais essa agressão movida pelo poder econômico, pela ganância, pela ignorância do que significa ser um povo indígena. Povo indígena tem um jeito de pensar, tem um jeito de viver, têm condições fundamentais para sua existência, para manifestação de sua expressão, de sua vida e da sua cultura, que não coloca em risco e nunca colocaram, a existência sequer dos animais que vivam ao redor das áreas indígena, quanto mais de outros seres humanos.”(04/09/1987) (grifado)

É importante frisar que até o momento de o recurso ser conhecido pelo STF, a povo Xokleng ainda não fazia parte do processo, admitido como litisconsorte a partir da decisão do Ministro Relator admitindo o recurso. O Recurso teve mais de 80 amicus curiae solicitados em seu processo e a Corte entendeu que uma decisão sobre o tema seria responsável por afetar centenas de processos judiciais e administrativos.

Diante da sua relevância, em termos da ordem constitucional, o STF determinou que compete à União demarcar as terras indígenas ocupadas pelos povos originários, de acordo com o artigo 231, uma vez que se reconhece 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. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 garante que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§4º do art. 231 da CF/88). À vista disso, é aplicável o princípio da vedação ao retrocesso, alegada pela União, já que o marco temporal das terras indígenas estaria por si só ferindo um estatuto jurídico-constitucional considerado como cláusula pétrea, visto que trata-se de direitos e garantias individuais (art. 60, IV, CF/88).

---

Krenak, com a presença de espírito do gesto de luto, foi ato decisivo para a aprovação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 pelos parlamentares constituintes”.

Isto posto, em 27 de setembro de 2023, por 9x2 dos votos, o STF entendeu que o marco temporal das terras indígenas é uma tese incompatível com os direitos resguardados na Carta Magna. De acordo com o Min. Relator, Edson Fachin, a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas não se sujeita ao marco temporal. Em seguida, o Min. Alexandre de Moraes abordou a necessária prévia e justa indenização da União para o terceiro de boa-fé, que não possuiria domínio para a terra, porém, usufruiu de boa-fé e seria lesado. O novo tema nº 1031, de repercussão geral, determina:

“(...) II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; (...)”

Todavia, apesar de importante, o reconhecimento de inconstitucionalidade por parte Tribunal por si só não resolveria as demandas jurídicas das centenas de casos pendentes em função deste único processo. Portanto, ainda, o STF marcou para o final de outubro de 2023<sup>20</sup> a discussão em plenário sobre as regras que deverão ser aplicadas como diretrizes para a demarcação das terras e indenização de terceiros. Além disso, o Supremo não esperava que em contrapartida o Congresso Nacional aprovaria lei regulamentando o Marco Temporal como fator para titularidade das terras por parte dos grupos indígenas. A nova PL 2.903/2023 fere o

---

<sup>20</sup> Com base na sessão de 25/09/2023.

direito constitucional reconhecido pela Corte e aguarda sanção ou veto presidencial.

#### **1.4A nova Lei 14.701/2023 e as implicações para o STF.**

Desde o momento em que se iniciou a discussão do Marco Temporal no Supremo Tribunal Federal, e o possível julgamento do tema, a pauta se difundiu na sociedade. Portanto, recentemente, no dia 01/06/2023, a Câmara dos Deputados iniciou o debate, que até então era um Projeto de Lei nº 2903/2023, com o objetivo determinar legalmente a demarcação de terras indígenas e a definição das áreas que podem ser consideradas desses povos, bem como, o conceito de serem tradicionalmente ocupadas, atribuindo modalidades:

Art. 3º São terras indígenas:

I – as áreas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, nos termos do § 1º do art. 231 da Constituição Federal;

II – as áreas reservadas, consideradas as destinadas pela União por outras formas que não a prevista no inciso I deste caput;

III – as áreas adquiridas, consideradas as havidas pelas comunidades indígenas pelos meios admissíveis pela legislação, tais como a compra e venda e a doação.

No decorrer do projeto, ficou nítido que a proposta era uma tentativa do Poder Legislativo de regulamentar a tese do Marco Temporal, quando expressamente define que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros são as quais foram: (i) habitadas por eles em caráter permanente; (ii) utilizadas para suas atividades produtivas; (iii) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e (iv) necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, seguindo simultaneamente esses requisitos na data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 4 da PL 2.903/2023, que o mesmo artigo da nova Lei 14.701/2023)

Neste contexto, é imprescindível compreender que a questão territorial está diretamente ligada aos ruralistas e ao agronegócio, que detêm uma influência considerável no cenário brasileiro, inclusive, com representantes que se intitulam como “Bancada Ruralista”<sup>21</sup> no Congresso Nacional, principalmente na questão agrária, que abarca a relação entre posse, uso e propriedade da terra. Ainda, uma prova deste fato está entre os relatórios que fundamentam a nova Lei supramencionada, da Comissão de Agricultura e Reforma Agrária, abordando argumentos favoráveis a existência da tese<sup>22</sup> para delimitação das terras consideradas indígenas com base na Carta Magna, como é possível ver no trecho abaixo:

“Considerando que o PL acompanha posição do julgado na Pet 3.388/RR pelo STF, estabelecendo que o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado, suavizado sempre que houver relevante interesse público da União, que o usufruto dos indígenas não impede a instalação, pela União, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação, entendemos que a proposta de marco proposto está em linha com a melhor solução para o dilema de estabelecimento de novo marco temporal para a demarcação de terras indígenas no Brasil. **Nesse contexto, a data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, se mostra parâmetro apropriado de marco temporal para verificação da existência da ocupação pela comunidade indígena da terra a ser reivindicada, assim como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos indígenas e das 19 salvaguardas institucionais definidas pela Excelsa Corte Constitucional brasileira.**” (grifado)

---

<sup>21</sup> “Grupo de parlamentares deputados e senadores federais oriundos de partidos distintos, que se propõem um assunto ou tema específico, na defesa da propriedade de terra ou da expansão capitalista na agricultura. Sendo assim um grupo de parlamentares que se mobilizam para defender no Congresso Nacional os interesses dos ruralistas e do agronegócio, encaminhando Projetos de Lei mobilizando suas bases eleitorais e outros deputados e senadores aliados para fazerem pressão sobre o Congresso e o Governo, para aprovarem leis em favor do agronegócio. (COSTA, 2012).” FERREIRA, Jaqueline e SOUZA, Raimunda, opt. cit. p. 104, apud Costa, 2012, p. 13.

<sup>22</sup> SENADO FEDERAL, Comissão de Agricultura e Reforma Agrária. Parecer, 8 de agosto de 2023. Relatora: Senadora Soraya Thronicke (PODEMOS/MS). p. 9.

Desta forma, a partir do entendimento do STF, conforme mencionado anteriormente, pela inconstitucionalidade da aplicação do Marco Temporal das Terras Indígenas, a nova Proposta de Lei 2.903/2023 foi colocada para votação. O PL foi aprovado em regime de urgência na Câmara dos Deputados, ou seja, sem passar por comissões e debates com a sociedade, e seguiu para votação no Senado Federal, sendo aprovada em sessão do dia 27/09/2023, nos termos dos pareceres.

Seguindo o procedimento para criação da Lei, o projeto aprovado foi encaminhado para o Poder Executivo, cabendo, no prazo de 15 dias úteis, o voto presidencial estipulando o veto ou a sanção do projeto. A posição do Presidente foi pela sanção parcial da nova Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023. Os vetos, contudo, não reconheceram o marco temporal das terras indígenas, visto que o art. 4, já mencionado, foi vetado na estipulação da data da Constituição para que fossem consideradas as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas. Ademais, outros pontos não foram aceitos, como: (i) a obrigação da participação de todos os entes federativos para um processo administrativo de demarcação; (ii) a indenização caso um não-indígenas tivesse de desocupar a terra; (iii) a possibilidade de existirem terras indígenas adquiridas como um bem privado; e (iv) a possibilidade de construções do poder público e turismo nas terras indígenas. Os efeitos do projeto seriam imediatos para demarcação, inclusive para os processos em curso, o que também foi vetado pelo Presidente.

Nesse sentido, a justificativa do veto foi com base no art. 231 a Constituição Federal de 1988 que garante que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Assim, o projeto de Lei, que virou a Lei 14.701/2023 por decisão do Congresso Nacional, fere diretamente o direito adquirido dos povos indígenas, concebido pelo poder constituinte, bem como, as dificuldades de comprovar os requisitos definidos

para reconhecimento do direito à terra, como ressaltou o Presidente Lula, em seu veto<sup>23</sup>:

“Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas.”

Ainda, havia a previsão de contato forçado com os povos indígenas por “ação estatal de utilidade pública”, que também estaria em desacordo com a Carta Magna, no mesmo artigo, já que retiraria o direito do isolamento voluntário por parte dos povos originários. Além disso, também houve aplicação do controle de legalidade, devido aos termos do Decreto nº 1775, de 1996 e da Portaria nº 2.498/11 do Ministério da Justiça, que regulamentam os procedimentos administrativos para a demarcação de terras indígenas e que na proposição legislativa.

Desta forma, a avaliação do Poder Executivo no veto com relação ao usufruto das terras indígenas visa garantir a constitucionalidade da norma. Inclusive, embasada com a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 1.017.365, que determinou a inconstitucionalidade do marco temporal. No momento<sup>24</sup>, resta aguardar se os vetos serão ou não apreciados pelo Congresso Nacional. Caso o poder Legislativo não reconheça as prerrogativas adotadas pelo Executivo, poderá promulgar a Lei em referência da forma que foi postulada inicialmente. No entanto, tal posicionamento poderá acarretar na judicialização da demanda por meio de Ação de Inconstitucionalidade, uma vez

---

<sup>23</sup> Legislação Informatizada, Lei nº 14.701, 20 de out. 2023. Veto. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2023/lei-14701-20-outubro-2023-794847-veto-169791-pl.html>>. Acesso em: 16 nov. de 2023.

<sup>24</sup> Este trabalho foi escrito oficialmente até o dia 18 de novembro de 2023.

que a medida já teve o reconhecimento da inconstitucionalidade da tese por parte do Supremo Tribunal Federal.

## **CAPÍTULO 2 – A CORTE IDH E OS PARÂMETROS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS**

### **2.1 O Sistema Interamericano dos Direitos Humanos: Uma breve introdução.**

A proteção dos povos indígenas perpassa, inclusive, a compreensão da disputa por direitos em âmbito internacional, existindo uma referência regional na América por meio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O surgimento do SIDH tem conexão direta com o período de conflitos da América, uma vez que, na época, o desenvolvimento da região estava marcado pela Guerra Fria e os regimes ditatoriais na América Latina<sup>25</sup>, que perduraram até cerca de 1980. Portanto, as violações de direitos humanos eram frequentes e sistêmicas, comandadas pela própria máquina estatal formada por militares no poder. Conforme menciona Par Engstrom<sup>26</sup>, as visitas e relatórios dos países da Comissão Interamericana desempenharam um papel importante em alguns casos, por exemplo, na Nicarágua sob Somoza (1978) e na Argentina em 1979, mas, tiveram uma influência limitada em geral.

Inicialmente, somente os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) podem aderir a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que estabelece o rol de direitos humanos a serem obrigatoriamente cumpridos em âmbito interno. A partir da Convenção, foi criada a Corte IDH,

---

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. *Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. Vol. 08/2015, p. 293-316, ago/2015. p. 3-4.

<sup>26</sup> Engstrom, Par. Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 2, N. 8, p. 1250-1285, 2017. p. 4. DOI:10.12957/dep.2017.28027

que por meio das suas próprias atribuições e procedimentos tem o poder de condenar internacionalmente os Estados que a ela aderiram, sendo um órgão jurisdicional. Apesar de ambas serem integrantes do SIDH, tanto a Comissão como a Corte, possuem diferentes funções, como ressaltam respectivamente Piovesan<sup>27</sup> e Gorestein<sup>28</sup>:

“Promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América é a principal função da Comissão Interamericana. Para tanto, cabe à Comissão: fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção destes direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; requisitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; submeter um relatório anual à assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.”

“A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema por excelência. Enquanto os membros da Comissão são chamados de Comissários, os membros da Corte detêm o título de juízes; enquanto a Comissão elabora um relatório final com “recomendações”, a Corte emite uma sentença “definitiva e inapelável”, nas palavras da Convenção Americana. As sentenças da Corte são, ainda, obrigatórias, não podendo os Estados recusar-se a cumpri-las.”

À vista disso, a Corte IDH, criada em 1979, é um tribunal regional independente de Direitos Humanos, com o objetivo de estipular um mecanismo jurisdicional na qual as condutas dos Estados, considerando atos ou omissões, sejam avaliadas por juízes neutros e imparciais para verificar o cumprimento da devida obrigação ratificada ou costumeira, na ausência podendo acarretar na condenação de responsabilidade internacional por violação de direitos

---

<sup>27</sup> PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.34.

<sup>28</sup> GORENSTEIN, Fabiana. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In LIMA JR., Jayme Benvenuto. Manual de Direitos Humanos Internacionais: Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Loyola, 2002. p. 95

humanos<sup>29</sup>. No entanto, para efetivar a apuração de violação de direitos humanos, cabe ao Estado aderir e ratificar a competência da Corte IDH, que passará a proferir sentenças com legitimidade de força vinculante, sendo o cumprimento obrigatório, definitivo e inapelável.

Afinal, a Corte tem como prerrogativa estabelecer as obrigações jurídicas assumidas pelos Estados, visando seguir as normas internacionais para a proteção de direitos com base na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e outros instrumentos internacionais, com a devida responsabilização em casos de falha no cumprimento destas garantias<sup>30</sup>. Isto é, a Corte pode condenar o Estado ao entender que este é responsável pela violação dos direitos previsto nas normas supracitadas. Logo, de acordo com André de Carvalho Ramos<sup>31</sup>, para a aplicação da Convenção, o conceito de responsabilidade internacional consiste na reparação em face de violação prévia da norma, dependendo de 3 (três) fatores: (i) um fato internacionalmente ilícito, como tortura, por exemplo; (ii) o resultado lesivo, seja físico ou psíquico; (iii) o nexo causal entre ambos. Ou seja, a imputabilidade consiste no vínculo entre a conduta do agente e o Estado responsável<sup>32</sup>.

Nos anos 90, com a dissolução da maior parte dos regimes de exceção da região<sup>33</sup>, o SIDH ganhou um papel importante com relação a justiça de transição, sendo instrumento para reconhecimento de abusos de direitos humanos que ocorreram nos anos anteriores. Destarte, com a possibilidade de requisições para o cumprimento das obrigações internacionais por parte dos cidadãos dos Estados-membros, as demandas de garantia de direitos humanos tornam-se mais frequentes, inclusive, diante de violações contra grupos sociais historicamente

---

<sup>29</sup> RAMOS, André de Carvalho. A responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. 2000. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005. p. 54.

<sup>30</sup> Engstrom, Par. Opt. cit. p. 9 (p. 1258)

<sup>31</sup> RAMOS, André de Carvalho. Opt cit. p. 54.

<sup>32</sup> Ibid, p. 55.

<sup>33</sup> Engstrom, Par. Opt. cit. p. 4 (p. 1253)

marginalizados, como os povos originários. Como ressalta Anaya<sup>34</sup>, por meio do ativismo e reivindicações, a população indígena adentrou na pauta da esfera internacional nas últimas duas décadas, ganhando espaço no âmbito das Nações Unidas, bem como, nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Deve-se mencionar que a concepção ocidental de defesa dos Direitos Humanos, no contexto internacional, pressupõe, em regra, o conceito de igualdade formal e identidade homogênea, uma ideia abstrata de um ser universal que partilha dos mesmos direitos, o que na prática pode acabar por inviabilizar a demonstração da desigualdade entre os grupos dentro da sociedade, a necessidade da equiparação e os processos influentes para tais diferenciações na estruturação social. Portanto, um exemplo é a influência do processo de colonização dos povos, sendo fator central para a dominação e disseminação dos ideais da modernidade, que incluem a desumanização e hierarquia dos grupos sociais.

Isto posto, diante desta situação histórica, os povos indígenas são diretamente afetados por essas concepções e constituem um grupo vulnerável, com menor poder de representatividade, financeiro e político. Assim, há uma lógica resultante desses processos que permitiu políticas estatais discriminatórias e excludentes, responsáveis pela perda dos territórios ancestrais por parte dos povos indígenas e na negação dos direitos mais básicos a seus membros<sup>35</sup>, permitindo o surgimento e a implementação de políticas que visem retirar direitos da sua população, como é caso da tese do Marco Temporal.

Portanto, a inclusão das demandas indígenas na defesa dos direitos humanos, para além de retirar a ideia do ser universal fundada no eurocentrismo,

---

<sup>34</sup> SCHETTINI, Andrea. Por um Novo Paradigma de Proteção dos Direitos dos Povos Indígenas: Uma Análise Crítica dos Parâmetros Estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 9, n. 17, p. 63-85, dez. 2012. p. 65

<sup>35</sup> NAÇÕES UNIDAS. 2005. The millennium development goals: a Latin American and Caribbean perspective. LC/G.2331-P. Disponível em: <<https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/567a2ac3-09e7-4a23-82c7-308d1825b9c/content>>. Acesso em: 17 nov. 2023. p. 50

tem como consequência o surgimento de normas e práticas internacionais de proteção desses povos, como por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais, em 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007. Nesse contexto, a interpretação internacionalista, que já vinha alavancando no cenário global, ganha legitimidade a partir da aderência aos mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos no país, inclusive, a Corte IDH.

Na América Latina, foi fundamental a concepção da CADH, também conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica, que é o principal tratado do SIDH, visando, em princípio, a garantia das liberdades individuais marcadamente desrespeitadas na região. No caso do Estado brasileiro, a aderência à Convenção Americana de Direitos Humanos ocorreu em 1992 e a competência da Corte IDH foi reconhecida somente em 10 de dezembro de 1998, vinculando o Estado para cumprimento obrigatoriamente das decisões que abordem fatos e/ou efeitos apenas posteriores a data deste reconhecimento. Ademais, reconheceu de pleno direito e por tempo indeterminado a competência jurisdicional da Corte, conforme o artigo 1º do Decreto nº 4.463/2002<sup>36</sup>.

Essa prerrogativa permite que o Poder Judiciário brasileiro realize o controle de convencionalidade, seguindo a interpretação a CADH, que não detém uma ótica nacional, há a influência e interpretação da própria Corte IDH, conforme aborda André de Carvalho Ramos<sup>37</sup>. No entanto, como veremos *a*

---

<sup>36</sup> O Decreto nº 4.463/2002 prevê que “Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.” BRASIL. 2002. Presidência da República. Decreto nº 4.463 de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm)> Acesso em: 01 nov 2023.

<sup>37</sup> CARVALHO RAMOS, André de e GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de Convencionalidade, Teoria do Duplo Controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos. Revista Direitos

*posteriori*, a jurisprudência nacional, em regra, não acolheu as interpretações evolutivas dos direitos humanos presentes no SIDH.

Com relação as pautas indígenas, a atuação da Corte Interamericana, apesar de possuir limites, tem promovido importantes parâmetros para a criação de conceitos e contribuição de argumentos jurídicos contramajoritários<sup>38</sup>, impactando o paradigma moderno de segregação desses povos. Um exemplo é o Caso de *La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*.<sup>39</sup>, em que a Corte considerou a existência do direito consuetudinário dos povos indígenas, que deve ter seus efeitos analisados, conforme o art. 2 da CADH, por medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades dos membros da comunidade em referência, seguindo os valores, usos e costumes desse povo.

Outrossim, a jurisprudência da Corte surge como instrumento para tratar questões relevantes em termos de violações de direitos humanos, que por muitas vezes não tem mecanismos ou não são direitos garantidos pelos Estados-membros em âmbito interno, motivo pelo qual as sentenças proferidas pela Corte

---

Culturais. V. 17, n. 41, jan./abr., 2022, pp. 283-297. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v17i41.756>> Acesso em: 16 de nov. de 2023.

<sup>38</sup> “Uma avaliação consistente do modelo de jurisdição constitucional brasileira deve levar em conta o custo democrático de ter uma instituição de caráter contramajoritário, incumbida da proteção dos direitos das minorias, como condição da própria manutenção das regras do jogo (COMELLA, 2007, p. 172, 182), cuja concentração demasiada de poderes (especialmente por meio de decisões em abstrato e de decisões monocráticas) afeta não só o seu próprio desempenho, mas também tem o potencial de restringir iniciativas democráticas da construção do sentido desses direitos ou dificultar a sua realização por outras vias, que não a judicial.” COSTA, A. A., CARVALHO, A. D. Z. de, & FARIAS, F. J. de F. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. Revista Direito GV, 12(1), Brasília: 15 dez de 2015. 155-187. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/qKgh8thf5m6kXrPRvkSMWrs/?format=pdf>> Acesso em: 18 nov. 2023. p. 183

<sup>39</sup> “En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.” CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos N° 11: Pueblos indígenas y tribales, 2018. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>> Acesso em: 18 nov. 2023. p. 11

podem ser o reconhecimento jurídico de indígena, que vai muito além das disputas no campo jurisdicional. Consequentemente, este capítulo visa discorrer sobre os parâmetros do direito à vida digna e à propriedade coletiva, atestados pela Corte IDH como direitos humanos fundamentais, sendo o último citado para os povos originários.

## **2.2 A Propriedade Comunal e o Direito à vida digna na Jurisprudência da Corte**

Entre 1994 e 2008, a Corte IDH proferiu decisão final de mérito em 112 (cento e doze) casos. O período foi uma fase extremamente importante para a consolidação não apenas do tribunal regional, mas também dos direitos humanos como um todo<sup>40</sup>, visto que criou entendimentos e contribuições internacionais sem precedentes, tornando-se uma referência internacional no quesito de desenvolvimento normativo. Dentre as decisões, uma essencial foi o reconhecimento da existência de obrigações positivas estatais para concretizar o direito a uma vida digna<sup>41</sup>.

Na jurisprudência interamericana, o direito à vida é entendido não apenas como o direito de todo ser humano a não ser privado arbitrariamente de sua vida, mas também como direito fundamental de toda pessoa ter acesso às condições necessárias a uma vida digna<sup>42</sup>. Portanto, trata-se de uma interpretação extensiva do art. 4 da CADH, que prevê o direito de não ser privado de sua vida arbitrariamente, desvinculando apenas as visões de direitos civis e políticos, reconhecendo a obrigação estatal de prestar condições mínimas de sobrevivência

---

<sup>40</sup> NAVARRO, C. B. Gabriela. CONTRIBUIÇÕES DE CANÇADO TRINDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 81, pp. 213-231, jul./dez. 2022. p. 214

<sup>41</sup> CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_63\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf)> Acesso em 19 nov de 2023.

<sup>42</sup> SCHETTINI, Andrea. Opt. cit. p. 67 apud CORTE IDH, 2010. *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, par. 186; CORTE IDH, 2006. *Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai*, para. 150) p. 67 (9-31)

para pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade<sup>43</sup>. Porém, deve-se mencionar que o reconhecimento da Corte IDH com relação ao direito à vida digna não pode ser colocado como resolução para a desigualdade imposta aos povos indígenas, conforme ressaltar Andrea Schettini<sup>44</sup>:

“Note-se que afirmar o direito à vida digna é um passo fundamental que deve ser reconhecido como uma importante conquista para a proteção dos direitos dos povos indígenas, porém não é suficiente para romper com o paradigma moderno de exclusão e de exploração desses povos. Isso porque a Corte, em sua jurisprudência, constrói sua concepção de vida digna estritamente relacionada aos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, embora fundamentais, não são capazes de incluir a riqueza das formas alternativas de vida dos povos indígenas e seu anseio por autodeterminação.”

Nos três principais casos que tratam com relação ao direito à vida digna abordando direito indígena<sup>45</sup>, as comunidades haviam sido expulsas de suas terras, visto que o Estado optou por privatizar seus territórios ancestrais. Nesse contexto, com base na jurisprudência da Corte, o deslocamento forçado das comunidades indígenas seria optar por não as permitir alcançar sua própria condição de identidade e sobrevivência, uma vez que há uma profunda ligação com a terra para ter acesso a quaisquer serviços básicos, bem como, a manutenção da historicidade da comunidade. Ainda, cumpre frisar que tais decisões são importantes para a concretização do argumento de falta de diligência devida com relação às condições de vida da comunidade, já que a ausência estatal na promoção das garantias de condições sanitárias e habitacionais de um grupo vulnerável é fator de responsabilização por omissão.

Desta forma, a Corte entendeu que cabe ao Estado adotar medidas positivas que preservam a integridade alimentar, médica e sanitária dessas comunidades, tanto em sua dimensão individual como coletiva. Assim, é

---

<sup>43</sup> NAVARRO, C. B. Gabriela. Opt. cit. p. 223 (11/20)

<sup>44</sup> SCHETTINI, Andrea. Opt. cit. p. 68.

<sup>45</sup> Ibid. p. 67.

possível dizer que a ampla definição do direito à vida digna percorre a justiciabilidade indireta dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>46</sup>. Para tanto, o Estado deve estabelecer medidas necessárias com objetivo de criar um marco normativo e proteger os grupos indígenas diante da sua vulnerabilidade, seguindo o art. 4 junto ao art. 1.1 da CADH, em que a garantia de direitos abrange a saúde, meio ambiente, a alimentação, a educação e os benefícios da cultura.

Portanto, no ano de 2012, no Caso *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, pela primeira vez a Corte reconheceu como titulares de direitos protegidos na Convenção não apenas os membros de uma comunidade indígena, mas também a ela própria<sup>47</sup>. Além da jurisprudência indicada anteriormente, a Corte ressalta que a Convenção No. 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2007 reconhecem a titularidade de direitos humanos tanto às comunidades indígenas quanto a seus membros<sup>48</sup>. Assim, pode-se dizer que a coletividade permeia a condição de existência da vida para as comunidades dos povos originários, motivo pelo qual a demarcação e a titulação dos territórios também estão inseridas enquanto direito à vida digna, uma vez que os membros das comunidades sem acesso às suas terras perdem a conexão com serviços básicos que estão habituados, sua cultura, sua relação com a ancestralidade e a interrelação entre as gerações e entre outros fatores que formam o grupo afetado.

---

<sup>46</sup> BELOFF, Mary; CLÉRICO, Laura. Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Estudios constitucionales*, v. 14, n. 1, p. 139-178, 2016; CLÉRICO, Laura; ALDAO, Martín. Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Lecciones y ensayos*, v. 89, p. 141-179, 2011; PASQUALUCCI, Jo M. The right to a dignified life (vida digna): the integration of economic and social rights with civil and political rights in the Inter-American human rights system. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 31, p. 1, 2008.

<sup>47</sup> CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos humanos. Titularidade de Direitos de Pessoas Jurídicas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-22/16, de 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/Opiniaconsultiva22versaofinal.pdf>> Acesso em: 18 nov. de 2023. Parágrafo 74. p. 27.

<sup>48</sup> Ibid. Parágrafo 78. p. 29

Ainda, mais recentemente, a Corte IDH considerou que a falta de regularização das terras, durante um processo judicial aberto, no caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras<sup>49</sup>, não permitia o direito à vida digna. Afinal, havia uma situação de risco geral no território, em função da tentativa de usurpação de terras e a escalada de atos de violência na área que eram de conhecimento do Estado.

Desse modo, é imprescindível que se reforce o motivo pelo qual o direito à terra deve ser considerado uma questão de direitos humanos, assim como para a garantia de uma vida digna a esses povos minoritários. Como ressalta Jérémy Gilbert<sup>50</sup>, em termos jurídicos, o direito à terra é tratado no âmbito do direito agrário, contratos de posse sobre a terra ou certos planejamentos de infraestrutura, contudo, não há associação direta a normas de direitos humanos, inclusive, em âmbito internacional. As reivindicações de direito à terra estão diretamente ligadas ao reconhecimento de que a população local tenha, de fato, direito de usar, possuir e controlar os terrenos para o enfrentamento de questões como a pobreza, equidade, sustentabilidade enquanto um bem para além dos direitos individuais da propriedade, sendo um cerne no cenário de justiça sociais

Embora as comunidades indígenas sejam diversas, em regra, a cultura desses povos perpassa o elo entre identidade cultural e terra. Sendo assim, a avaliação da Corte de IDH segue essa visão, considerando o uso tradicional com base em padrões ancestrais, chamando-o de direito à propriedade comunal (coletiva). Além disso, a definição dessa garantia de propriedade coletiva dos povos indígenas também é reconhecida pelas Nações Unidas, devido a interpretação realizada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDH), em

---

<sup>49</sup> CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras. Sentença de 8 de outubro de 2015. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf)> Acesso em: 18 nov 2023.

<sup>50</sup> GILBERT, Jérémy. Direito à terra como direito humano: argumentos em prol de um direito específico à terra. Tradução Thiago Amparo. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 121-143, jun. 2013. p. 121.

que tal compreensão tem base normativa no art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP):

“No que diz respeito ao gozo dos direitos culturais protegidos pelo artigo 27, o Comitê nota que a cultura se manifesta sob várias formas, inclusive no que diz respeito a um modo de vida especificamente relacionado ao uso de recursos associados à terra, em especial no caso de povos indígenas. Esse direito pode incluir atividades tradicionais, tais como pesca ou caça, e o direito a viver em reservas protegidas por lei.”<sup>51</sup>

Destarte, entende-se que a constituição dos direitos territoriais representa condição primordial para a concepção de vida digna para os povos indígenas tanto para a preservação cultural como em termos de saúde física. Considerando a relevância da relação entre indígenas e suas terras, entre 1994 e 2008, a Corte decidiu quatro casos envolvendo o reconhecimento do direito de propriedade coletiva de povos indígenas<sup>52</sup>. Apesar da Convenção Americana não abordar nenhum dispositivo sobre o tema, ocorreu um reconhecimento extraordinário, em que a Corte IDH aplicou a interpretação extensiva na análise do artigo 21 (direito à propriedade privada) e entendeu que, pelo princípio da não discriminação, povos indígenas possuem direito à demarcação e titulação de suas terras como medida indispensável para sua sobrevivência física e cultural.<sup>53</sup>

No tocante à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso da comunidade *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua*, de 2011, representa como a abordagem sobre o direito à terra pela Corte está diretamente integrado com o direito à propriedade, à vida e à saúde<sup>54</sup>, logo, condicionado a subsistência e herança dos povos indígenas.

---

<sup>51</sup> 1994b. Human Rights Committee (HRC). General Comment No. 23: the rights of minorities (Art. 27), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Disponível em: <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2F2021%2FRev.1%2FAdd.5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2F2021%2FRev.1%2FAdd.5&Lang=en)>. Último acesso em: 16 Nov. 2023.

<sup>52</sup> “Mayagna Awas Tingni v. Nicarágua, Moiwana v. Suriname, Yakye Axa v. Paraguai e Sawhoyamaya v. Paraguai” NAVARRO, C. B. Gabriela. Opt. cit. p. 216

<sup>53</sup> Ibid. p.216 (p. 4/20)

<sup>54</sup> GILBERT, Jérémie. Opt cit. p. 126

“Grupos indígenas, pelo simples fato de sua própria existência, possuem o direito a viver livremente em seu próprio território; os laços estreitos entre os povos indígenas e a terra devem ser reconhecidos e compreendidos como um dos fundamentos de suas culturas, sua vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Para comunidades indígenas, as relações que mantêm com a terra não constituem apenas uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual elas devem desfrutar em sua plenitude, até mesmo para preservar seu legado cultural e transmiti-lo para gerações futuras.”<sup>55</sup>

Nesse sentido, a propriedade ultrapassa o cunho meramente pecuniário, visto que constitui parte integrante da identidade do povo tradicional<sup>56</sup>. Ademais, a propriedade não significa apenas a questão física, já que trata-se do direito indígena de usufruir daquele territórios e seus recursos para manutenção da tradição da sua comunidade. Em termos normativos, apesar da ausência na CADH sobre o tema, o direito à territorialidade consta na Convenção 169 da OIT, no art. 13, que foi essencial para o posicionamento da Corte IDH ao definir a propriedade comunal. Isto é, de acordo com a Corte, a propriedade comunal enseja um conceito autônomo, que todos os instrumentos legais a sua disposição visam garantir a proteção das mencionadas comunidades, tendo em vista os prejuízos sociais, econômicos e ambientais na retirada da comunidade indígena.

“Mediante uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em conta as regras de interpretação aplicáveis e, em conformidade com o artigo 29.b da Convenção - que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos -, este Tribunal considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que inclui, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no âmbito da propriedade comunal, que também é reconhecido na Constituição Política da Nicarágua”<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 de abril de 2017. Último acesso em: 30 out. de 2023.

<sup>56</sup> NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Interpretando a interpretação? Uma análise da racionalidade jurídica das sentenças proferidas nos casos sobre propriedade comunal da Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derechos Humanos em Perspectiva*, v. 2, p. 249-264, 2016. p. 256.

<sup>57</sup> Id., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Opt. cit. p. 58

Em outras decisões, a Corte IDH reforçou seu entendimento de como a estreita relação que os povos indígenas, e outras comunidades ou povos tribais, mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como base fundamental de suas culturas, sendo exemplos o caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras*<sup>58</sup> e *Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras*<sup>59</sup>, ambos de 2015.

Ainda, no caso das *Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia*<sup>60</sup> (2013), apesar do Estado colombiano ter uma legislação interna na qual reconhecia o direito à propriedade coletiva para aqueles que a ocupavam ancestralmente desde 1967, inclusive, às “comunidades negras”, os integrantes da comunidade em referência que ficavam na bacia do rio Cacarica, sofreram comprovadamente com um deslocamento forçado em razão de operações de conflito armado entre traficantes e grupos paramilitares. A Corte constatou que a “Operação Gênesis” orquestrada por forças militares do Estado, junto aos paramilitares, foi o motivo da destruição das casas dos habitantes, reconhecendo a violação ao direito à propriedade, uma vez que a destruição e saques causou a perda de condições básicas de existência, confirmando a responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos.

Com relação ao caso dos “Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá”<sup>61</sup> (2014), em que tiveram seus

---

<sup>58</sup> CORTE IDH. Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras. Opt cit. p. 1.

<sup>59</sup> Id., Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras. Sentença de 8 de outubro de 2015. Disponível: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_305\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf)> Acesso em: 18 nov. 2023.

<sup>60</sup> Id., Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos N° 11: Pueblos indígenas y tribales. Opt. cit. p. 54

<sup>61</sup> CNJ. Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/725c8ffe5d2f3bc673d2fc663f59891d.pdf>>. Acesso em: 15 de dez. de 2018.

terrenos inundados pela construção de uma represa hidrelétrica, a Corte interamericana concordou com o pedido das comunidades sobre violação continuada do direito à propriedade coletiva, seja pelo descumprimento do Estado do Panamá em efetuar o pagamento das indenizações ou pela falta de delimitação, demarcação, titulação e proteção das terras que lhes foram destinadas<sup>62</sup>.

Já o caso dos *Povos Indígenas Kaliña e Lokono*<sup>63</sup> vs Suriname (2015), a Corte IDH condenou o Estado por impossibilitar a proteção e garantia da propriedade coletiva sobre as terras tradicionais, devido ao não reconhecimento da personalidade jurídica dessas oito comunidades de povos indígenas, em virtude da continuidade da vigência de uma estrutura normativa, impedindo a legalização do território em que habitavam. Desta forma, a restrição ao acesso à justiça por parte das comunidades em referência impossibilitava a delimitação, demarcação e concessão do título coletivo do território.

Sendo assim, no desenvolvimento jurisprudencial, a análise promovida pela Corte IDH com base no art. 21 da CADH permeia a garantia à propriedade comunal, bem como, as formas para efetivá-la de fato. A ocupação tradicional, derivada do uso e ocupação da terra e seus recursos, precisa contar com a obrigação dos Estados em adotarem as medidas essenciais no sentido de reconhecimento, proteção e respeito à devida delimitação do território.

Segundo Maués<sup>64</sup>, o direito à propriedade é reinterpretado a partir de uma perspectiva dinâmica e multicultural da CADH, e é aqui que a interpretação

---

<sup>62</sup> GUEDES, Íris Pereira; LARA, Leonardo Servero de; e SHAFER, Gilberto. Territórios Indígenas: Repercussões do SIDH no Direito Brasileiro. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 11, N. 01, 2020, p. 179-206. 20 de março de 2020. P. 16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/j/rdp/a/bx9drnDmydCk5JwwRVGTxyP/?lang=pt>> Acesso em 15/11/2023.

<sup>63</sup> CORTE IDH, CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)>. Acesso em: 19 nov. de 2023.

<sup>64</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. Revista do Ministério Público do Estado do Pará. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Ano 2, Volume 2. Belém: AVISI – Agência de Comunicação Ltda, 2007. p. 128.

evolutiva fica mais evidente, pois esse tipo de interpretação “permite abordar os tratados de direitos humanos como ‘instrumentos vivos’ cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais”. A partir dessa perspectiva, é possível analisar que em todos os casos supracitados, de decisões da Corte IDH, seja no reconhecimento do direito à territorialidade institucionalizado como instituto da propriedade comunal ou a vinculação da Convenção 169 da OIT, conforme Pasqualucci<sup>65</sup>, ambos proporcionaram que a demarcação e a concessão de títulos oficiais de terras que tradicionalmente ocupam são direitos humanos fundamentais, devido a visão da propriedade enquanto um bem coletivo. Por consequência, enquadra-se como obrigação do Estado-membro realizar a reparação, para além da questão patrimonial, deve existir um reconhecimento público e a satisfação perante direitos até então violados.

Por fim, diante de tais constatações sobre a garantia à vida digna, bem como, a propriedade coletiva e sua relação cultural, material e espiritual com os povos originários, a interpretação evolutiva da Corte IDH é indispensável para analisar as repercussões sobre o Marco Temporal sobre as terras indígenas, que foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como já referido anteriormente, na esfera internacional. Afinal, cabe a aferição da implementação de limitação das terras indígenas em termos temporais perante os conceitos estipulados na jurisprudência interamericana. Neste contexto, cabe considerar a única sentença da Corte IDH condenando o Estado brasileiro envolvendo povos originários, o caso *Povo Indígena Xucuru vs Brasil*.

---

<sup>65</sup> NEVES, Rafaela Teixeira Sena. Opt. cit. p. 258 apud PASQUALUCCI, 2009, p. 64.

### 2.3 Caso Xucuru vs Brasil e as Perspectivas da Corte IDH frente ao surgimento do Marco Temporal

O povo indígena Xucuru aloca-se no estado do Pernambuco, sendo composto por diversas comunidades. Com relação a sua existência, existem registros desde o século XVI. Todavia, ainda não possuíam legalmente suas terras, até que, em 1989, iniciaram o procedimento administrativo de demarcação de terras, que terminou somente em 2005. No decorrer do processo, a área foi ocupada por não indígenas e as áreas de demarcação passaram a ser limitadas, devido à dificuldade de retirar terceiros, que impedem a fruição dos direitos indígenas sobre a sua propriedade. Sendo assim, o caso foi submetido à jurisdição internacional da Corte IDH.

“Atualmente, o chamado Povo Xukuru de Ororubá é constituído por 2.354 famílias, as quais vivem em 2.265 casas. Dentro da terra indígena Xucuru vivem 7.726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades dentro de um território de aproximadamente 27.555 hectares, no município de Pesqueira, estado de Pernambuco. Além disso, aproximadamente 4.000 indígenas vivem fora da terra indígena na cidade de Pesqueira”<sup>66</sup>

Seguindo os procedimentos do SIDH, após ser remetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que realiza a análise e julgamento do caso em sua estrutura, sendo responsável por submeter ou não à Corte IDH, foi apresentado à Corte que as ações ou omissões do Brasil continuavam a ocorrer após 10 de dezembro de 1998, sendo o órgão jurisdicional competente para avaliar as violações alegadas pelo Povo Indígena Xucuru. No caso em referência, dentre as violações reconhecidas, o Estado brasileiro foi condenado por não observar o direito à propriedade coletiva, uma vez que não protegeu os

---

<sup>66</sup> OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia. Caso del Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, San José: Costa Rica, 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: [seriec\\_346\\_por.pdf \(corteidh.or.cr\)](#). Acesso em: 01 nov. de 2023.

povos de invasões, interferências ou danos por terceiros não indígenas ou por ele próprio.

A situação exposta pelo povo Xucuru foi pautada principalmente na excessiva demora no processo administrativo relativo à titulação, reconhecimento, delimitação e demarcação de terras e de territórios, de modo que há uma inércia também relativa à desintrusão das terras e territórios acima mencionados<sup>67</sup>. Sendo assim, como resumido por ROSA e MASCHIO<sup>68</sup>, a condenação fixada ao Estado Brasileiro consistiu, dentre as diversas, no pagamento de indenização por dano imaterial no valor de US\$1.000.000,00 para o fundo comunitário, bem como, a realização do processo de desintrusão desse território no prazo de 18 meses, efetuando o pagamento das indenizações de boa-fé pendentes e fornecendo os relatórios demonstrando sua atuação. Além disso, a Corte IDH reconheceu como violações à garantia judicial de prazo razoável, à proteção judicial e à propriedade coletiva, contidas no art. 1.1 da CADH<sup>69</sup>, cabendo de forma subsidiária oferecer terras alternativas, de mesma qualidade ou superior, caso o Estado entenda pela impossibilidade de reintegrar, de modo total ou parcial, o território ao Povo Xucuru<sup>70</sup>.

Em termos de cumprimento dos pontos resolutivos emitidos pela Corte IDH, as medidas de reparação foram parcialmente efetivadas<sup>71</sup>. Contudo, incluem-se nesse contexto apenas as publicações da sentença e seu resumo oficial, assim como o pagamento das indenizações a título de danos imateriais e

---

<sup>67</sup> CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: < [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf) > Acesso em 18 nov. 2023.

<sup>68</sup> 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, set./dez. 2021. p. 94.

<sup>69</sup> CORTE IDH. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Opt. cit. Pontos Resolutivos: 3- 5.

<sup>70</sup> Ibid. Par. 196.

<sup>71</sup> Data de 01/11/2023.

custas<sup>72</sup>. No tocante às questões vinculadas a propriedade e à desintrusão, não houve a implementação das prerrogativas definidas em sentença.

A condenação brasileira reflete o entendimento da Corte IDH em que a propriedade comunal supera o conceito da propriedade privada. Verifica-se, então, que direito de propriedade, interpretado evolutivamente, foi utilizado como o principal argumento de fundamentação para levantar o princípio de reservar o direito dos indígenas às terras outorgadas aos particulares<sup>73</sup>.

Nesse sentido, diante dessa originalidade no direito à terra, institui-se a tese do “Indigenato”<sup>74</sup>, isto é, adota-se a compreensão que os direitos indígenas às terras que ocupam é um direito congênito, visto que é anterior ao próprio ordenamento jurídico. Assim, deve-se reforçar que o ato de demarcação pelo Poder Público é apenas no aspecto formal declaratório do direito e não o reconhecimento propriamente dito, já que a legitimação da terra para se tornar um título adquirido nasce do próprio indígena.

Desta forma, diante da condenação emitida ao Brasil no caso Xucuru, o escopo de análise perpassando a propriedade indígena comunal e seu conceito através das normas de direito internacional, afeta diretamente o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, em que o STF estabeleceu as dezenove condicionantes para determinar o tratamento do usufruto da terra e como seria posta a relação entre indígenas e não indígenas na área. Ao definir o conceito para o território indígena, o STF suprimiu o conceito de terras tradicionalmente

---

<sup>72</sup> ASSESSORIA de Comunicação – CIMI. Povo Xucuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos. Conselho Indigenista Missionário (CIMI), [S. l.], 11 fev. 2020. Disponível em: < [Povo Xucuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos | Cimi](#) > Acesso em: 01/11/2023.

<sup>73</sup> ROSA, Vanessa de Castro; MASCHIO, Marina Dias. Opt cit. p. 107 apud Silva, 2019, p. 873-874.

<sup>74</sup> O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, "não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem" ROSA, Vanessa de Castro; MASCHIO, Marina Dias. Opt cit. p. 107 apud Silva, 2019, p. 874.

ocupadas abarcada pela Constituição Federal de 1988<sup>75</sup>, uma vez que fixou o marco temporal como fator de reconhecimento de um território indígena.

Ademais, independentemente da caracterização do “esbulho renitente”, já supracitado no ponto 1.2, ao exigir tal instituto há a condição de comprovação de tradicionalidade, estabelecendo restrições aos direitos de posse, usufruto dos recursos naturais e corroborando com a dificuldade de demarcação das terras<sup>76</sup>. À vista disso, a posição do STF vai de encontro com a preservação do direito desses povos, uma vez que acaba por fazer o indígena comprovar a perda do seu próprio território.

“Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam manu militari, e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos – depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos- acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional.” (Grifos meus) (Trecho da fala do Min. Lewandowski registrada no acórdão do Caso Guyrároka RMS 29.087, em 16-09-2014)<sup>77</sup>.

Portanto, ao institucionalizar um marco temporal em que os povos indígenas deveriam ter a posse ou já demandando-as quando a Carta Magna foi promulgada, a decisão do STF impõe restrições quanto posse e controle das terras e seus recursos, contrariando a decisão da Corte Interamericana no caso Xucuru, bem como, a Convenção Americana, em que é signatário. Afinal, consolida a possibilidade de excluir o direito da propriedade coletiva, impedindo a demarcação.

---

<sup>75</sup> PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: Terra Indígena Limão Verde. In: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (Coord.). Índios, Direitos Originários e Territorialidade. Brasília: ANPR, 2018. p. 85.

<sup>76</sup> ROSA, Vanessa de Castro; MASCHIO, Marina Dias. Opt cit. p. 108.

<sup>77</sup> STF, Supremo Tribunal Federal. RMS 29.087. Rel. Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014.

Como bem constatou José Afonso da Silva, "fica claro, por esse texto, que o objetivo da fixação do marco temporal não é a proteção dos direitos dos índios", mas resolver os conflitos de interesses em benefício dos fazendeiros<sup>78</sup>. Desta forma, ao julgar o caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388), fortalecendo a teoria do Marco Temporal, é possível notar um descompasso com as decisões da Corte Interamericana, uma vez que diante da interpretação evolutiva no que se refere à propriedade, o exercício do direito indígena aplica-se de forma coletiva e tem fundamento na ancestralidade, cabendo a prevalência do interesse coletivo dos grupos indígenas.

Tal compreensão está conforme o caso *Yakye Axa*, em que a Corte IDH reconheceu que se deve considerar um peso maior do direito à propriedade coletiva (comunal) perante a propriedade individual na ponderação de interesses<sup>79</sup>. Ademais, a fixação de uma data para reconhecimento de uma terra como indígena colide com ambos os conceitos expostos nestes capítulos e imprescindíveis na jurisprudência da Corte IDH, que o Brasil está submetido a sua competência jurisdicional.

Sendo assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade do Marco Temporal, no RE nº 1.017.365, que vai de encontro com a decisão passada no caso da Raposa Serra do Sol, será analisada, com base nos conceitos supracitados, se o STF aplicou uma interpretação sistemática, reconhecendo a visão da Corte IDH, também conhecido como controle de convencionalidade. Ainda, se a teoria do Marco Temporal também supre o conceito de terras tradicionalmente ocupadas no âmbito interno perante a Constituição Federal de 1988.

---

<sup>78</sup> SILVA, José Afonso. Parecer: São Paulo, 2015. Disponível em <<[https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal\\_.pdf](https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf)>>. Acesso em: 01 nov. de 2023, p. 10.

<sup>79</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 128

## **CAPÍTULO 3 – DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (IN)CONVENCIONALIDADE PARA A APLICAÇÃO DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS**

### **3.1 A concepção e aplicação do controle de convencionalidade**

#### *3.1.1 O que é controle de convencionalidade?*

Conforme desenvolvido sobre os organismos interamericanos e suas abordagens em tema de direitos humanos, a criação da jurisprudência perpassa a autorização dos Estados, quando decidem ratificar os tratados e, no caso latino, reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desta forma, o Estado nacional deixou de ser uma sociedade autossuficiente e fechada<sup>80</sup>. Essa nova realidade se consolida no decorrer das décadas diante de fatores de impacto globais, seja para acordos em períodos de guerra ou na garantia de direitos humanos nesses períodos, ou para negociações comerciais, ambientais e entre outras questões que afetam para além do âmbito interno. Sendo assim, há a necessidade internacionalização dos direitos, por consequência, a consolidação do chamado “direito das gentes”, o Direito Internacional Público.

Ao permitir que uma parte da soberania seja cedida, inclusive, em tese, para ampliação de termos jurisdicionais em prol de um suposto bem comum, é impossível que não surjam antinomias, isto é, no contexto jurídico as normas podem ter dissonâncias, visto que são diversas fontes de direitos a serem aplicadas por um mesmo Estado. Nesse contexto, torna-se ainda mais essencial o entendimento da constante conversação entre as duas jurisdições, conhecido como o “diálogo das fontes”<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> FEILKE, Pedro Ribeiro Aguston. O Controle de Convencionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito em Debate*, [S.l.], v. 23, n. 41, p. 147-186, dez. 2013. ISSN 2176-6622. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561>>. Acesso em: 18 nov. de 2023. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2014.41.147-186>. p. 150

<sup>81</sup> “O precursor de tal ideia é o alemão Erik Jayme, que, em seu Curso geral de Haia em 1995, chamou de “diálogo das fontes” (dialogue des sources) a tentativa de conciliar duas fontes de Direito dissonantes a fim de que formassem algo novo com base em tal “conversa”. Ainda que a referida teoria tenha sido

Afinal, para aplicação das novas normas internacionais existe a necessidade de compatibilizá-las com a legislação interna, motivo pelo qual a aderência de cada Tratado nos Estados passa pelo crivo dos poderes pré-definidos nas suas Constituições, Assembleias ou Tribunais. Inclusive, começam a compor a norma interna no ordenamento jurídico do país para serem aplicadas. Ademais, diante do teor de importância no concebimento para dispositivos de direitos humanos, realiza-se a consolidação desse controle para harmonização das fontes, tomando-se em comparativo os bens jurídicos constitucionais, que com o objetivo da manutenção da proteção dos direitos humanos devem estar previstos princípios acoplados a ideia de garantia da aplicação da preservação do interesse da pessoa humana, como presente no art. 29 da CADH, entende-se pelo princípio da primazia da norma mais favorável à vítima, logo, a norma mais protetiva ao indivíduo, seja nacional ou internacional, deve ser utilizada na garantia dos direitos humanos. Ainda, é importante mencionar o princípio *pacta sunt servanda*, o tratado em vigor obriga as partes e seu cumprimento devem ser de boa-fé.

No Brasil, em termos de direito internacional dos Direitos Humanos, os Tratados podem ter diferentes *status*, seja supralegal ou como normas constitucionais, por meio de emendas, tópico apontado no ponto a seguir, no Diálogo das Cortes (3.1.2). Nesse sentido, os tratados internacionais de direitos humanos são, assim como a Constituição, paradigma de controle da produção normativa doméstica. Afinal, há um processo de “constitucionalização” do sistema regional de direitos humanos a partir do momento que são validados no ordenamento jurídico, como ocorreu no caso da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). A partir dessa necessidade de interpretar novas obrigações internacionais, diante da ratificação de dezenas de tratados e a participação na comunidade internacional com suas diversas regras

---

concebida inicialmente para o campo do Direito Internacional privado, não há impedimento algum em estendê-la ao campo de atuação do Direito Internacional Público” Ibid. p. 151.

costumeiras de direitos humanos, visa-se compatibilizar atos internos em face das normas internacionais, sendo necessário um novo conceito, chamado controle de convencionalidade.

Tal expressão nasce na França, na década de 70, quando o Conselho Constitucional daquele país não se entendeu competente para analisar a convencionalidade de determinadas leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de forma preventiva<sup>82</sup>. De acordo com o Conselho, o próprio não tinha competência para realizar o controle propriamente dito no caso em concreto, visto que não era uma demanda constitucional. Assim, como ressalta Mazuolli, a acepção do termo “controle de convencionalidade” cria uma nova forma de se ver o direito interno dos países a partir de uma visão internacionalista. Passa a ser um “meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados [de direitos humanos]”<sup>83</sup>.

Segundo Pedro Sagues<sup>84</sup>, o controle de convencionalidade é a análise de compatibilidade das leis ou atos normativos, sejam eles comissivos ou omissivos, à luz das normas internacionais, sejam tratados, costumes, princípios gerais de direitos, resoluções vinculantes. Os efeitos desta análise podem ser negativos, ou seja, invalidando normas e decisões nacionais frente a norma internacional, ou positivos, ou seja, com conformidade das normas nacionais perante as normas internacionais. Desta forma, o exercício de análise de convergência das leis é atribuído a órgãos internacionais que possuem julgadores e normas próprias, evitando a intervenção dos Estados.

---

<sup>82</sup> “A referida decisão é a de número 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975.” Ibid. p. 166.

<sup>83</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das Leis. 2. Ed. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2011. p. 82

<sup>84</sup> SAGÜES, Nestor Pedro. “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, in: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). Construcción y Papel de los Derechos Sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2023.

No cenário dos Direitos Humanos, o exercício deste controle é atribuído aos tribunais internacionais de Direitos Humanos, especificamente, a Corte Interamericana, Europeia e a Africana de Direitos Humanos. Portanto, no contexto da América, a Corte IDH realiza o controle de convencionalidade, efetivando a análise das normas presentes no ordenamento jurídico interno dos Estados em comparação com as normas internacionais estipuladas na Convenção Americana, e seus tratados conexos. A jurisprudência funciona na mesma linha que o controle de constitucionalidade interno, que, todavia, é à luz da Carta Magna.

No entanto, não é apenas o órgão interamericano que possui a prerrogativa de realizar este controle. Diante do novo contexto jurisdicional, no qual deve-se a análise dos tratados internacionais obrigatoriamente perante as normas internas, o controle de convencionalidade transforma-se em uma avaliação necessária por parte dos operadores de direito na seara interna, uma vez que serão os responsáveis por garantir o cumprimento das obrigações internacionais do país. Esse entendimento está presente no próprio texto da Convenção Americana, bem como, se estabeleceu na decisão do Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile<sup>85</sup>. Doravante o caso, a Corte IDH entendeu que todo o ordenamento jurídico deve seguir os preceitos advindos do Direito Internacional, logo, seja a Corte Constitucional aos juízes de primeiro grau, os tribunais não só podem, como devem criar mecanismos para que seja possível realizar o controle de convencionalidade das normas internas. Sendo

---

<sup>85</sup> “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n.154. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 08 de novembro 2023. par. 124.

assim, é possível afirmar o caráter difuso para aplicação do controle de acordo com o caso concreto que será analisado.

De acordo com André Carvalho Ramos e Marina Gama<sup>86</sup>, esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), em um controle construtivo de convencionalidade. Portanto, existem duas subcategorias de controle de convencionalidade: de matriz internacional e nacional.

No primeiro citado, as figuras responsáveis por realizar tal exame são os julgadores independentes dos órgãos internacionais, geralmente, os tribunais internacionais de direitos humanos de cada região, enquanto ao tratar-se do segundo mencionado, é a realização por parte dos Tribunais internos do comparativo entre as normas internas e internacionais<sup>87</sup>. Desta forma, para evitar o possível conflito entre essas interpretações, bem como, analisar se a aplicação do controle tem sido feita corretamente em âmbito interno, cumpre utilizar como parâmetro a atuação do Supremo Tribunal Federal frente a jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

### *3.1.2 O diálogo entre Cortes: A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o STF.*

Antes de explorar a jurisprudência do STF em termos de aplicação do controle de convencionalidade, ou seja, com base na CADH e na jurisprudência da Corte IDH, é necessário aprofundar as diferenciações implementadas em

---

<sup>86</sup> Ramos, A. de C. & Gama, M. F. L. Opt cit. p. 291

<sup>87</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Curso de direitos humanos. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pp. 630 e seguintes.

âmbito nacional referente a análise para Tratados Internacionais de Direitos Humanos, de modo que a compatibilização quando realizada de maneira interna representa como os tribunais estão aplicando as normas internacionais. Ainda, o *status* em que estão inseridas não retira o fato que o controle de convencionalidade está ao lado do controle de constitucionalidade como método de aferição da validade das leis. Assim, o tratamento é paralelo e complementar, inclusive, conforme o Preâmbulo Corte IDH:

“os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.”<sup>88</sup>

Com relação aos Tratados Internacionais, no Brasil, a discussão doutrinária se divide entre os temas comuns e os de Direitos Humanos. De acordo com certos autores, o Tratado Internacional em matéria qualquer deveria estar situado num nível hierárquico supraconstitucional, isto é, acima da Constituição. Entretanto, o doutrinador Mazzuoli<sup>89</sup>, por exemplo, defende o caráter supralegal, uma vez que a norma internacional seria uma lei que estaria em um nível hierárquico intermediário acima da legislação infraconstitucional, todavia, abaixo da Carta Magna. Contudo, o Supremo diverge de ambas as interpretações, de acordo com o posicionamento recorrente, tratados internacionais ratificados pelo Brasil têm *status* de lei ordinária, sendo submetido ao texto da Constituição da República.

No entanto, os tratados que versam sobre direitos humanos assumem abordagem específica, inclusive, em função de estarem inseridos para o controle

---

<sup>88</sup> CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 09 novembro 2023. Preâmbulo. p. 1.

<sup>89</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das Leis. Opt cit. p. 85

de convencionalidade. Ademais, é possível verificar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos princípios regedores das relações internacionais do Brasil a prevalência dos direitos humanos (art. 4, II, CF/88), este primado da prevalência dos Direitos Humanos, conforme aponta Paulo Thadeu, mostra forte orientação política do Brasil com vistas à defesa dos direitos fundamentais, submetendo-se, inclusive, à jurisdição internacional<sup>90</sup>, motivo pelo qual os tratados são citados na Carta:

“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.” (art. 5º, §2º, CF/88)

Nesse sentido, de acordo com o art. 5º, §3º da CF/88, os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos poderão ser equivalentes as emendas constitucionais, contanto que sigam o rito para serem reconhecidas desta maneira. Isto significa que caberá ao Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos de seus membros, aprovarem a aderência do Tratado em matéria de DH. Porém, seguir esse procedimento não é obrigatório. Consequentemente, caso a aprovação não seja conforme o artigo supracitado, ou seja, siga pelo rito comum, é necessária outra interpretação.

Diante dessa possibilidade, o plenário do STF firmou seu posicionamento no RE nº 466.343, de repercussão geral, processo em que se discutia a prisão civil de depositário infiel, visto que há vedação dessa modalidade no art. 7º, item 7, da CADH<sup>91</sup>. De acordo com os Ministros, a proibição de prisão por dívida, salvo pensão alimentícia, não poderia ser considerada inconstitucional, em razão de previsão na Carta Magna. Entretanto, o impedimento previsto na Convenção

---

<sup>90</sup> GUEDES, Íris Pereira; LARA, Leonardo Servero de; e SHAFER, Gilberto. Opt cit p. 82. Apud SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Os Direitos dos Índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas. 1ª edição. São Paulo, SP: Editora Café com Lei, 2015. p. 27.

<sup>91</sup> “7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” CIDH, artigo 7º, par. 7.

Americana garante a ilegalidade, devido a sua condição de supralegalidade e infraconstitucionalidade. Isto posto, apesar de estar abaixo da Constituição, a norma internacional está acima de toda e qualquer lei ordinária. Consequentemente, as leis que operacionalizam a medida coercitiva do devedor seriam ilegais, uma vez que são leis ordinárias.

A decisão transformou-se na Súmula Vinculante nº 25, sendo considerada um exemplo pragmático pela doutrina na busca do “diálogo das Cortes” e da coordenação entre as fontes. Todavia, o voto proferido por Gilmar Mendes, e seguido pela maioria do plenário, representou a recusa do Supremo Tribunal Federal de permitir a equivalência automática de Tratados Internacionais em Direitos Humanos com a norma constitucional, logo, para formar o bloco de constitucionalidade deverão assumir o status por meio dos procedimentos internos necessários, já mencionados. Cumpre ressaltar que tal entendimento possui divergências dentro do próprio Tribunal.

“uma declaração eloquente de que os tratados internacionais já ratificados pelo Brasil. anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais” (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.466343 de São Paulo. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 3 dez. 2008, Diário da Justiça, Brasília, DF, 5 de jun. 2009).

Atualmente, apenas três Tratados foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro como emendas constitucionais, sendo eles: Convenção das Nações Unidas sobre o direito das pessoas com deficiência (com seu protocolo facultativo)<sup>92</sup>, a Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação

---

<sup>92</sup> BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25.8.2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm)> Acesso em: 18 nov. de 2023.

Racial e Formas Conexas de Intolerância<sup>93</sup> e o Tratado de Marraqueche<sup>94</sup>. Diante dessa realidade, a CADH e demais dispositivos internacionais possuem *status* supralegal.

Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. [ADI 5.240, voto do rel. min. Luiz Fux, P, j. 20-8-2015, DJE 18 de 1º-2-2016.]

Feitas estas breves considerações, em virtude da aplicação da CADH ou normas incluídas por tratados de direitos humanos junto ao exame de confrontação normativo no caso concreto, ou seja, a aplicação do controle de convencionalidade pelo Supremo, em regra, perpassa o procedimento de verificação se a lei ordinária é compatível com os direitos consolidados pelos tratados de direitos humanos ratificados pelo país, realizando uma sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos, considerando seu *status* para comparar com a Constituição Federal, em regra, quando não for implementada por emenda. Ainda, deveriam ser incluídas no rol de análise, a jurisprudência interamericana como argumento jurídico e parâmetro para decisões internas, como ressaltado pela própria Corte IDH no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*<sup>95</sup>:

---

<sup>93</sup> BRASIL, Decreto nº 10.932, de 10.1.2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm#:~:text=DECRETA%3A,Art.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm#:~:text=DECRETA%3A,Art.)> Acesso em 18 nov. de 2023.

<sup>94</sup> BRASIL, Decreto nº 9.522, de 8.10.2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/d9522.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9522.htm)> Acesso em: 18 nov. de 2023.

<sup>95</sup> CORTE IDH, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano e outros versus Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n. 154. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 09 novembro 2023. par. 124.

“Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Para entender, na prática, se o STF aplica, de fato, este controle, foram utilizadas como referência dois casos: ADPF 153 e a ADI 5240/SP. No caso da ADPF 153, ocorreu o controle abstrato de constitucionalidade pelo STF, em que por maioria dos votos, decidiu pelo entendimento amplo de anistia, recepcionando a Lei de Anistia no ordenamento jurídico brasileiro, logo, permitindo que os agentes que atuaram durante o período ditatorial brasileiro (1964-1985) não fossem responsabilizados pelas violações cometidas, enquadrados como crimes políticos ou conexos.

Porém, a Corte IDH já havia realizado o controle de convencionalidade não reconhecendo a “*Lei de Pretensión Punitiva del Estado do Uruguai*”, que concedeu anistia aos agentes que atuaram na Ditadura uruguaia. A sentença da Corte, inclusive, foi um controle contramajoritário, devido à aprovação da lei com dois plebiscitos a favor da mesma. Além disso, o exame de crimes durante a ditadura brasileira também foi pauta da Corte Interamericana, em razão do caso Gomes Lund, também conhecido como “caso da Guerrilha do Araguaia”, condenando internacionalmente o Brasil pela ausência de cumprimento do dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores de Direitos Humanos.

No litígio em referência, que corria na Corte IDH ao mesmo tempo que a ADPF no STF, a Corte IDH, 7 meses após a decisão do Supremo, proferiu na decisão que as autoridades jurisdicionais do Brasil não consideraram as obrigações internacionais do Estado. Afinal, as disposições da Lei de Anistia brasileira impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, por perpetradores de crimes de lesa-humanidade, incompatíveis com

a Convenção Americana e exigiu que fosse feita a completa investigação e punição aos agentes da repressão política durante a Ditadura Militar brasileira.

Sendo assim, entende-se que o STF não aplicou o controle de convencionalidade, de modo que sequer considerou o corpo normativo ou jurisprudencial em matéria de direitos humanos, prerrogativa que cabe também ao Tribunal, já que há obrigação de controle de convencionalidade das leis tanto pelo controle concentrado como por controle difuso. Diante da recepção da Lei da Anistia, o STF exerceu seu papel no controle de constitucionalidade. Por outro lado, a Corte de San José decidiu diferente no controle de convencionalidade, implicando em um conflito sobre o tema.

Já na ADI 5240/SP, a ação direta de inconstitucionalidade em referência foi proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) questionando o Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo (CGJSP), que tratava do procedimento para disciplinar as audiências de custódia no decorrer das primeiras 24h após a prisão. Em um dos fatos de questionamento, nos considerandos do normativo, havia menção ao art. 7, item 5, da CADH, em que determina-se que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida à presença de um juiz ou outra autoridade que exerça funções judiciais sem demora. Para os delegados, assim representados, o Pacto de San José da Costa Rica não poderia servir de fundamento para a edição do provimento, devido ao seu *status* supralegal, sendo impossível sua regulamentação direta através de espécie normativa empregada pelo TJSP.

Apesar da citação com relação a utilização da CADH, e a menção ao dispositivo na Ementa<sup>96</sup>, o STF ao entender pela improcedência do pedido, em

---

<sup>96</sup> “8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, Processo eletrônico publicado 01 fev. de 2016. P. 65

qualquer momento aplicou o controle de convencionalidade, apenas fazendo meras breves menções com relação ao tema. Além disso, o Ministro Luis Roberto Barroso, em seu voto<sup>97</sup>, reforçou que não havia qualquer objeção ao conteúdo material da Convenção para que se fizesse um controle de convencionalidade, se assim o Tribunal evoluísse para achar que cabe. Cumpre ressaltar que tal argumento não é plausível, uma vez que seria possível aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal, e a posição demonstra a incipiência do Supremo quando se trata da aplicação das normas de direitos humanos.

Em que pese tais decisões, o STF já adotou a legislação sobre direitos humanos internacionalmente pactuadas em consonância com a jurisprudência da Corte IDH, para declarar a inconstitucionalidade da Lei da Imprensa<sup>98</sup>, para consolidar a assistência consular<sup>99</sup> e, também, referiu-se ao argumento dos Casos Loayza Tamayo vs Peru, Cantoral Benavides vs Peru e Gutiérrez Soler vs Colômbia para declarar a constitucionalidade da união estável homoafetiva<sup>100</sup>. Adverse-se, entretanto, que essas decisões são exceções no contexto de aplicação do controle de convencionalidade pelo Supremo.

No tocante a solução para o aparente conflito da ADPF 153, de modo preventivo, é essencial a garantia do diálogo entre as Cortes e uma fertilização cruzada, isto é, a promoção do uso de jurisprudência e pareceres pelo Supremo Tribunal dos entendimentos da Corte IDH, e outras cortes internacionais e nacionais, e vice-versa. É importante frisar que não trata-se de uma situação distante da realidade, afinal, apesar de não aplicar com frequência, o STF já utilizou deliberações internacionais para fundamentar suas decisões. Além de

---

<sup>97</sup> Ibid. p. 69

<sup>98</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 17 jun. 2009, Diário da Justiça, Brasília, DF, 13 nov. 2009.

<sup>99</sup> Extradicação n. 954 (Itália). Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 17 maio 2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 maio 2005

<sup>100</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.132, Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, DF, 5 maio 2011, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 out. 2011.

sentenças da Corte IDH, o STF já utilizou até mesmo pareceres consultivos dos comitês da ONU. Portanto, se não houve o diálogo entre as Cortes nos casos, André Carvalho Ramos<sup>101</sup> argumenta que a aplicação da teoria do duplo controle, ou crivo de direitos humanos, que reconhece as duas possibilidades de controle, é crucial para a convergência das ordens jurídicas plurais, evitando uma “guerra judicial”.

Isto posto, a análise perpassa a checagem dos dois controles e caso algum deles, ou os dois, entenda pela violação de direitos humanos, o Estado deve agir para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados. À vista disso, conforme a teoria do duplo controle, a anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um. Desta forma, não houve conflito, apenas não houve a devida análise para a garantia dos direitos humanos.

A partir desta teoria deve-se exigir que todo ato interno esteja conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana, impedindo o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos.

Consequentemente, é necessário que este controle esteja presente em matéria de direito indígena. Diante desse cenário, a abordagem feita em geral pelo STF, é imprescindível que analisemos o controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em termos de direitos indígenas, abarcando a jurisprudência de propriedade comunal e o direito à vida digna, que compõe a ideia de territorialidade indígena no aplicada pela Corte IDH e apresentada previamente.

---

<sup>101</sup> Ramos, A. de C. ., & Gama, M. F. L. Opt. cit. p. 293 (11 de 15)

### *3.1.3 A aplicação da convencionalidade pelo Supremo em matéria de direito indígena*

Devido ao direito originário, sobre o tema de território indígena, ter avançado por uma série de instrumentos internacionais de Direitos Humanos, inclusive, transformando-se em dispositivos no âmbito interno, torna-se relevante analisar se os entendimentos e ressignificações implementados pelo STF seguem a jurisprudência da Corte IDH quando trata-se do direito indígena, inclusive para compreender os impactos para teses como o Marco Temporal. Para tal avaliação serão utilizados dois casos pragmáticos, a Terra Indígena Guyraoká do povo Guarani Kaiowa (RMS nº 29.087) e a Terra Indígena Limão Verde do Povo Terena (AG. REG. RE Ag nº 803.462) como referência.

No primeiro caso citado, o caso Guyrárola foi o primeiro interposto ao STF após o caso Raposa Serra do Sol. O recorrente, um agricultor do Mato Grosso, alegou que a Portaria 3.219 de 2009, emitida pelo Ministro da Justiça, deveria ser anulada, visto que a terra situava seu imóvel rural supostamente titularizado. A portaria mencionada declarava a posse permanente da Terra Indígena Guyrároka ao povo Guarani-Kaiowá. De acordo com o terceiro, o próprio exercia a posse desde o final da década de 1940. O ponto fulcral desse debate residiu na determinação do conceito de “terra que tradicionalmente ocupam” presente no art. 231 da CF/88<sup>102</sup>, que gerou debate entre os ministros.

Para Gilmar Mendes, o caso Raposa Serra do Sol, apesar de não ter caráter vinculante, deveria servir de “apoio moral e persuasivo” a todos os casos de demarcação de terras indígenas, além de não terem documentos suficientes que comprovassem a habitação da comunidade indígena Guarani-Kaiowá há mais de 70 anos (desde o final da década de 1940), que foi o mesmo entendimento dos Ministros Carmem Lúcia e Celso de Mello. Por outro lado, o Min. Ricardo

---

<sup>102</sup> PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Aracê-Direitos Humanos em Revista*, v. 4, n. 5, p. 242-262, 2017. p. 252 (11 de 21)

Lewandowski destacou posição contrária, expressando preocupação com os conflitos que ocorrem no campo<sup>103</sup>, como segue abaixo:

“Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam manu militari, e depois e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos – depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos- acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional”

Sem embargo, é imprescindível que entre os dados fáticos juntados ao processo estava o laudo do antropólogo da FUNAI, em que garantia a ocupação dos ancestrais dos Guarani-Kaiowá antes do período colonial naquelas terras, o vínculo em termos de ancestralidade e que a ocupação deixou de existir por motivos alheios a vontade da comunidade indígena, uma vez que voltaram ao domínio da União e distribuídas a terceiros. No entanto, o relatório não foi sequer analisado dado a aplicação da tese do marco temporal<sup>104</sup>.

Nesse cenário, deveria ser aplicado pelo Supremo a jurisprudência da Corte Interamericana, que destaca a tradição existente entre os povos indígenas e sua estreita relação com a terra, sendo necessária a proteção da propriedade comunal. Assim, a integridade e sobrevivência do povo indígena será devidamente concebido, em razão da importância do legado cultural para gerações futuras, inclusive, para a consolidação à vida digna. Sendo assim, o STF optou por não aplicar o controle de convencionalidade e impossibilitou o povo Guarani-Kaiowá a acessar seu território coletivo.

Já no segundo caso referenciado, o Povo de Terena foi objeto de Ação Declaratória, para regularizar a titularidade da Fazenda Santa Bárbara, a qual teve uma porcentagem para compor o território Limão Verde<sup>105</sup>. Porém, a

---

<sup>103</sup> STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Relatório do Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014. p. 30.

<sup>104</sup> Ibid. p. 253

<sup>105</sup> GUEDES, Íris Pereira; LARA, Leonardo Servero de; e SHAFER, Gilberto. Opt cit. p. 199

solicitação não se enquadrava dentre as condicionantes estabelecidas no caso Raposa Serra do Sol, supramencionado no capítulo 1. De acordo com os Ministros da 2ª Turma do STF, não houve esbulho renitente, motivo pelo qual considerou inexistente a ocupação por parte das indígenas na Fazenda. Ademais, a comunidade não foi considerada legítima para pleitear o reconhecimento de nulidade do processo, em razão de não constar no processo anteriormente. Portanto, o Supremo aplicou o entendimento da tese do marco temporal e do esbulho renitente, entendendo que não houve ocupação ilegal por terceiros e desconsiderando todo o contexto histórico em torno da comunidade.

Nesse contexto, a postura do STF viola diretamente as obrigações legais internacionais em que o Estado brasileiro aderiu, como o art. 12 da Convenção 169 da OIT e o art. 21 da CADH, em decorrência da inobservância do histórico conflito na região e da existência da comunidade indígena há décadas no território que se disputava no processo de demarcação. Diante desse cenário, era necessária a análise da tradicionalidade do povo mencionado, o que não ocorreu. Além do mais, argumentavam pela expropriação territorial praticada por não-índios. Desta forma, limitou-se o direito à terra e permitiu-se a violação do direito à propriedade comunal, bem como o direito à vida digna, visto que enquanto os processos estavam suspensos ou paralisados pelo Poder Judiciário, os conflitos nas regiões tinham escaladas.

Ademais, conforme o entendimento desenvolvido pela Corte IDH e presente no capítulo anterior deste trabalho, um direcionamento como esse rejeita os aspectos relativos à posse e à territorialidade para a preservação da cultura enquanto sujeitos coletivos. Isto posto, representa mais um caso em que o posicionamento da Corte IDH não foi considerado, muito menos o controle convencional que a própria realiza. Da mesma forma, o STF também não cumpriu seu papel enquanto Corte competente para fazer a análise de convencionalidade, com base no art. 21 concomitante com o art. 29 da CADH.

Sendo assim, ambos os casos demonstram como o Supremo Tribunal Federal, apesar de contar com um arcabouço jurídico brasileiro que internaliza Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, que reconhece o poder jurisdicional da Corte Interamericana, não aplica as recomendações e normas internacionais. Na análise de com base da Constituição Federal de 1988, contudo, por vezes, a Corte Suprema pode garantir direitos humanos, inclusive no que tange o art. 232 e 232 sobre os direitos indígenas. Sendo assim, antes de analisar a aplicação do controle de constitucionalidade, é preciso conceituá-lo junto com os direitos fundamentais garantidos na Carta Magna.

### **3.2 O controle de constitucionalidade e o direito fundamental indígena**

Conforme especifica o Min. Gilmar Mendes<sup>106</sup>, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é um exemplo de sistema misto, no qual é possível aplicá-lo de forma difusa, isto é, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que não tenham restrição, ou concentrado, exercido somente pelo STF, que será provocado enquanto guardião da Carta. O controle será realizado por meio da interpretação da Constituição Federal de 1988, que detém a supremacia na hierarquia jurídica das normas no ordenamento. Dito isso, a Jurisdição Constitucional no Brasil possui os chamados remédios constitucionais, em que poderão ser suscitados nos tribunais em contrário aos dispositivos constitucionais, a depender do instrumento questionado.

É importante frisar que o constitucionalismo não se reduz, por certo, ao controle de constitucionalidade e a direitos fundamentais. Envolve mais do que isso: envolve legitimidade democrática, divisão de poder, legalidade da

---

<sup>106</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. Observatório Da Jurisdição Constitucional, 1(1). 12 maio de 2011. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/551>> Acesso em: 18 nov. 2023. p.

administração<sup>107</sup>. Isto posto, conceitua-se os direitos fundamentais como núcleo inviolável de uma sociedade política<sup>108</sup>, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não cabe somente a igualdade formal, ou seja, a prerrogativa legislativa, é necessária a igualdade material efetivada pelo Poder Público (art. 5 da CF/88).

Nas últimas décadas, desde o advento da Constituição de 1988, o STF se consolidou enquanto Corte Constitucional. O Supremo tem o papel de interpretar a Carta e assegurar a garantia dos direitos fundamentais, motivo pelo qual litígios que implicam em debates complexos e necessárias ponderações de direitos têm sido avaliadas pelo Tribunal, como por exemplo, o reconhecimento da união estável para casais homoafetivos<sup>109</sup>, a liberdade de imprensa<sup>110</sup>, a possibilidade de interrupção de gravidez em caso de feto anencéfalo<sup>111</sup> e entre outros. Os casos mencionados acima se enquadram em direitos que detinham um conflito aparente no próprio texto constitucional, como por exemplo, o direito à vida e o direito da pessoa humana no campo da autonomia, privacidade e no campo sexual.

Destarte, entre os direitos regulamentados na Constituição, há o direito à demarcação das terras indígenas como exercício de direito fundamental, nos arts. 231 e 232 da CF/88. Nesse sentido, a demarcação consiste na garantia de autodeterminação, autonomia e proteção dos direitos dos povos. No Estatuto do Índio, Decreto nº 1775/96, existem três modalidades para classificação das terras, sendo elas: (i) terras dominiais; (ii) reservas indígenas; e (iii) terras

---

<sup>107</sup> MIRANDA, Jorge. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003, 61-84. p. 61

<sup>108</sup> PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Direitos Fundamentais Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade. Revista da EMERJ, v. 12, nº 46, 2009 126-140. p. 126.

<sup>109</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 132; Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 13 out. 2011.

<sup>110</sup> Id., Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Min. Carlos Britto. Diário da Justiça Eletrônico, 06 nov. de 2009.

<sup>111</sup> Id., Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça Eletrônico, 12 abr. 2012.

tradicionalmente ocupadas. Na primeira mencionada, são as terras de propriedade das comunidades indígenas que foram adquiridas para a garantia do domínio. No tocante à segunda citada, são as terras doadas por terceiros ou adquiridas ou desapropriadas pela União, se destinando à posse permanente dos povos indígenas. Por fim, as terras tradicionalmente ocupadas referem-se aos territórios indígenas enquadrados no art. 231 da CF/88, habitadas de caráter permanente em que os povos condicionam seus usos, costumes e tradições, e ainda, cujo processo de demarcação é regido pelo Decreto supracitado.

Diante desse contexto, o controle de constitucionalidade visa garantir que a posse e a titularidade das terras indígenas sejam devidamente reconhecidas, uma vez que o direito ao território se mostra um direito fundamental. No entanto, as terras indígenas e sua situação jurídica no Brasil desde a redemocratização, apesar de positivadas na Constituição, dependem de várias garantias ainda não previstas ou muito pouco atuadas pelos poderes públicos<sup>112</sup>.

Contudo, trata-se de um direito fundamental, em função do entendimento que os territórios indígenas são indisponíveis e inalienáveis (art. 231, §2º, CF/88) e o direito originário dos indígenas, ambos já desenvolvidos nesse trabalho. Sendo assim, pode haver uma incompatibilidade entre o direito às terras indígenas e o direito patrimonial de propriedade, todavia, o texto constitucional é direto em termos de obrigar a União a reaver a terra para os povos originários (art. 231, caput, CF/88) e o direito de uso e fruição. Além do mais, com a consolidação da teoria do Indigenato, a ancestralidade é fator primordial para reconhecer que o direito à propriedade está abaixo da garantia à propriedade coletiva.

---

<sup>112</sup> CADEMARTORI, Sergio e KUHN, Lucas Bortolini. A TESE MARCO TEMPORAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TERRITÓRIO INDÍGENA: UMA VISÃO A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S. l.], v. 15, n. 1, 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/32587>. Acesso em: 19 nov. 2023. p. 86.

A partir desses conceitos, cabe comentar sobre os casos mencionados no tópico acima, em que o STF negou a demarcação territorial para os povos Guarani-Kaiowá e o povo Terena com base na tese do marco temporal. Em ambos os casos, não houve a o reconhecimento do conceito de “terras tradicionalmente ocupadas” como um direito fundamental dos povos indígenas, condicionando a ocupação a promulgação da Constituição Federal e a comprovação de sua permanência caso não estivessem no território na data. Desta forma, é necessário analisar se o controle de constitucionalidade foi devidamente aplicado.

### **3.3 A aferição da tese do Marco Temporal**

Diante da apresentação de tantos conceitos e temas relacionados ao direito interno e internacional, que são aplicáveis ao Brasil, bem como, a posição da doutrina e do Supremo Tribunal em matéria de direito indígena, será possível analisar por meio da ótica convencional e constitucional o conceito do Marco Temporal para a demarcação das terras indígenas. Isto é, os dispositivos constitucionais e internacionais em torno do direito dos povos indígenas à posse e a propriedade de suas terras. Ainda, se o STF realizou ambos os controles ao decidir que a demarcação independe do fato de que as comunidades estivessem ocupando ou disputando a área na data de promulgação da Constituição Federal no RE nº 1.017.365, em 21/09/2023.

#### ***3.3.1 O conceito do marco temporal: convencional e constitucional?***

A partir da Petição 3.388-4 de Roraima, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a possibilidade da perda da titularidade do território por parte dos povos originários se não ocupassem as terras até o momento de promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo responsáveis por comprovar seu direito à terra. Isto posto, a partir do referencial da data da Carta Política brasileira seria possível determinar o espaço geográfico a ser ocupado por uma etnia, ou seja, o

reconhecimento para serem consideradas tradicionalmente ocupadas por indígenas.

Nesse contexto, a decisão do STF, inclusive ao estabelecer as dezenove condicionantes, já supracitadas neste trabalho, permite consolidar a ideia de que a posse nativa tem um caráter de perdurabilidade, que não seria perdida somente em um caso de renitente esbulho. Desta forma, em regra, seria o mesmo de argumentar que a Constituição Federal não garante o retorno dos indígenas às suas terras, visto que o território indígena estaria condicionado ao conceito de tradicionalidade da ocupação. Sem mencionar que, a o próprio processo teve juntada de estudos antropológicos e análises periciais da própria FUNAI evidenciando os fatos históricos sobre invasão das terras indígenas.

A definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não pode ser abordada como simples posse de uma coisa, devido a relação construída do indígena com seu território, que trata a habitação como somente um dos fatores da sua permanência, que se fortalece pela tradição e a continuidade de um povo. O reconhecimento do direito à terra e a sua limitação, seja espacial ou temporal, permeia o aproveitamento dos seus recursos e a sua expansão se assim for necessária (art. 231, §3º CF/88), e reforça Treccani e Alves<sup>113</sup>:

“Estabelecer a data de 1988 como: “marco temporal” significa contrariar o princípio da continuidade da proteção constitucional e usurpar os direitos indígenas. O STF em lugar de fazer respeitar os direitos dos índios, conforme determina a Constituição Federal, parece preferir colocar fim aos conflitos entre eles e os usurpadores de suas terras cassando os direitos originários dos povos indígenas. Exigindo que se prove o “renitente esbulho”, se utiliza um conceito civilista de “esbulho possessório” absolutamente estranho ao direito constitucional deferido aos índios”.

---

<sup>113</sup> TRECCANI, Girolamo, ALVES, Luana. Os direitos territoriais indígenas e a (in)compatibilidade com o marco temporal. In: BATOS, E., FONSECA, L., BLAGITZ, Patrícia (Coord.). Direitos Humanos na Amazônia. Salvador: Editora Juspodvim, 2017. P. 594.

Observa-se, no entanto, que a natureza dos direitos constitucionais, por meio do art. 231, reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e a sua reprodução física e cultural, seguindo seus usos, costumes e tradições. Além disso, os direitos dos povos originários preexistem ao próprio reconhecimento, condicionada a sua existência comunitária. Assim, como ressalta José Afonso da Silva<sup>114</sup>, pode-se dizer que são direitos naturais porque coexistem com o próprio ser das comunidades indígenas e que o sistema constitucional, desde a Constituição de 1934, acolheu como forma de direito constitucional fundamental a sobrevivência física e cultural. Diante dessa realidade, o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas consiste na consolidação dessa garantia com o objetivo da manutenção da dimensão coletiva para existência das comunidades indígenas, inclusive em termos de autoidentificação.

Sendo assim, o posicionamento do STF, no momento da criação da tese do marco temporal, permitiu que o Estado se utiliza de instrumentos jurídicos a fim de não reconhecer um direito previsto e atrelado aos povos indígenas, não garantindo o direito fundamental ao território por parte dos povos e comunidades indígenas. Afinal, os seus direitos à terra independem de tutela, fundamentados na condição de primeiros ocupantes, não sendo possível estipular a data da Constituição como marco temporal desses direitos, somente como a efetiva proteção da delimitação no tratamento jurídico dos povos originários e a continuidade desse reconhecimento constitucional.

Assim, as comunidades tradicionais lutam por terras e direitos que se traduzem não apenas nas reivindicações por moradia, saúde, educação e paz, mas, sobretudo, pelo acesso e controle dos territórios como espaços de reprodução social e cultural de formas de agir e viver.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso. Parecer Marco Temporal. Opt. cit. p. 5

<sup>115</sup> DE OLIVEIRA, Antônio Leal., BRAGATTO, Júlia Ruy. & LIMA, Mariana Montenegro de Souza. A inconstitucionalidade do marco temporal: riscos e ameaças à tutela dos povos indígenas originários do Brasil. Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas (UNIFAFIBE), 10(3), 455–486.

Destarte, o objetivo do marco proposto não visa a proteção dos direitos indígenas, uma vez que não preserva a manutenção dos valores tradicionais, bem como impacta o próprio fator de existência desses povos em favor de agentes privados e a proteção da propriedade privada. Ademais, a Carta Magna determina que os territórios tradicionalmente ocupados se destinam a posse dos povos originários de forma permanente (art. 231, §1 CF/88). Consequentemente, o marco temporal seria uma tese contrária a relação do direito originário e a tradição de ocupação previstas constitucionalmente. Portanto, no surgimento da tese em referência, o STF não aplicou corretamente o controle de constitucionalidade, só enfraquecendo a efetivação dos direitos indígenas. Entretanto, como veremos<sup>116</sup>, a proposição do marco temporal foi revista esse ano, em 2023.

Em termos interamericanos, a aplicação do marco temporal contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como decisões da Corte IDH. Destaca-se, nesse sentido, o caso Xucuru, mencionado anteriormente, diante das violações à propriedade comunal (coletiva), devido à demora no processo de reconhecimento e delimitação de suas terras. A ausência de regulação desses territórios foi suficiente para que a Corte Interamericana condenasse internacionalmente o Estado Brasileiro, com base no art. 21 da CADH, em razão da falta de proteção ao estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras.

Afinal, a jurisprudência do organismo interamericano é consolidada no dever de garantia ao direito da posse tradicional dos indígenas sobre suas terras, à luz da Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas. Nesse contexto, cabe relembrar os precedentes

---

<https://doi.org/10.25245/rdspv.v10i3.1349> p. 466. apud PERDIGÃO DE CASTRO, L. F., 2017, p. 155, p. 12.

<sup>116</sup> Ponto 3.3.2 do documento.

estabelecidos, em termos de determinações à respeito da propriedade comunitária das terras indígenas, a Corte IDH estipula que a posse tradicional dos indígenas já é equivalente ao título de pleno domínio concebido pelo Estado, uma vez que a posse tradicional confere aos grupos originários o direito de exigir o reconhecimento oficial do território por meio do registro, independentemente se tiverem saído ou perdido a posse das terras por causas alheias a sua vontade. À vista disso, o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas<sup>117</sup>, garantindo o direito dos povos indígenas a propriedade efetiva, controlando-a sem interferências externas, bem como, recuperá-la ou obter uma de similar qualidade em função de terceiros de boa-fé.

Outrossim, o marco temporal representa uma restrição deliberadamente perante o direito originário à terra, dado que determina uma limitação para a efetivação dos direitos indígenas ao seu território, o que vai de encontro com a jurisprudência da Corte IDH. Como ressaltado no parágrafo anterior, ao estipular o conceito de propriedade comunal, a Corte IDH foi expressa que não há pré-requisito para condicionar a existência do direito à terra, seja para efetivá-la ou recuperá-la.

Portanto, se forem adotados os parâmetros interpretativos da Corte Interamericana, isto é, responsável por expandir o conceito de propriedade para além da ideia de posse privada, que condiz com o controle de convencionalidade, a aplicabilidade do marco temporal não garante a tradição coletivista dos povos indígenas ao lidar com a terra, sendo um risco ao direito à terra ancestral. Aliás, a preservação do direito à vida digna para esses povos vincula-se diretamente à terra, como visto anteriormente.

Ademais, a Corte IDH aponta que a limitação temporal viola a relação com a terra em ditames culturais e religiosos, acarretando efeitos na identidade

---

<sup>117</sup> CORTE IDH, Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, Opt. cit. par. 164; e Id., Caso Comunidade Garífuna de Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras, Opt cit. par. 105.

do povo, diante da perda da propriedade. Por fim, deve-se frisar que a aplicação do controle de convencionalidade, tanto em matriz da Corte IDH ou em matriz interna pelos tribunais brasileiros, é essencial para combater a violação ao direito à propriedade coletiva e a série de direitos decorrentes de seu uso, que é prejudicado com o marco temporal, tendo em vista que fixou-se de forma com relação a grupo vulnerável, viola as prerrogativas interamericanas e não sofreu análise de convencionalidade na sua consolidação por meio do julgamento do Raposa Serra do Sol.

Assim, torna-se claro que, considerando os diversos casos nacionais e internacionais, bem como todo o arcabouço jurídico relacionado à salvaguarda dos povos indígenas, a tese do Marco Temporal negligência a obrigação do Brasil em proteger a essas comunidades, sendo tanto inconstitucional como inconveniente. A tese resultou em um cenário jurídico amplamente desfavorável para os povos indígenas, transformando-se como critério central, referendado no julgamento da Petição 3.388-4 de RR. No entanto, a recente mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, evidenciada no julgamento do RE nº 1.017.365, redefine completamente essa perspectiva.

### *3.3.2 A aplicabilidade dos controles no RE nº 1.017.365*

Conforme mencionado previamente, no Recurso Extraordinário em referência, interposto pela Fundação Nacional do índio (FUNAI), o STF reconheceu a inconstitucionalidade da reintegração de posse para a Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA), em função de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação do povo indígena Xokleng, no Estado de Santa Catarina. O acórdão é um reconhecimento inédito para as demarcações de terras indígenas, reforçando o direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e garantindo a execução de uma política indigenista no Brasil.

O posicionamento vai de encontro com a tese do marco temporal fixada na decisão da PET 3.388, da Raposa Serra do Sol, uma vez que assevera a teoria do Indigenato, a qual entende-se que a relação entre a terra e o indígena é congênita (originária) e o processo demarcatório representa apenas natureza declaratória. Além disso, que a Constituição Federal de 1988 atribui proteção especial ao modo de viver, cultura e identidade indígena. Portanto, não há possibilidade de delimitar temporalmente o direito à terra com base na promulgação da Carta Magna, pois os direitos territoriais dos povos indígenas às terras existem, mesmo que sem expedição de qualquer título possessório, fato esse confirmado pelo Relator, Ministro Edson Fachin<sup>118</sup>:

“Efetivamente, é o caso de revisão das razões que levaram à prolação da Pet nº 3.388, em especial de suas condicionantes e da chamada “teoria do marco temporal”. (...) “Analisada a trajetória constitucional da tutela da posse indígena, compreendo que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um *continuum*, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham os índios novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 05 de outubro de 1988.” (grifado)

Adicionalmente, no voto proferido, o Ministro reconheceu que a decisão no processo da Raposa Serra do Sol acarretou a verdadeira paralisação das demarcações das terras indígenas e o acirramento dos conflitos, afetando diretamente a qualidade de vida dos povos indígenas no Brasil<sup>119</sup>. Inclusive, reforçou que o recurso em referência expõe a tentativa de particulares de ter a posse da terra indígena e a incúria por parte dos órgãos públicos no respeito ao disposto no art. 231 da CF/88 e no prazo estabelecido pelo art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 67. A União concluirá a

---

<sup>118</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Requerente: Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Relator: Edson Fachin. Voto do Relator, 21 fev de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10442/false>. Acesso em: 18 nov. 2023. P. 26.

<sup>119</sup> Ibid, p. 27.

demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”

A partir desse entendimento, com os devidos destaques dos outros Ministros, com 9 votos contrários a limitação temporal para efetivar as terras como indígenas, firmou-se que a hermenêutica constitucional adequada, em uma interpretação sistemática, para a aplicação de um direito fundamental que existe desde a Constituição de 1934 é de caráter de continuidade protetiva. Desta forma, a restrição do direito à posse permanente e tradicional das comunidades indígenas não é determinada na data da promulgação do texto constitucional, bem como, é resguardada no art. 231 da CF/88. Consequentemente, foi firmada a tese, Tema nº 1031<sup>120</sup>, em que se rejeitou a tese do marco temporal, inclusive,

---

<sup>120</sup> “I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional; III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição; IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88; V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF; VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento; VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT); VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos

permitindo o redimensionamento da terra e a capacidade postulatória dos grupos indígenas.

Mediante a tese em repercussão geral referenciada, percebe-se que a análise com relação ao marco temporal das terras indígenas se restringiu somente ao controle de constitucionalidade, com referências aos direitos consolidados historicamente nas Cartas brasileiras, assim como, decretos e demais decisões do próprio Tribunal. No tocante as normas internacionais ou jurisprudências interamericanas, o STF restringiu-se a mencionar somente dispositivo da Convenção nº 169 da OIT. Cabe registrar que no voto proferido pelos Ministros Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes houve menção a Corte Interamericana de Direitos Humanos, todavia, seus votos ainda não foram disponibilizados, sendo somente possíveis de acessar no formato de vídeo<sup>121</sup>, visto que o Acórdão é recente.

É evidente que a decisão do Supremo Tribunal Federal está de acordo com em termos de reconhecimento da importância da propriedade coletiva. No entanto, os parâmetros interpretativos estabelecidos pela Corte IDH sequer são mencionados quanto ao limite do direito originário à terra tradicionalmente ocupada, o que poderia dar maior legitimidade ainda na impossibilidade de implementação de tal tese em âmbito interno.

---

no artigo 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento; IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado; X - As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes; XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis; XII - A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas; XIII - Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei". BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tema 1031. Plenário, 27.9.2023.

<sup>121</sup> Ibid. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4Qetr0ETrwk>> Acesso em 18 nov. 2023.

Dito isso, a posição do STF reforça como a doutrina analisa aplicação enquanto conservadora ou inexistente ao se tratar da executividade por meio do controle de convencionalidade no decorrer dos anos. Por exemplo, os juristas Ventura, Marcelo Neves, Bruce Ackerman<sup>122</sup> argumentam que a postura do STF é de “provincianismo jurídico”, visto que desconsidera os grandes avanços da doutrina e jurisprudência internacionais. Além disso, no tocante a efetividade nas primeiras e segundas instâncias, o tema é ainda mais desafiador, de modo que mesmo em 2022 com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estipulando a Recomendação nº 123, de 07/01/2022, com o objetivo de solicitar ao Poder Judiciário o dever de controlar a convencionalidade por juízes e juízas para aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo<sup>123</sup>.

Por fim, deve-se ressaltar, contudo, que a decisão do Marco Temporal das Terras Indígenas representa um avanço para os Direitos Humanos no país para a garantia da consolidação da demarcação das terras indígenas para os povos originários, e a devida interpretação da Constituição Federal, instrumento normativo que inovou em termos do Indigenato. Todavia, na prática, as sentenças e acórdãos proferidos em âmbito interno não contam, em regra, com a implementação do controle de convencionalidade de matriz internacional ou nacional.

## CONCLUSÃO:

A partir dos casos apresentados no decorrer deste trabalho, bem como, a doutrina jurídica aplicável, ao abordar o direito indígena, seja em âmbito internacional ou nacional, foi demonstrado que uma tese como o Marco Temporal das terras indígenas contraria os parâmetros normativos estabelecidos

---

<sup>122</sup> VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. Rev. Anistia Política e Justiça de Transição/Ministério da Justiça. Brasília, n. 4, p. 196-227, jul./dez. 2010. P. 204

<sup>123</sup> CARVALHO RAMOS, André de e GAMA, Marina Faraco Lacerda. Opt. cit. p. 294.

pela Convenção Americana de Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988. Dito isso, em termos interpretativos, a jurisprudência da Corte Interamericana é clara ao estipular conceitos jurídicos como o direito à vida digna e a propriedade comunal que vai de encontro com a tentativa de limitar o direito originário à terra tradicionalmente ocupada por meio de uma referência temporal baseada numa ficção jurídica, violando a própria ideia de tradicionalidade.

Desta forma, em 2009, quando o Supremo Tribunal Federal legitimou a tese do Marco Temporal no caso Raposa Serra do Sol, foi responsável por permitir o aumento das disputas por terras e a possibilidade de contestação da titularidade de territórios indígenas, contrariando a CADH e a interpretação da Corte IDH, bem como, a própria Carta Magna brasileira no seu art. 231. Essa constatação, inclusive, é possível ser abordada a partir dos dados analisados por Ana Carolina e Eloy<sup>124</sup> sobre os direitos territoriais do povo Terena em Buriti, Cachoeirinha e Taunay-Ipegue.

Portanto, tendo em vista que o objetivo desta pesquisa é analisar o marco temporal à luz da CADH, os dispositivos complementares internacionais e o entendimento da Corte IDH, assim como, a Constituição Federal e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação ao direito indígena, ou seja, ressalta-se que o conceito dessa tese é inadequação tanto na aplicação do controle de convencionalidade quanto de constitucionalidade. Ademais, as condicionantes estabelecidas para serem requisitos e pressupostos concretos para a aplicação não garantem a devida análise da ocupação tradicional da terra.

Destarte, a decisão da Corte Suprema no RE nº 1.017.365, assumindo a inconstitucionalidade do Marco Temporal, nada mais é que a reparação diante de uma tese judicial discricionária e sem o devido amparo legal nas legislações internas e internacionais. No entanto, representa também uma ausência de

---

<sup>124</sup> ALFINITO, Ana Carolina; AMADO, Luiz Henrique Eloy. Opt. Cit. Pág. 28.

comprometimento por parte do STF na aplicação do controle de convencionalidade, uma vez que a Corte reiteradamente não utiliza, em regra, a CADH para legitimar direitos humanos.

Diante dessas conclusões, para um melhor controle em termos de direitos humanos no âmbito interno brasileiro, seria uma possível solução seguirmos o diálogo das Cortes conforme explorado por André de Carvalho Ramos e Marina Faraco Gama<sup>125</sup>. De acordo com os autores, ambos os tribunais têm a incumbência de proteger os direitos humanos. Logo, os direitos humanos, no Brasil, possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional. Consequentemente, ao analisar um caso jurídico, o STF deveria verificar se a norma é constitucional, bem como, convencional, conforme o entendimento da Corte IDH, órgão responsável pela devida interpretação da CADH.

Assim, no caso do marco temporal, por exemplo, ao aplicar-se o duplo controle, ou seja, sendo separada a análise do crivo se o ato interno está de acordo com a convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao mesmo tempo que está seguindo o crivo de constitucionalidade do STF. Caso uma das respostas seja negativa, significaria que a tese não pode ser implementada, evitando um conflito aparente entre uma decisão do STF e uma da Corte IDH e permitindo que as decisões se complementem para o melhor resguardo dos direitos.

Por fim, cabe reforçar que a tese do Marco Temporal viola os direitos de povos minoritários que lutam por séculos para o reconhecimento da sua identidade étnico-cultural constituída, inclusive, pelo direito à propriedade coletiva. Afinal, como descrito nos capítulos, deve-se entender que a propriedade nesse contexto social representa tradição, historicidade, religiosidade e a herança, ou seja, um conceito expansivo e bem mais amplo que

---

<sup>125</sup> CARVALHO RAMOS, André de e GAMA, Marina Faraco Lacerda. Opt. cit. 296.

a mera posse de uma propriedade privada regida pela sua compra e venda ou seu exato momento de criação, visto que a temporalidade não detém exatidão na realidade das comunidades originárias.

## **BIBLIOGRAFIA:**

ALCÂNTARA, Gustavo K. TINÔCO, Livia N.; MAIA, Luciano M. (Org.). Índios, direitos territoriais e territorialidade. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. “Vukápanavo: o despertar do povo terena para os seus direitos : movimento indígena e confronto político” / Luiz Henrique Eloy Amado. - 1. ed. - Rio de Janeiro : E-papers, 2020.

ARAÚJO JÚNIOR, Júlio José. “Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural.” Rio de Janeiro: Processo, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos No. 11: povos indígenas e tribais / Corte Interamericana de Direitos Humanos. -- San José, C.R. : Corte IDH, 2022. Tradução de María Helena Rangel

CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela e Rorato Pedro. “OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE TERRAS INDÍGENAS E A ADOÇÃO DE TEORIA DO INDIGENATO.” Revista Brasileira de Políticas Públicas. 2021, Agosto.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião nº 23/17. Opinião consultiva sobre as obrigações dos Estados em relação ao meio ambiente no âmbito da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal. Parecer de 15 de novembro de 2017.

COSTA, Sandra Helena Gonçalves. A questão agrária no Brasil e a bancada ruralista no Congresso Nacional. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-08012013-143125/pt-br.php>> Acesso em: 18 nov. 2023.

JÚNIOR, George e LACERDA, Danilo. “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" Publicado em 09/04/2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/6FC83532E9118700E050A8C0DD016D4C#:~:text=A%20Corte%20reconhece%20o%20direito,com%20base%20em%20padr%C3%B5es%20ancestrais](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC83532E9118700E050A8C0DD016D4C#:~:text=A%20Corte%20reconhece%20o%20direito,com%20base%20em%20padr%C3%B5es%20ancestrais). Acesso em: 04 de julho de 2023.

JÚNIOR, Waldir e BENTES, Natália. “O desenvolvimento das normas jus cogens em relação ao reconhecimento do direito à propriedade coletiva dos

povos indígenas à luz da sentença do caso Povo Indígena Xucuru e seus membros versus Brasil”. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 1, p. 9 -38, jan./abr. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/61647>. Acesso em: 04 de julho de 2023.

GOMES, Daniela. “O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 11<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PASQUALUCCI, Jo M. International Indigenous Land Rights: a critique of the jurisprudence of the American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People. Wisconsin International Law Journal. Vol. 27, nº. 01, 2009.

PIOVESAN, Flávia. “Direitos humanos e diálogos entre jurisdições”. Revista brasileira de direito constitucional, vol. 19, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2PiNE5u>. Acesso em: 28 ago. 2018.

QUINTANS, Mariana Trotta Dallalana ; HAGINO, C. . O reconhecimento de povos tradicionais e os usos contra-hegemônicos do direito no Brasil: entre a violência e a emancipação social. Revista Direito e Práxis , v. v. 6, p. 598-644, 2015.

SCHETTINI, ANDREA. “Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: Uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.9, n.17, p. 63 - São Paulo, dezembro/2012.

SILVA, José Afonso da. “Curso de direito constitucional positivo.” 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

SILVA, José Afonso da. Parecer sobre Marco Temporal e Renitente Esbulho. São Paulo, 2016. Disponível em: <[https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf)>. Acesso em: 15 de nov. de 2023.

VIEIRA, Fernanda; TROTTA, Mariana; CARLET, Flávia. Sob o rufar dos ng’oma : O judiciário em disputa pelos quilombolas / Under the ng’oma noise: the judiciary in dispute by the quilombolas struggles. REVISTA DIREITO E PRÁXIS , v. 8, p. 556-591, 2017.