

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



The ‘time milestone theses’ as a restrictive interpretative standard to the right to land of the indigenous peoples in Brazil: an Inter-American Court of Human rights’ regard.

Bruno Pegorari

*Mestrando em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco); Bacharel em Direito pela PUC-SP e Pesquisador em tempo integral do Núcleo de Direito Global da Escola de Direito da FGV-SP.
bpegorari@gmail.com*

RESUMO

O artigo pretende analisar a tese do marco temporal da ocupação como uma forma de parâmetro interpretativo restritivo ao direito à terra dos povos indígenas no Brasil, a partir de uma visão comparada entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para isso, pretende-se analisar a jurisprudência de ambos os tribunais. Após esse estudo de casos, propor-se-á uma solução a partir de uma dupla e subsidiária metodologia: (i) o diálogo jurisdicional efetivo entre as cortes; ou (ii) a responsabilização internacional direta do Estado brasileiro (controle de convencionalidade).

PALAVRAS-CHAVE

Diálogo jurisdicional; direito dos povos indígenas à terra; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article aims to analyze the ‘time milestone theses’ as a restrictive interpretative

standard to the right to land of the indigenous peoples in Brazil from a comparative view between the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. In this regard, it seeks to examine the case law of both Courts. Following this case study, it will be suggested an adequate legal solution in the light of two subsidiary methodologies: (i) the effective Cross-Fertilization among courts; or (ii) the direct responsibility of the Brazilian state (conventionality control).

KEY WORDS

judicial dialogue; the right to land of the indigenous people; Brazilian Supreme Court; Inter American Court of Human Rights.

“Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, ‘dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam’. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.” (Grifos meus) (Trecho do voto do relator Min. Carlos Ayres Britto no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, em 19-3-2009).

“No caso de Mato Grosso do Sul é exatamente essa conflagração que existe, em função de se estar fazendo demarcação de áreas altamente produtivas. Então, por isso que a questão se coloca.” (Grifos meus). (Trecho da fala do Min. Gilmar Mendes registrada no acórdão do Caso Guyarároka RMS 29.087, em 16-09-2014).

“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 postergan-



do 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).

“Isso aqui é minha vida, minha alma. Se você me levar para longe dessa terra, você leva a minha vida.” (Marcos Veron, liderança Guarani-Kaiowá morta em 2003, aos 70 anos).

1. Introdução

Em outubro de 2016, a Relatora Especial das Nações Unidas (ONU) para os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, reportou-se à Assembleia Geral da Organização, onde expôs a atual situação de violação dos direitos de povos originários em diversos Estados do globo, com destaque para a situação brasileira, onde esteve em março do mesmo ano e emitiu um relatório com recomendações¹. A Relatora afirmou que estava desgostosa em saber que, desde sua última visita ao Brasil, as mortes e os despejos violentos contra os Guarani-Kaiowá no Mato Grosso do Sul – local onde visitou algumas aldeias – continuaram acontecendo. Dentre suas muitas observações, destacou a violação, pelo Estado, do direito indígena à terra. Para ela, as mudanças na recente conjuntura política do país “consolidaram ainda mais os interesses e o poder da elite econômica e política, em detrimento dos direitos dos povos indígenas”². Ainda que tal afirmativa seja verdade – inclusive pelo recente desmonte orçamentário da FUNAI³ – o tratamento dado aos direitos humanos dos povos indígenas pelo judiciário brasileiro, com destaque ao direito à terra, vem se deteriorando progressivamente, culminando, hoje, no momento jurídico de maior fragilidade do curto período do novo constitucionalismo brasileiro (CF/1988).

O presente artigo busca remontar o percurso a partir do qual se instalou este ambiente jurídico de fragilidade, destacando suas implicações jurídicas para o Estado brasileiro frente ao direito internacional dos direitos



1. TAULI-CORPUZ, Victoria. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas*. Genebra: Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 8 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>>. Acesso em: 15 de novembro de 2016.

2. TAULI-CORPUZ, Victoria. *Statement of Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples to the UN General Assembly*. Nova Iorque: AGNU, 17 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/en/statements/164-statement-unga-2016>>. Acesso em: 15 de novembro de 2016.

3. VALENTE, Rubens. Em situação ‘crítica’, Funai ameaça fechar metade das unidades. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 out. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1826382-com-reducao-de-recursos-diretoria-da-funai-afirma-estar-em-situacao-critica.shtml>>. Acesso em 15 de novembro de 2016.

humanos. Essas implicações resumem-se num conflito entre a interpretação dada ao direito à terra⁴ dos povos indígenas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da criação do critério do “marco temporal da ocupação”, e a interpretação dada ao artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, realizaremos um estudo dos casos: (i) Raposa Serra do Sol (Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RO, 2009) e (ii) Guyrároka, do povo Guarani-Kaiowá (Supremo Tribunal Federal - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, 2014), destacando o processo de consolidação do critério do marco temporal da ocupação a partir desses julgados. Em seguida, abordaremos, de forma sucinta, os parâmetros para aferição do direito à propriedade coletiva pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, buscaremos explorar uma possível solução para o conflito interpretativo entre os tribunais. Para tanto, adotaremos uma dupla metodologia: (i) o diálogo efetivo entre as Cortes; ou (ii) a responsabilização internacional do Estado brasileiro a partir de seus compromissos internacionais. O segundo método é subsidiário ao primeiro, pois, quando da *efetiva* aplicação deste, o conflito se esgota, sendo, portanto, preferível.



2. O Direito à Terra Indígena no Brasil

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar tratamento constitucional ao direito dos povos indígenas à terra (nomeados, à época, silvícolas), adotando, expressamente a teoria do indigenato. Se por um lado seu texto determinou que as terras seriam propriedade da União, de outro, conforme ressalta José Afonso da Silva, a Constituição conferiu-lhe, adequadamente, natureza jurídica de direito natural por ser esse direito preexistente ao próprio reconhecimento constitucional, reforçando suas características comunitária e anterior (originária)⁶. Dentro de sua estrutura, o texto constitucional de 1937 alocou o direito à terra na categoria de direitos fundamentais⁷.

4. No Sistema interamericano usa-se os termos propriedade coletiva, comunal ou ancestral. Quanto ao STF, utiliza-se o termo genérico “direito à terra”, ou, especificamente, “direito à posse”; “direito de posse” e “direito de usufruto exclusivo”.

5. Entenda-se, direito de mesma nomenclatura, dado que o conteúdo em si se apresenta distinto nos diferentes contextos.

6. SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre a situação do direito indígena à terra*. Disponível em: <https://mobilizaacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf> Acesso em: 15 de novembro de 2016.

7. Estes direitos já haviam sido tratados por outras normas anteriormente, mas, só em 1934, compuseram o rol de direitos fundamentais de uma Constituição brasileira. Cf. “Art. 129 - *Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.*”

As constituições subsequentes não apresentaram mudanças significativas, repetindo a regra da Constituição de 1934.

Com sua promulgação em 1988, a nova Constituição da República reafirmou com maior expressividade jurídica os valores da Constituição de 1934, apresentando-os de forma mais sofisticada, especificamente por meio de seu artigo 231. No que toca à terra, esse artigo dispõe que são direitos originários aqueles exercícios pelos indígenas sobre as terras que **tradicionalmente ocupam**, competindo à união **demarcá-las**, proteger e fazer respeitar os seus bens (grifos nossos)⁸. Determina ainda, o dispositivo, que estas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. Dessa maneira, as terras indígenas foram mantidas como bens da União⁹, devendo os índios e não índios respeitarem as limitações previstas no texto constitucional¹⁰, ainda que aos indígenas sejam garantidos os direitos de posse e usufruto exclusivo das terras que tradicionalmente ocupam.

O texto constitucional é bastante claro ao definir que são terras indígenas aquelas que os indígenas tradicionalmente ocupam. Além disso, é taxativo ao afirmar que sobre elas os indígenas detêm direitos originários, ou seja, anteriores à própria Constituição. Por isso o texto constitucional atribui à União, por meio de seu braço executivo, a competência de delimitar essas terras, seguindo um longo processo administrativo demarcatório pelo qual caberia dizer se uma terra é, ou não, terra indígena.

Ocorre que os processos demarcatórios encontram grandes óbices. Em seus atos das disposições constitucionais transitórias, estabeleceu-se no artigo 67 que a União concluiria a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Esse prazo não só foi ignorado para muitas terras originalmente ocupadas, como o Supremo



8. Esta definição abarca, segundo o §1º do artigo 231 aquelas terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

9. Cf. Art. 20, XI da CF.

10. Sobre as limitações ao uso e posse, cf.: Art. 231: § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei; § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco; § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Tribunal Federal iniciou uma interpretação restritiva do artigo 231 que, desde 2014, passou a ameaçar a proteção normativo-constitucional ao direito indígena à terra.

3. Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.388/RO, 2009).

O caso Raposa Serra do Sol foi um *leading case* em matéria de demarcação de terras indígenas levado ao Supremo Tribunal Federal. Até então, nenhum caso de tamanha relevância havia chegado à suprema corte brasileira. O objeto da demanda, consistia na tentativa de impugnação da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, a qual promoveu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima. O caso se desenvolveu num contexto em que, após 2005, uma enxurrada de ações surgiu visando impugnar o ato demarcatório, proveniente especialmente de arroteiros e do Governo do Estado de Roraima. O caso teve grande repercussão na opinião pública e acendeu o debate sobre o tema no país¹¹.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, a partir do voto de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, pelo reconhecimento da legalidade do processo administrativo da demarcação. De maior importância, não entendeu o relator por qualquer violação à soberania nacional ou segurança territorial¹² – dada a proximidade das terras de fronteiras políticas ao norte do Estado brasileiro, com Guiana e Venezuela, maior preocupação das Forças Armadas. Tampouco restringiu a demarcação da terra ao método de ilhas, ao contrário, garantiu a contiguidade na demarcação. Também, rechaçou qualquer violação ao princípio federativo¹³ e ao desenvolvimento nacional, em sentido contrário aos argumentos empregados pelo governo do estado de Roraima e os supostos proprietários particulares que desenvolviam atividades agrícolas na região¹⁴.



11. Sugerimos a leitura do seguinte artigo para um panorama do impacto do julgamento na opinião pública: VILLARES, Luiz Fernando, YAMADA, Erica Magami. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo Dia Era Dia de Índio. Revista Direito GV São Paulo. n. 11. jan. – jun. 2010. pp. 143-159

12. Segundo o relator, “nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.388. Ementa. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009. § 5º.

13. Também segundo o relator, “nenhuma etnia ou comunidade se constitui em unidade federada”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.388. Ementa. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009. § 5º.

14. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.388. voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009.

Por outro lado, a decisão estabeleceu o chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas”, pelo qual inovou na ordem jurídica ao criar parâmetros para a demarcação da terra naquele caso concreto¹⁵. É dizer, o Min. Carlos Britto definiu quatro critérios para o reconhecimento de determinada terra como terra indígena. Daremos destaque para dois deles: (i) o **marco da tradicionalidade da ocupação**, e o (ii) **marco temporal da ocupação**¹⁶.

De acordo com o primeiro, para que uma terra indígena possa ser considerada tradicional, as comunidades indígenas devem demonstrar o caráter de perdurabilidade de sua relação com a terra, em sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica, com o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência. O critério do marco tradicional da ocupação estabelece que os indígenas devem preencher, basicamente dois elementos: um **imaterial** (espiritual, ancestral, psicológico) e outro **materi- al** (da relação direta com a terra, e.g. pesca, caça, etc.). Esse critério está em plena consonância com a interpretação gramatical do artigo 231 da Constituição da República que estabelece em seu parágrafo 1º que:



“Art. 231- São reconhecidos aos índios (...) os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, (...):

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (grifos meus).”

O segundo critério cria o **marco temporal da ocupação** que estabelece que as terras indígenas serão aquelas nas quais houve efetiva ocupação, pelas populações indígenas, na data da promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988)¹⁷. Este parâmetro chama a atenção, em primeiro lugar, por restringir o direito à terra para quem do trazido, gramatical-

15. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.388. voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009. §78.

16. Outros critérios foram: (iii) o *marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional*, que descreve a utilidade prática a que deve servir a terra tradicionalmente ocupada, ressaltando o critério da ancestralidade; (iv) o *marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”*, quer dizer que a aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria indígena, ganha um conteúdo extensivo.

17. Note-se que se trata das terras ocupadas naquela data, nas palavras do Relator: “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.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pet. 3.388. Voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009. §78

mente, no próprio texto constitucional. A Constituição diz que são terras indígenas aquelas habitadas pelos índios em caráter permanente, mas não exige que eles a estivessem ocupando, necessariamente, na data da promulgação da Constituição, justamente pelos critérios trazidos pelo marco da tradicionalidade, além da possibilidade do chamado **esbulho renitente**, é dizer: as recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de regressar, ainda que com a terra guardassem as condições necessárias – materiais e imateriais – para a configuração da ocupação tradicional.

A decisão apresenta um problema grave. Seu erro central foi restringir deliberadamente o direito originário à terra por meio de um marco temporal irrefletido que não guarda qualquer vínculo racional com a situação jurídica analisada, se não um mero simbolismo esvaziado e o discreto alívio de se pôr um ponto final no já tão prolongado debate. A verdade é que o estabelecimento arbitrário da referida data carrega o vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos, assim como o histórico compartilhado das graves violações dos direitos humanos desses povos por parte de particulares e do próprio Estado. Por fim, a preocupação de “jogar uma pá de cal” para pôr fim às discussões sobre a matéria, nas próprias palavras do relator, nos pareceu mais uma afofação em resolver o já prolongado debate, que, de fato, um anseio em dar-lhe uma mais apropriada solução. É verdade que essa decisão produziu efeito restrito às partes processuais daquele caso concreto. Todavia, o caso foi apenas um impulso inicial da tese jurídica do marco temporal da ocupação, como veremos adiante.



4. O Caso Guyrároka (Supremo Tribunal Federal - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, 2014)

Por volta de cinco anos depois da famosa decisão do caso Raposa Serra do Sol, foi interposto no Supremo Tribunal Federal o Recurso Ordinário 29.087 contra um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a Ordem de Segurança pretendida por um agricultor de Mato Grosso do Sul o qual pleiteava a anulação da Portaria 3.219 de 2009 emitida pelo

Ministro da Justiça, pela qual foi declarada a posse permanente da Terra Indígena Guyrároka aos Guarani-Kaiowá que nela tradicionalmente habitavam, terra essa na qual se situava imóvel rural supostamente titularizado pelo recorrente.

Ao recorrer ao STF, o recorrente alegou que a portaria, apontada como ato coator, teria violado seu direito líquido e certo, pois teria declarado como terra indígena gleba de sua propriedade e sobre a qual exercia com exclusividade a posse, inexistindo índios no local, ao menos desde o final da década de 1940. O Ministro Lewandowski, relator do processo, optou por uma saída processual e afirmou que para discutir questão de posse de terras submetidas a processo demarcatório seria necessária dilação probatória, o que impediria a ação de ser decidida em sede de mandado de segurança. Ademais, alegou o relator a inexistência de efeito vinculante *erga omnes* do caso Raposa Serra do Sol, resultando, portanto, na impossibilidade de extensão dos critérios daquele caso para a presente demanda¹⁸.

O Ministro Gilmar Mendes, após pedido de vista, trouxe um voto divergente tornando-se o novo relator do caso. Concluiu ele que os documentos (laudo da Funai) seriam suficientes para determinar que a comunidade indígena dos Guarani-Kaiowá não habitava a área declarada há mais de setenta anos (desde o final da década de 1940), assim entendeu necessário conjugar as referidas ressalvas institucionais do emblemático caso Raposa Serra do Sol, especialmente as pertinentes à averiguação da posse tradicional indígena na região, sugerindo assim que o preestabelecido marco temporal para configurar a posse, qual seja, a data da promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988), seria suficiente ao reconhecimento dos direitos às terras reivindicadas e não havia sido observado. Destacou que o título de propriedade com mais de 25 anos provava cabalmente que o recorrente era legítimo proprietário da terra. Por fim, destacou que o entendimento da Corte no caso Raposa Serra do Sol deve servir de “apoio moral e persuasivo” a todos os casos de demarcação de terras indígenas, a despeito de sua produção de efeitos inter partes. Seu voto foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Carmem Lucia¹⁹.

Um dos argumentos utilizados por Mendes foi a aplicação da Súmula 650

18. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Relatório do Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014.

19. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Voto-Vista Ministro Gilmar Mendes. Rel. Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014.



que trata dos aldeamentos extintos. A súmula prevê que “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamento extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Explicou que este é um critério que leva em conta o conceito objetivo de posse, deixando claro que a posse tradicional (agora respeitando o marco temporal de 05 de outubro de 1988) difere de posse imemorial (RE 219.983, julgado em 9.12.1998)²⁰.

Interessante analisar o pano de fundo dos debates travados entre os julgadores. Ao final de seu voto, o Min. Ricardo Lewandowski destacou que o §4º do artigo 231²¹ é um dos dispositivos mais fortes da Constituição Federal e demonstrou os motivos:

“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”²²

Diferentemente, o Ministro Gilmar Mendes expressou outras preocupações relacionadas ao caso:

“No caso de Mato Grosso do Sul é exatamente essa conflagração que existe, em função de se estar fazendo demarcação de áreas altamente produtivas. Então, por isso que a questão se coloca.”²³

Nesse debate registrado no Acórdão, os Ministros trouxeram elementos relevantes para a apreciação do caso. De um lado, o Ministro Lewandowski mais preocupado com a violência decorrente da questão fundiária no centro-oeste, do outro, o Ministro Gilmar demonstrou preocupação com a produtividade agrícola na região. A verdade é que esse debate vai muito além do mero confronto de posições entre os ministros. A discussão representa o cerne da tensão histórica entre os povos indígenas e aqueles não-ín-



20. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Voto-Vista Ministro Gilmar Mendes. Rel. Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014.

21. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

22. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Relatório do Min Ricardo Lewandowski. Julgado em 16.09.2014. p. 30.

23. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Trecho da fala do Min. Gilmar Mendes registrada em Acórdão. Julgado em 16.09.2014.

dios que vieram a ocupar seus territórios na “colonização” do centro-oeste desde o começo do século XX. Essa ocupação constituiu um grande obstáculo à permanência destes povos em suas terras ancestrais e seus efeitos se estendem aos dias de hoje. Não por outro motivo, o Relatório do CIMI²⁴ apontou que quase 50% dos assassinatos de indígenas no Brasil, em 2015, ocorreram no Mato Grosso do Sul. Além disso, entre os anos de 2000 e 2015, 752 ocorrências de suicídio de indígenas afetados por conflitos foram registradas só em Mato Grosso do Sul.

O ponto fulcral desse debate reside na determinação do conceito de “terra que tradicionalmente ocupam” presente no artigo 231 da Constituição. Para tanto, deve-se analisar o laudo antropológico da Funai, dado que à União cabe demarcar as terras tradicionais, e, por conseguinte, dizer o que é e o que não é terra tradicionalmente ocupada. Nesse documento, alguns dados fáticos em relação à terra podem ser encontrados: (i) a terra se encontra em área ocupada pelos ancestrais dos Guarani-Kaiowá antes do período colonial; (ii) os índios demonstram vontade de retornar e demonstram haver um vínculo especial com a terra; (iii) a ocupação de caráter permanente da terra deixou de existir a partir da década de 1940; (iv) os motivos pelos quais a ocupação permanente desapareceu na década de 1940 foram que: a) as terras voltaram ao domínio da União; b) as terras foram tituladas e, posteriormente; c) as terras foram vendidas ou distribuídas pelo Estado do Mato Grosso do Sul aos colonos; d) os índios foram paulatinamente expulsos pelos fazendeiros; e) muitos índios tornaram-se peões e portanto permaneceram na terra onde sempre viveram sob esta nova condição de mão-de-obra barata²⁵. O laudo também concluiu que (i) os Kaiowá deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos na região; (ii) a ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá; (iii) muitos permaneceram e trabalharam como peões; (iv) na década de 1980 as últimas famílias deixaram o local²⁶.

Como resultado, o Relatório Circunstanciado da FUNAI – que fora posteriormente, utilizado como base da Portaria declaratório do Ministro da Justiça – reconheceu os direitos de posse e de usufruto exclusivo dos

24. CIMI. Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015. Relatório. 2016. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatorioidados2015.pdf>>. Acesso em: 15 de Novembro de 2016.

25. PEREIRA, Levi Marques. Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká. Portaria n. 083/2001. FUNAI. 2002.

26. Ibid.



Kaiowá à Terra Indígena de Guyraroká, a partir da conclusão de que a terra em questão é terra de ocupação tradicional, mesmo com o afastamento dos Kaiowá, por motivos alheios a sua vontade. Esse mesmo relatório não foi sequer analisado dado a aplicação da tese do marco temporal.

Desde a decisão do caso Guyraroká, muitas outras sentenças já foram emitidas em prejuízo dos povos originários, derrubando processos e atos demarcatórios em curso ou finalizados Brasil a fora. Para mencionar alguns, os Terena tiveram seu direito à terra atropelados pela decisão no Caso Limão Verde, também no final de 2014²⁷. O mesmo ocorreu com os Canela Apãjekra, no Caso da Terra Indígena Porquinhos²⁸, todos julgados pelo STF. No começo outubro de 2016, a tese do marco temporal atingiu novamente os Guarani Kaiowá que vivem na Terra Indígena Panambi-Lagoa Rica, MS²⁹. O mesmo aconteceu com os Gamela por conta de uma decisão da Comarca Estadual de Matinha (MA)³⁰.

Os casos trazidos representam uma crise profunda, e sob efeito dominó, da proteção jurídica das terras indígenas no Brasil. A guarida desse direito na constituição e em seu máximo guardião, o Supremo Tribunal Federal, se perdeu. A corte falhou em garantir o direito dessa minoria em situação de extrema vulnerabilidade ao deixar de exercer seu poder contra majoritária face aos outros poderes do Estado e aos particulares detentores do poder econômico. Assim, resta a pergunta: o que fazer quando o último mecanismo de proteção a direitos fundamentais do Estado sucumbe?



5. A interpretação em Matéria de Direito à Propriedade Coletiva dos Povos Indígenas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Em 1969, foi assinada em San José (Costa Rica), no âmbito da Conferência

27. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RMS 29.542 Distrito Federal. Voto Min. Rel. Cármen Lúcia. Julgado em 30.09.2014.

28. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ag.Reg. no REExt com Agr. 803.462/Mato Grosso do Sul. Voto Min. Rel. Teori Zavascki. Julgado em 09.12.2014.

29. O juiz federal Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva, da 1ª Vara Federal de Dourados, declarou a nulidade do processo administrativo número 08620.026980/11 que demarcou a chamada Terra Indígena Lagoa Rica, no município de Douradina, e condenou a Fundação Nacional do Índio (Funai) ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios dos autos 0001.665-48.2012.403.6002. Disponível em: <http://www.progresso.com.br/dia-a-dia/juiz-federal-anula-a-demarcacao-de-are-a-em-douradina>.

30. Ver mais em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&action=read&id=8915>.

Especializada de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a Convenção entrou em vigor no ano de 1978, após sua 11ª ratificação pelo Estado peruano. Este documento é hoje o mais relevante e efetivo instrumento internacional de proteção aos direitos humanos no continente americano. Sua amplitude geográfica abrange significativa parte do continente, enquanto seu catálogo de direitos conforma uma variada e importante gama de direitos civis e políticos (arts. 3º ao 25 da CADH)³¹.

Além disso, a CADH estabeleceu um sistema de *controle e supervisão* das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-parte por intermédio de um verdadeiro *Processo Internacional dos Direitos Humanos*³². Este sistema funciona segundo um mecanismo bifásico, inspirado historicamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos quando de sua criação. Após a passagem pela *Comissão Interamericana*, respectivamente pela admissibilidade (art. 46); pela tentativa de solução amistosa (art. 48); e pelo “primeiro informe” (art. 50), o caso, se não resolvido, é encaminhado ao órgão jurisdicional competente e intérprete último da Convenção: A Corte Interamericana de Direitos Humanos³³.

O Estado brasileiro se vinculou às obrigações previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando de sua ratificação, realizada tardiamente no ano de 1992. Importante lembrar que o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH não é automático, logo, cada Estado deve espontaneamente declarar o reconhecimento da jurisdição desta Corte no momento de ratificação da Convenção ou em qualquer outro momento³⁴.

O Brasil passou por um período contraditório de 06 anos no qual o Estado havia se comprometido com as obrigações internacionais previstas na

31. Os direitos econômicos, sociais e culturais são mencionados concisamente no artigo 26 da Convenção Americana. Por esta razão, elaborou-se em 1988 o Protocolo de San Salvador sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor desde 1999.

32. Para maiores detalhes dos procedimentos apresentados no Sistema Interamericano ver CARVALHO RAMOS, André. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

33. Importante lembrar que dos 35 Estados que conformam a OEA, vinte reconheceram esta competência contenciosa da Corte. Estes Estados são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. RELATÓRIO ANUAL 2014, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2015. Disponível em: www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/POR_por_2014.pdf. Acesso em: 10/04/2015.

34. **Artigo 62.1** - Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.



CADH e, ao mesmo tempo, não havia se manifestado sobre a aceitação de sua devida supervisão judicial³⁵. Foi só no ano de 1998 que o Brasil reconheceu, de pleno direito e sem convenção especial, a competência contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção, em conformidade ao art. 62 da mesma³⁶. É dizer, a partir de 1998 o Brasil comprometeu-se internacionalmente a respeitar e cumprir as decisões oriundas da atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Destarte, pode-se mencionar duas consequências principais da declaração de reconhecimento desta jurisdição contenciosa obrigatória: (i) que suas decisões serão sempre aptas a vincular e responsabilizar o Estado brasileiro por eventual violação de Direitos Humanos prevista na CADH e decorrentes da própria conduta do Estado, omissiva ou comissiva³⁷; (ii) que o Brasil deverá passar a observar e cumprir em âmbito interno os direitos humanos previstos na CADH tais como interpretados pela Corte Interamericana, ou seja, deverá tomar por parâmetro a ótica internacional própria desta Corte quando interpretar os Direitos Humanos em âmbito interno, casos contrário, incorrerá no risco de ser responsabilizado internacionalmente.

No limiar do século XXI, a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a aperfeiçoar sua jurisprudência na matéria de direitos dos povos indígenas e contribuiu enormemente com a proposição de novos parâmetros interpretativos para a proteção desses povos na região. Buscaremos abordar os parâmetros interpretativos em matéria do chamado direito à propriedade coletiva, comunal ou ancestral dos povos indígenas³⁸. Para isso, analisaremos de forma cirúrgica a jurisprudência da Corte e seu impacto para o Brasil.

A Convenção Americana de Direitos Humanos não dispõe, textualmente, de um direito à propriedade coletiva. Esse direito, portanto, é uma decor-



35. Cf. Ramos, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 203-204.

36. Ainda que o próprio estado tenha reconhecido internacionalmente a jurisdição obrigatória já em 1998, tomou tempo considerável para a edição de decreto no âmbito interno. Foi só com a edição do Decreto 4.463 de 8 de novembro de 2002 que o Brasil promulgou o reconhecimento da Corte IDH em território nacional. Reforça-se que para o Direito Internacional é irrelevante a existência ou não deste decreto, pois se considera que a obrigação no âmbito regional já havia sido formalmente assumida.

37. Neste sentido os artigos 67 e 68.1 vão dizer que “a sentença da Corte é definitiva e inapelável” e que os Estados-partes “comprometem-se a cumprir [suas decisões] em todo caso em que forem partes”.

38. Nossa abordagem tomou em conta os casos que tratam diretamente do tema, como: *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010); *Povo Saramaka vs. Suriname* (2007); *Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai* (2006); *Comunidade Moiwana vs. Suriname* (2005); *Comunidade Indígena Yakyé Axa vs. Paraguai* (2005); *Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua* (2001).

rência interpretativa do Direito à propriedade privada, previsto no artigo 21 da Convenção³⁹. Por essa razão, faz-se tão importante o estudo da jurisprudência da Corte. O primeiro caso trazido à sua jurisdição sobre a temática foi o caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* (2001) no qual a Nicarágua foi condenada pela não demarcação das terras comunais pertencentes à Comunidade Awas Tingni. A partir desse julgado, a Corte entendeu que o artigo 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, também, os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal (§ 148)⁴⁰. A Corte buscou destacar a tradição existente entre os povos indígenas no que toca a forma comunitária da propriedade coletiva, no sentido de que esta não pertence a um indivíduo exclusivamente, mas a toda a comunidade⁴¹. A estreita relação que estabelecem com a terra, como base de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sobrevivência deve ser reconhecida e compreendida. Assim, a relação com a terra para os povos indígenas, no olhar da Corte, não é meramente uma questão de posse, mas uma conjunção dos elementos material e espiritual do qual devem gozar plenamente inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras (§ 149). A Corte ainda estabeleceu que o direito costumeiro destes povos deve ser considerado especialmente no que toca à desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida (§151).

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

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

40. Assim, forma-se um conceito de propriedade destoante da propriedade privada clássica, baseada na divisibilidade da terra, alienabilidade e produtividade. 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 - Rede Universitária de Direitos Humanos -, v. 9, n. 17. dez. 2012, pp. 63-86.

41. Aqui cumpre fazer um esclarecimento metodológico. A partir destes princípios, cumpre reforçar a importância da observância dos usos e costumes dos povos tradicionais (cultura ancestral), visto que, para uma adequada compreensão dos seus direitos, os juízes interamericanos precisam apreender os sentidos próprios e inerentes dos conceitos e termos dos instrumentos internacionais quando aplicados a casos concretos envolvendo estas populações. Assim, importa esclarecer que quando se diz que um direito possui um conteúdo inerente, não se está procedendo em uma interpretação extensiva da convenção, ou seja, não se está criando novas obrigações ao Estado, mas tão somente se limitando a controlar o desenvolvimento lógico de um direito com o fim de assegurar sua efetividade e concretude. SUDRE, Frédéric, A propos du dynamisme interprétatif de la Cour Européenne des Droits de l'homme, 28 Semaine Juridique, I-335, 2001.



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

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

Sobre a questão temporal, muito importante para a análise dos casos brasileiros, a Corte buscou responder se o direito de recuperação das terras tradicionais permanece indefinido no tempo ou encontra nele um limite. A Corte definiu que enquanto a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se mantiver em relação às suas terras tradicionais, o direito a reivindicá-las permanecerá vigente, caso contrário se extinguirá. Nesse ponto, surge um questionamento: como definir esta relação entre os povos e suas terras? A resposta, definiu a Corte Interamericana, dependerá do povo indígena envolvido em cada caso concreto e poderá incluir uma análise do seu uso ou presença tradicional, seja através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta permanente ou nômade; uso dos recursos naturais ligados a seus costumes ou qualquer outro elemento característico de sua cultura (§131). Por fim, entendeu a Corte de San José, deve-se levar em consideração se a relação com a terra é faticamente possível, tendo em vista que os índios podem encontrar-se impedidos de realizar a retomada do território por causas alheias à sua vontade e que re-



presentem um obstáculo real para manter dita relação. Assim, o direito à recuperação da terra persiste até que os impedimentos (violência, ameaça, etc.) desapareçam (§132). Neste sentido, a Corte decidiu que o direito da Comunidade Sawhoyamaxa de recuperar suas terras não caducou no caso concreto.

6. Duas propostas Subsidiárias: o Diálogo efetivo entre as Cortes ou a Responsabilização Internacional do Estado

Ao que se pode perceber, as Cortes estabeleceram visões bastante destoantes sobre a dimensão, limites e parâmetros para definir e aplicar o direito à propriedade comunal ou, no caso Brasileiro, direito de posse e usufruto exclusivo da terra tradicional. Sugerimos um diálogo interjurisdicional efetivo entre cortes para resolver o conflito existente entre as interpretações. Este diálogo deve ser realizado, no caso brasileiro, a partir do Supremo Tribunal Federal, já que o respeito ao direito internacional pelos Estados é uma obrigação internacional.



Para tanto, devemos verificar se a jurisdição que realiza o diálogo, no caso, o STF, fez menção à jurisprudência interamericana sobre o objeto da lide⁴². Essa jurisprudência pertence a um tribunal internacional ao qual o Brasil está voluntariamente vinculado, como explicado anteriormente, e que está apto a emitir decisões vinculantes contra o Estado brasileiro. Infelizmente, em nenhum de seus julgados o STF buscou referir-se à extensa jurisprudência da Corte IDH.

Nesse sentido, se adotados os parâmetros interpretativos da Corte Interamericana, os acórdãos brasileiros deveriam se reconfigurar em absoluto. A Corte IDH desenvolve com profundidade o conceito de propriedade comunal, sendo aquela que respeita a tradição coletivista da singular cosmovisão indígena em lidar com a terra. A Corte também delimita com mais cautela os elementos ou critérios materiais e imateriais da relação com a terra, tais quais o cultural, espiritual, de sobrevivência, integridade e de relação intertemporal entre passado (gerações ancestrais) e futuro (gerações futuras).

De maior relevância e em claro confronto com a tese do marco temporal

42. CARVALHO RAMOS, André. Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2012.

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

Em segundo lugar, a Corte sugere um método destoante do marco temporal para a definição do limite temporal ao direito de recuperação da terra. Para tanto, deve-se, primeiramente, analisar se as bases espirituais e materiais se mantêm em relação à terra. Para aferir isto, basta analisar a relação de cada povo com a terra, observando se a tradição é respeitada no estabelecimento do vínculo. Se, por qualquer motivo, o povo estiver impedido de relacionar-se com a terra, como ocorre no caso da Terra de Guyrároka, o direito de recuperação persiste mesmo com o impedimento. É dizer: exclui-se a ideia de marco temporal, mantendo-se somente o critério da tradicionalidade da ocupação.

Por fim, um último parâmetro interpretativo a ser mencionado é a compreensão, por parte da Corte Interamericana, de que a perda da propriedade pode afetar irremediavelmente a identidade cultural dos povos indígenas.

Com isso, conclui-se que, se estabelecido o diálogo interjurisdicional, os critérios sugeridos pelo Ministro Carlos Ayres Brito e revividos pelo Ministro Gilmar Mendes seriam incabíveis, pois em inteiro desacordo com a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana. Mais especificamente, o arbitrário “marco temporal de ocupação” (05 de outubro de 1988) estabelecido pelo STF seria tido como inconveniente. É dizer, segundo os parâmetros jurídicos internacionais, os guarani-kaiowá ainda têm direito às suas terras coletivas, além do direito a reivindicá-las.

Na inexistência de um diálogo interjurisdicional, realizado pela a atividade hermenêutica do STF, só caberá ao Brasil ser responsabilizado internacio-



nalmente por meio de uma sentença internacional da Corte IDH⁴³. Assim, os direitos humanos passam por um duplo crivo e gozam de uma dupla garantia: em primeiro lugar o controle de constitucionalidade pelo STF, em segundo, o controle de convencionalidade pela Corte IDH. Caso o primeiro falhe, como observamos no caso concreto, haverá ainda um segundo controle. Vale reiterar o ainda não mencionado art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que afirma que o Brasil pugnará pela criação de um Corte Internacional de Direitos Humanos, logo, infere-se, pugnará também por acatar a sua interpretação destes direitos.

No caso *Guyarároka*, embora tenha passado pelo controle ou crivo realizado pela instância máxima do judiciário brasileiro, a violação dos direitos convencionais deste povo ainda pode ser levada ao Sistema Interamericano e, conseqüentemente ser submetida ao Controle de Convencionalidade, resultando em uma quase certa condenação do Estado brasileiro pelo estabelecimento do Marco Temporal enquanto critério restritivo ao direito dos povos indígenas a suas terras. O Estado deverá, então, adequar-se aos parâmetros da Convenção Americana, os mesmo que evitou fazer por meio de um diálogo interjurisdicional efetivo com a mesma Corte. Dessa forma, percebemos ainda que a realização do diálogo é, além de tudo, econômica processualmente.



7. Conclusão

Ao compararmos o caso *Guyarároka* e todos aqueles que passaram tem adotado a tese do marco temporal com os casos sobre propriedade coletiva julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, resta evidente que as decisões brasileiras destoaram dos parâmetros interpretativos estabelecidos pela Corte Interamericana na interpretação da Convenção. Em outras palavras, ficou claro que a jurisdição internacional não permite que se limite o direito originário à terra tradicionalmente ocupada por um marco temporal irrefletido, que não guarda qualquer vínculo racional com a ideia de tradicionalidade. Por isso, concluímos que a decisão do Supremo Tribunal vai em patente desencontro à Convenção Americana, tal como entendida por seu intérprete legítimo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

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

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

Jurisprudência

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2012. Sentença de 27 de junho de 2012. *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*.

_____. 2010. Sentença de 24 de agosto. *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*.

_____. 2007. Sentença de 28 de novembro. *Povo Saramaka vs. Suriname*.

_____. 2006. Sentença de 29 de março. *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*.

_____. 2005. Sentença de 17 de junho. *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*.

_____. 2005. Sentença de 15 de junho. *Comunidade Moiwana vs. Suriname*.

_____. 2001. Sentença de 31 de agosto. *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*.

_____. 2001. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*.

Inter-American Court of Human Rights. Advisory Opinion OC-14/94 December 09, 1994. Series A No. 14, pp. 13.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ag.Reg. no RExt com Agr. 803.462/Mato Grosso do Sul*. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgado em 09.12.2014.

_____. *Emb. Decl. no RMS 29.087*. Rel. Min Gilmar Mendes. Julgado em 20.10.2015.

_____. *Petição 3.388*. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. Julgado em 24.09.2009

_____. *RMS 29.087*. Rel. Min Ricardo Lewandowisk. Julgado em 16.09.2014.

_____. *RMS 29.542 Distrito Federal*. Rel. Min. Cármem Lúcia. Julgado em 30.09.2014.

_____. *Súmula n. 650*. Julgada em 24.09.2003.



Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO RAMOS, André. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

_____. *Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). 2009. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc.OEA/Ser,L/V/II, Doc. 54, 30 dic.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Édition du Seuil, 2006.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. *Pueblos Indígenas y Tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos*. Anuário Mexicano de Derecho Internacional, vol. XIV, Mexico, DF, 2014, pp. 581-616

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 2008.

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013

NEVES, Marcelo (coord). *Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

PEREIRA, Levi Marques. *Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Guarani-Kaiowá Guyraroká*. Portaria n. 083/2001. FUNAI. 2002.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes?: Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

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 - Rede Universitária de Direitos Humanos -, v. 9, n. 17. dez. 2012, pp. 63-86.

SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre a situação do direito indígena à terra*. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e Diálogo Constitucional na América do Sul* in BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flavia; e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013. pp. 515-530.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*, vol. 1. São Paulo, Atlas, 2002.

SUDRE, Frédéric, *A propòs du dynamismo interprétatif de la Cour Européenne des Droit de l'homme*, 28 Semaine Juridique, I-335, 2001.

TAULI-CORPUZ, Victoria. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas*. Genebra: Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 8 de agosto de 2016.

TAULI-CORPUZ, Victoria. *Statement of Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples to the UN General Assembly*. Nova Iorque: AGNU, 17 de outubro de 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito internacional dos Direitos Humanos*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

VALENTE, Rubens. *Em situação 'crítica', Funai ameaça fechar metade das unidades*. Folha de São Paulo, São Paulo, 26 out. 2016

VILLARES, Luiz Fernando, YAMADA, Erica Magami. *Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo Dia Era Dia de Índio*. Revista Direito GV São Paulo. n. 11. Jan-Jun 2010. pp. 143-159.

