



DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION



## EXMO. SENHOR MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EDSON FACHIN - RELATOR DA AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA 1100

**CONECTAS DIREITOS HUMANOS**, associação sem fins lucrativos qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 04.706.954/0001-75, com sede na Avenida Paulista, 575, 19º andar, São Paulo - SP, no presente ato representada por sua diretora executiva e representante nos termos de seu Estatuto Social, Senhora **JUANA MAGDALENA KWEITEL**, por meio de seus procuradores (Docs. 1 a 4) vem respeitosamente, à Vossa Excelência, com lastro no art. 138 do novo Código de Processo Civil; no art. 323, §3º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; e no art. 6º, §2º, da Lei nº 9.882/99, requerer a manifestação na qualidade de

### **AMICUS CURIAE**

nos autos da ação civil originária, proposta por Faustino Feliciano e outros com a intenção de trazer ao conhecimento deste E. Supremo Tribunal Federal os impactos negativos que a possível aplicação da tese do marco temporal teria sobre os direitos humanos dos povos indígenas brasileiros.

## I. TEMPESTIVIDADE

1. Conforme a jurisprudência deste E. Supremo Tribunal Federal, é tempestivo o pedido de intervenção na qualidade de *amicus curiae* desde que a demanda ocorra “até a data em que Relator liberar o processo para pauta.”<sup>1</sup> Até a presente data, 09/01/2019, não consta dos andamentos processuais da ação originária em epígrafe a sua liberação para pauta por parte do Min. Relator. Portanto, mostra-se manifestamente tempestivo este requerimento.

## II. LEGITIMIDADE DA ENTIDADE SUBSCRITORA PARA INTERVIR COMO *AMICUS CURIAE* NA PRESENTE AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA

2. O instituto do *amicus curiae* teve sua inserção formal na legislação processual constitucional com as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, que dispõem sobre o trâmite das ações diretas de inconstitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental, respectivamente. O novo Código de Processo Civil, entendendo a necessidade de contato entre sociedade e judiciário no deslinde de questões de grande apelo popular, implantou novo sistema de participação processual do *amicus curiae* em seu Capítulo V:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a **relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia**, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (grifou-se)

3. Este Egrégio Supremo Tribunal Federal já havia construído entendimento consolidado de que a possibilidade de manifestação da sociedade civil tem o objetivo de **democratizar o controle de constitucionalidade**, oferecendo novos elementos para os julgamentos, o que confere, inegavelmente, maior qualidade nas decisões. É o que se depreende da ementa de julgamento da ADIn 2130-3/SC:

---

<sup>1</sup> ADI-AgR 4071, Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 22/04/2009, publicado em 16/10/2009, Tribunal Pleno.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, § 2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

- No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei nº 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros — desde que investidos de representatividade adequada — possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

- **A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a **possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.****

Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - **tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.**” (grifou-se)

4. Nos termos da previsão legal e da construção jurisprudencial, depreende-se que a manifestação de organizações da sociedade civil na qualidade de *amicus curiae* em ações de controle concentrado de constitucionalidade está condicionada à comprovação de dois fatores: (i) da relevância da matéria discutida, no sentido de seu impacto sociopolítico; e (ii) da representatividade do postulante e sua legitimidade material.

5. No presente caso, verifica-se a presença de ambos os requisitos para admissão deste *amicus curiae*. A **relevância da matéria discutida** se evidencia pelo impacto da demanda sobre a garantia de preceitos da mais alta relevância na ordem constitucional vigente, tal como a dignidade da pessoa humana e os direitos de comunidades tradicionais aos territórios que tradicionalmente ocupam.

6. A **representatividade da postulante e a sua legitimidade material**, por sua vez, ficam afirmadas por sua missão institucional e pelos reconhecidos trabalhos na

área de proteção e garantia de direitos fundamentais discutidos no caso em questão. Com efeito, a postulante tem por missão a efetivação dos direitos humanos e o combate a desigualdades com a finalidade de construir uma sociedade justa, livre e democrática. No exercício dos seus fins institucionais, a entidade desenvolve diversas ações ligadas à proteção dos direitos humanos e, em particular, aos direitos de comunidades indígenas e tradicionais.

7. Acrescente-se que a postulante tem importante contribuição a oferecer à jurisdição constitucional, em especial no que tange à compatibilidade da chamada tese do marco temporal com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos. Isso porque a entidade possui status consultivo junto ao Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e participa ativamente de conselhos da sociedade civil que monitoram a aplicação de políticas públicas de direitos humanos. Portanto, restam devidamente demonstrados os requisitos necessários para a admissão da postulante na qualidade de *amicus curiae*.

## II. MÉRITO

8. **Conforme as razões apresentadas abaixo**, a requerente sustenta a inconstitucionalidade da aplicação da tese do marco temporal pelas razões a seguir articuladas:

- A tese do marco temporal, que restringe o direito constitucional dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam e descaracteriza o direito originário reconhecido pela Constituição da República (art. 231), é também incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil em matéria de direitos humanos.
- De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)<sup>2</sup> protege o direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, que está relacionado à própria existência dos povos indígenas como tais, ou seja, ao direito à vida (tradicional), à integridade física e psíquica e à identidade cultural.
- Segundo os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), a determinação de quais terras são tradicionalmente ocupadas deve ser feita caso a caso por meio da verificação da existência de especial relação da comunidade indígena com a terra reivindicada, e não pela fixação de um marco temporal arbitrário.
- Este entendimento é corroborado por uma análise de direito comparado, assim como pelos principais tratados de direitos humanos do sistema da Organização das Nações Unidas.

---

<sup>2</sup> A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do decreto n. 678/1992.

- Há presunção de compatibilidade entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional brasileiro, de modo que os tribunais domésticos devem aplicar os tratados internacionais ratificados pelo Brasil tal como interpretados pelas cortes internacionais cuja jurisdição é reconhecida pelo Brasil.

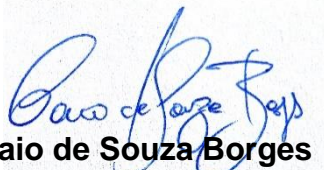
### III. PEDIDOS

9. Pelo exposto, a entidade subscritora vem à presença de Vossa Excelência requerer a sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, para, desse modo, exercer todas as faculdades inerentes a tal função, inclusive:

- a. A apresentação de manifestação escrita com subsídios que fundamentam a não aplicação da tese do marco temporal, **conforme documento anexo abaixo**; e
- b. A realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da presente ação, precedida de intimação para a realização do ato.

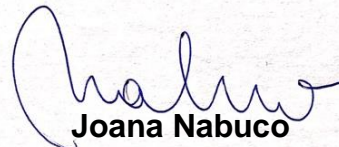
10. Subsidiariamente, requer seja esta manifestação admitida como memoriais, enviando cópia para todos os ministros e ministras deste E. Supremo Tribunal Federal.

De São Paulo para Brasília, 09 de janeiro de 2019



**Caio de Souza Borges**  
OAB/SP 308.668

Conectas Direitos Humanos




**Joana Nabuco**  
OAB/RJ 201.283

Conectas Direitos Humanos



**Julia Cortez da Cunha Cruz**  
OAB/SP 398.813

Conectas Direitos Humanos



**Jefferson Nascimento**  
OAB/SP 383.307

Conectas Direitos Humanos



## RAZÕES DA PRESENTE INTERVENÇÃO COMO *AMICUS CURIAE*

“Limitar [...] a realização efetiva do direito de membros das comunidades indígenas a terras tradicionais não apenas viola as obrigações do Estado decorrentes das disposições da Convenção [Americana sobre Direitos Humanos] relativa ao direito à propriedade, mas também resulta em responsabilização do Estado, [...] constitui tratamento discriminatório, e produz exclusão social.”<sup>3</sup>

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

## ORGANIZAÇÕES QUE ELABORARAM ESTAS RAZÕES

**Conectas Direitos Humanos**

**Fundação para o Devido Processo /  
*Due Process of Law Foundation*  
(DPLF)**

**Coletivo para o Acesso à Justiça  
Internacional (CAJIN)**

**Clínica de Direitos Humanos do  
Human Rights Research and  
Education Centre da Universidade de  
Ottawa**

**Clínica de Direitos Humanos da  
Universidade Federal de Minas  
Gerais**

---

<sup>3</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales : normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Par 140. Tradução livre.

## 1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem, na presente ação e a partir do caso concreto, a oportunidade de reafirmar a posição de vanguarda brasileira no que tange à demarcação de terras indígenas, esclarecer e aplicar os ditames constitucionais e, assim, consolidar e fazer avançar interpretação conforme às obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Brasil. Trata-se de processo de manutenção da justa restituição pelo Estado brasileiro de terras tradicionalmente ocupadas pelo Povo Xokleng, tal como estabelecida pelo processo de demarcação da Terra Indígena Ibirima La-Klânõ.

Nos termos do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, são nulos os títulos incidentes sobre terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, que detêm um direito congênito e imprescritível sobre tais. Apesar das tentativas de cunho político, e de significativa pressão por parte de uma classe econômica minoritária, para restringir o reconhecimento de direitos Constitucionais dos povos indígenas no tocante à demarcação de suas terras, até o momento não houve reforma ou emenda Constitucional do referido artigo 231. Como resultado de uma luta de quase duas décadas, mantêm-se hoje no Brasil o entendimento do constituinte originário pelo reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. O desejo do constituinte, especialmente no sentido de não reproduzir violências e violações de direitos, de fato demonstra estar em consonância com amplo clamor social nacional em prol de medidas de reconciliação do Estado com os povos indígenas.

De fato, o entendimento pela nulidade de títulos de terceiros sobre terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, já foi estabelecido pelo STF nos casos das terras indígenas Krenak/MG (1993),<sup>4</sup> em diversos casos que se seguiram<sup>5</sup> e, mais recentemente, no caso da terra indígena Caramuru Paraguaçu/BA (2012).<sup>6</sup> O firme posicionamento da Corte contribuiu nesses casos para a prevenção de situações graves de conflitos que se imporiam num cenário de excessiva delonga por uma resposta estatal.

Nesse mesmo sentido, a Convenção 169 da OIT ratificada pelo Brasil em 2004, e as Declarações da ONU (2007) e da OEA (2016) sobre os Direitos dos Povos indígenas, bem como a jurisprudência internacional vêm orientando decisões de Cortes Constitucionais em vários países da América Latina em prol do reconhecimento de

---

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n. 323-7/MG, Relator: Min. Francisco Rezek, DJ 10.06.1994.

<sup>5</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Originária Cível n. 323-7/MG, Relator: Min. Francisco Rezek, DJU 08.04.1994.

Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 20.723-0/DF, Relator: Min. Djaci Falcão, DJU 18/03.88.

Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 20.575-0/DF, Relator: Min. Aldir Passarinho, 22, DJ. 21.11.86.

Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 20.515-6/DF, Relator: Min. Djaci Falcão, DJU 22.08.86.

Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 21575, Relator p/ acórdão: Min. Ilmar Galvão, DJ 17.06.94.

<sup>6</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n.312/BA, Relator Min. Luiz Fux (e Min. Eros Grau), DJ 25.04.2016

direitos territoriais indígenas na sua plenitude, reforçando posicionamento já manifestado em ampla jurisprudência do próprio STF.

Cientes de que em junho de 2017 o STF reafirmou seu compromisso juntamente com juízes e presidentes de outros tribunais constitucionais no sentido de "[e]xpressar a relevância da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no desenvolvimento dos direitos fundamentais"<sup>7</sup> e do fato de que, nas últimas décadas, muitos países das Américas se inspiraram no modelo brasileiro de reconhecimento e demarcação de terras indígenas, inclusive para implementar decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como é o caso da Nicarágua, de Belize e do Paraguai, destacamos a importância de considerar o Direito Internacional dos Direitos Humanos no presente julgamento.

De fato, ao analisar direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal já faz uso do Direito Internacional e, em particular, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por exemplo, na Prisão Preventiva para Extradicação 726, o Ministro Celso de Mello baseou seu entendimento na jurisprudência da Corte Interamericana, assim como na Convenção de Viena sobre Relações Consulares e nos precedentes da Corte Internacional de Justiça.<sup>8</sup> Isto é, ao analisar o direito à notificação consular, o Ministro interpretou o direito constitucional em conformidade com as obrigações derivadas do sistema internacional de proteção.

---

<sup>7</sup> XXIII Encontro de Presidentes e Juízes de Tribunais Constitucionais da América Latina. Declaração de Brasília. 3 de junho de 2017.

<sup>8</sup> “O estrangeiro preso no Brasil tem direito de ser cientificado, pelas autoridades brasileiras (policiais ou judiciárias), de que lhe assiste a faculdade de comunicar-se com o respectivo agente consular, bem assim dispõe da prerrogativa de ver notificado o seu próprio Consulado, “without delay”, de que se acha submetido a prisão em nosso País. Vale destacar, neste ponto, tal como assinalado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua resposta dada em sede de consulta (Opinião Consultiva n° 16/1999), que a cláusula “without delay” (“sem demora”) inscrita no Artigo 36.1, (b), da Convenção de Viena sobre Relações Consulares deve ser interpretada no sentido de que a notificação consular há de ser efetivada no exato momento em que se realizar a prisão do súdito estrangeiro “e, em qualquer caso, antes que o mesmo preste a sua primeira declaração perante a autoridade competente” (grifei). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, então sob a Presidência do Professor CANÇADO TRINDADE, hoje Juiz da Corte Internacional de Justiça, em Haia, assim respondeu à solicitação de opinião consultiva formulada pelo México: [...] “Que a não observância do direito à informação do estrangeiro detido, reconhecido no artigo 36.1.b da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser ‘arbitrariamente’ privado da vida, nos termos das disposições relevantes dos tratados dos direitos humanos (‘v.g.’ Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, art. 4°; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 6°), com as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, ou seja, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação.” Cabe acentuar, ainda, que a questão fundada no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (cuja aplicação tem sido muitas vezes desrespeitada por autoridades nacionais de diversos outros países) vem merecendo o atento exame da Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia (Casos “Ángel Breard”, “LeGrand” e “Avena”, v.g.), com o conseqüente reconhecimento – por parte desse organismo, que é a principal instituição judiciária do sistema das Nações Unidas [...] de que a notificação consular em referência, considerada a sua específica destinação, constitui garantia essencial e indisponível que assiste a qualquer pessoa estrangeira submetida a prisão em território sujeito à soberania de qualquer outro Estado nacional. A essencialidade dessa notificação consular, em suma, resulta do fato de permitir, desde que formalmente efetivada, que se assegure a qualquer pessoa estrangeira que se encontre presa a possibilidade de receber auxílio consular de seu próprio país, viabilizando-se-lhe, desse modo, o pleno exercício de todas as prerrogativas e direitos que se compreendem na cláusula constitucional do devido processo. [...] Sendo assim, e em face das razões expostas, indefiro o pedido de concessão de liberdade ao súdito estrangeiro em referência.” Supremo Tribunal Federal, Prisão Preventiva para Extradicação n. 756/DF, Relator: Min. Celso de Mello.



Nesse sentido, à luz da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil no campo dos direitos humanos, manifestamos nossa preocupação com a incompatibilidade da possível aplicação da tese do marco temporal para julgamento de casos sobre demarcação de terras indígenas e quilombolas.

**Diante do possível impacto desta decisão para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas e no campo de direitos humanos, é fundamental que o Supremo Tribunal Federal amplie as vozes na discussão do tema. Por meio desta manifestação, espera-se contribuir para o debate dos ministros e ministras confiantes no poder deste STF para delimitar ao campo do Direito a discussão sobre tais direitos fundamentais.**

## **2. A JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos protege o direito à propriedade por meio de seu artigo 21. A Corte Interamericana já esclareceu que este dispositivo protege não apenas o direito individual à propriedade privada, mas também o direito à propriedade coletiva ou comunal, de titularidade de povos indígenas e tradicionais.<sup>9</sup> Vale ressaltar que a Corte Interamericana é intérprete autêntica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, documento vinculante, e que o Brasil reconheceu sua jurisdição obrigatória por meio do decreto n. 4.463/2002. Além disso, a interpretação a respeito da dimensão coletiva do direito à propriedade feita pela Corte Interamericana é baseada nas disposições da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, também ratificada pelo Brasil (Decreto 5.051/2004). De acordo com a Convenção 169 da OIT,

"os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação."<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas T'ingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. Par. 148. Tradução livre.

Trata-se da primeira decisão da Corte Interamericana sobre o reconhecimento do direito territorial indígena, a partir de uma interpretação do direito de propriedade (art 21 CADH) que para os povos indígenas agrega outras características e se inter-relaciona com outros direitos fundamentais. Como a Nicarágua não tinha leis nem um procedimento de demarcação e titulação de terras indígenas, a Corte Interamericana estabeleceu um prazo para que o Estado adotasse tais leis e medidas a fim de garantir os direitos humanos da comunidade de Awas T'ingni. Com a demora do governo em implementar tal decisão, a Suprema Corte da Nicarágua foi acionada e entendeu que a não implementação da decisão interamericana violava a constituição e outras leis nicaraguenses. Como resultado, em 2003 o Estado da Nicarágua adotou uma lei estabelecendo procedimentos para a demarcação de terras indígenas.

<sup>10</sup> Decreto 5051/04 que promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, art.13.

Tal proteção está em plena consonância com o direito constitucional brasileiro, o qual reconhece o caráter originário do direito à terra para os povos indígenas, protegendo, de maneira imprescritível, o direito destes às terras que tradicionalmente ocupam.<sup>11</sup>

A questão colocada pela tese do marco temporal é se haveria um limite temporal na definição deste direito, ou se, ao contrário, o direito persiste dada sua imprescritibilidade e considerando seu caráter originário. Ao reconhecer que se tratam de direitos originários dos povos indígenas e, ao estabelecer que a terra indígena tradicional é aquela definida pela relação dos povos indígenas com suas terras, estando o direito protegido de maneira imprescritível, o constituinte estabelece o dever do Estado em demarcar, titular e proteger as Terras Indígenas e garantir aos povos indígenas o direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo das terras de ocupação tradicional. Nesse sentido, o constituinte nada mais faz que declarar, pela via constitucional de 1988, um direito prévio, anterior e originário.<sup>12</sup> A hipótese da tese do marco temporal, contudo, é de que apenas seriam consideradas como terras indígenas aquelas habitadas por indígenas quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, ressalvadas as situações de renitente esbulho.<sup>13</sup> A hipótese propõe, portanto, a adoção de um critério temporal unificado para a situação das comunidades indígenas brasileiras que contradiz a natureza originária do direito à terra indígena, ou seja, pré-existente, indisponível e imprescritível tal como expressamente previsto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988.

Além de contradizer a literalidade e a finalidade do referido artigo 231, a aplicação desse critério não é compatível com a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.<sup>14</sup> Isso porque **a Corte Interamericana rejeita a adoção de um marco temporal objetivo genérico para a definição do direito à terra. Ao invés**

---

<sup>11</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 231.

<sup>12</sup> Segundo José Afonso da Silva: “os direitos dos índios às terras por eles tradicionalmente ocupadas preexistem ao próprio reconhecimento constitucional, porque entranhadamente à sua existência comunitária. Neste sentido, pode-se dizer que são direitos naturais, porque coexistentes com o próprio ser das comunidades indígenas e que o sistema constitucional, desde a Constituição de 1934, acolheu como forma de direito constitucional fundamental.” SILVA, José Afonso da. Parecer sobre o Marco Temporal da Ocupação (2016), p. 5. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf)>.

<sup>13</sup> Vale ressaltar que a interpretação excessivamente restritiva da exceção de esbulho, conforme entendimento do Ministro Teori Zavascki: “Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.”

Supremo Tribunal Federal. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462/MS. Relator Min. Teori Zavascki.

<sup>14</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. Revista Aracê v. 4, n. 5 (2017). Disponível em <<https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144>>

**disso, adota como critério a existência de especial relação da comunidade indígena com determinado território.**<sup>15</sup> Nas palavras da Corte Interamericana:

“A questão que se coloca é se o direito a recuperar terras tradicionais dura indefinidamente no tempo. Para elucidar esta questão, **o Tribunal leva em conta a base espiritual e material de identidade povos indígenas, a qual é baseada principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais. Enquanto existir esta relação, o direito de as reclamar permanecerá em vigor, caso contrário, será extinto.** Essa relação pode ser expressa de diferentes maneiras, [...] e pode incluir o uso tradicional ou presença, seja através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta sazonal ou nômade; uso de recursos naturais associados com seus costumes; e qualquer outro elemento que caracteriza a sua cultura.”<sup>16</sup> [grifo nosso]

Ainda, nos casos em que a posse tenha sido perdida por motivos alheios à vontade dos povos e comunidades (e especialmente nos casos de violência e expulsão), os indígenas não perdem o direito a suas terras.<sup>17</sup> Neste sentido, de acordo com a jurisprudência internacional, a posse não é pré-requisito que condiciona a existência do direito à recuperação do território.<sup>18</sup> Segundo a Comissão Interamericana:

"Não é aceitável que as reivindicações de terras indígenas sejam automaticamente negadas pelo fato de as terras reivindicadas estarem nas mãos de proprietários privados; em cada caso deve haver uma ponderação para determinar a limitação de um ou outro dos direitos de propriedade em conflito, à luz dos padrões de legalidade, necessidade, proporcionalidade e objetivo legítimo em uma sociedade democrática, tendo em conta as obrigações especiais relativas aos povos indígenas. [...] A este respeito deve notar-se que **a transferência de terra entre diferentes proprietários, ainda que durante um longo período de**

---

<sup>15</sup> TEODORO, Giovana F. GARCIA, Ana Paula N. L. A Step Further on Traditional Peoples Human Rights: Unveiling the Key-Factor for the Protection of Communal Property. *Goettingen Journal of International Law* 5 (2013) 1, 155-185.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Par. 131. Tradução livre. Neste caso, a Corte Interamericana decidiu em favor dos povos indígenas com base no direito de propriedade coletivo dos povos indígenas e fazendo referência ao direito territorial indígena estabelecido na Convenção 169 da OIT (art.13 e 14). Apesar da Constituição do Paraguai reconhecer a pre-existência dos povos indígenas à própria formação do Estado, e a relação entre a garantia da terra e a sobrevivência física e da cultura dos povos indígenas, a Corte Interamericana entendeu que esse reconhecimento meramente abstrato ou legal perdia sentido se não houvesse a delimitação física e a posse plena das terras pelos indígenas.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

<sup>18</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 Derechos Humanos. *Revista Aracê* v. 4, n. 5 (2017). Disponível em <<https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144>>.

**tempo e mesmo se devidamente registrada, não é razão suficiente para justificar a falta de concretização do direito à propriedade e restituição territorial dos povos indígenas e tribais, e não exime o Estado de sua responsabilidade internacional por esta falta de concretização.**"<sup>19</sup> [grifos nossos]

Sendo assim, a Corte Interamericana consolidou o entendimento de que a posse ou ocupação das terras em determinado momento histórico não são requisitos suficientes para determinar se uma área é terra indígena. É a existência da relação especial, de identidade cultural, de um determinado povo indígena com as suas terras que caracteriza o território como indígena. Enquanto se mantiver esta ligação, o direito sobre a terra permanece vigente, e este não é perdido quando a relação é obstada por motivos alheios à vontade da comunidade.<sup>20</sup> Pelo contrário, para a Corte Interamericana, as comunidades que foram destituídas de suas terras têm direito a voltar a seus territórios, devendo a demarcação ou titulação servir como medida reparatória do Estado aos processos de esbulho e de tentativas de aniquilamento da identidade cultural. Portanto, a adoção de um marco temporal único, que ignore a relação de cada comunidade indígena com o território reivindicado, assim como as circunstâncias de sua expulsão, não é compatível com o entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>21</sup>

Veja-se, por exemplo, o caso *Moiwana v. Suriname*, no qual a Corte analisou a situação de uma comunidade que havia sido violentamente afastada de seus territórios tradicionais:

“Os laços estreitos dos povos indígenas com a terra devem ser reconhecidos e compreendidos como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. [...] Os membros da comunidade podem ser considerados os legítimos donos de suas terras tradicionais, e por isso tem o direito de usá-las e apreciá-las. No entanto, [...] **este direito foi negado até**

---

<sup>19</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales : normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. Par 140. Tradução livre.

<sup>20</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. *Revista Aracê* v. 4, n. 5 (2017). Disponível em <<https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144>>

<sup>21</sup> A respeito da arbitrariedade da adoção de um marco temporal que não considere as especificidades do caso, veja-se: “La Comisión consideró que la decisión de que el título de propiedad de los Western Shoshone había caducado “no se basó en una evaluación judicial de las pruebas pertinentes, sino que se basó en estipulaciones aparentemente arbitrarias”. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso 11,140. *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*. 27 de setembro de 1999. Par. 137.

A Relatora Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas fez a mesma afirmação em seu relatório de visita ao Brasil em 2016. Conselho de Direitos Humanos, Relatório da missão ao Brasil da Relatora sobre os Direitos dos Povos Indígenas. A/HRC/33/42/Add.1. Par. 69. Disponível em <<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>>

**hoje como resultado dos acontecimentos de Novembro de 1986 e da conduta posterior do Estado [...]. Por estas razões, a Corte conclui que o Suriname violou o direito dos membros da comunidade de usar e desfrutar de sua propriedade tradicional comunal.”<sup>22</sup> [grifos nossos]**

Por sua vez, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reforçou o entendimento da Corte Interamericana de que o direito territorial dos povos indígenas está relacionado ao direito à integridade cultural.<sup>23</sup> Para a Comissão, o direito à integridade cultural dos povos indígenas inclui a posse e a forma de organização produtiva indígena das terras comunitárias, e a preservação das identidades culturais indígenas.<sup>24</sup> A Comissão Interamericana manifestou-se pelo entendimento de que a não demarcação de terras indígenas, ou a ausência de leis, regulamentos ou procedimentos domésticos para o reconhecimento e a proteção de terras indígenas viola a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem à medida que revela o tratamento discriminatório do sistema legal ao não conferir proteção judicial também para os povos indígenas na defesa de seus direitos fundamentais.<sup>25</sup>

A Corte Interamericana ressalta ainda que a relação dos povos indígenas com suas terras é parte integral de sua subsistência e sua identidade, de modo que impacta também outros direitos protegidos pela Convenção Americana, tais como o direito à vida, à honra e dignidade, à liberdade de consciência e religião, à liberdade de associação, à família, e à liberdade de movimento.<sup>26</sup>

### **3. AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Em 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e, em 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória vinculante da Corte Interamericana para analisar casos em que haja potencial violação da Convenção pelo Estado Brasileiro. Assim, **a Convenção Americana cria obrigações que formam parte do ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, tribunais brasileiros devem aplicar este tratado**, conforme determinado pela Constituição e pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se do chamado *controle de convencionalidade*.

---

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124. Par. 131-135.

<sup>23</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Reports on the Situation of Human Rights in different countries: Ecuador -OEA/Ser.L./V./II.96, doc.10 rev.1 (1997); Brazil - OEA/Ser.L./V./II. 97, doc.29 rev.1 (1997); Mexico - OEA/Ser.L./V./II.106, doc.59 (2000).

<sup>24</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin and Resolution on the Friendly Settlement Procedure, OEA/Ser.L./V/II.62, doc.26 at 76 (1983).

<sup>25</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n. 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belize. 12 de outubro de 2004.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tíngni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79. Par. 140-141.

Ao realizar essa análise, não basta que os tribunais utilizem o texto do tratado internacional, **devendo considerar também a interpretação da Corte Interamericana** sobre o direito em questão. Caso contrário, abrir-se-ia a possibilidade de haver interpretações conflitantes sobre a Convenção Americana - uma oriunda da Corte Interamericana, outra de tribunais brasileiros, e ainda outras de tribunais de outros Estados americanos. Estaríamos diante de uma falsa internacionalização, visto que cada país poderia aplicar sua própria *interpretación nacional de tratados internacionales*, em desacordo com a interpretação internacionalista proferida pelas cortes internacionais competentes para a tarefa.<sup>27</sup> As obrigações internacionais assumidas pelos Estados seriam, assim, inócuas. Para evitar esta contradição, **é necessário que ocorra diálogo entre as cortes, ou seja, que tribunais brasileiros busquem compatibilizar o ordenamento interno com a Convenção Americana.** Mais ainda, os tribunais devem **utilizar a interpretação internacionalista, aplicando a Convenção Americana em conformidade com os parâmetros interpretativos estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**, órgão competente para analisar e interpretar este documento. De fato, na Extradução 1362-DF, o Ministro Edson Fachin observou:

**“Não pode haver espaço para interpretações que conduzam à incompatibilidade entre as normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos. Há, no caso, presunção absoluta de compatibilidade entre as normas. E, citando precedente da Corte Suprema de Justiça argentina no julgamento sobre as Leis "Punto Final" e "Obediência Devida", acentuo que "de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional'.”**  
<sup>28</sup> [grifos nossos]

No mesmo sentido, disse a Corte Interamericana:

**“Em várias sentenças, este tribunal demonstrou estar ciente de que as autoridades nacionais estão sujeitas ao Estado de Direito e, portanto, são obrigadas a aplicar o disposto na lei. Mas, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo juízes e outros órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis, também estão sujeitos ao tratado, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não**

---

<sup>27</sup> CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. 5a ed. Saraiva. 2016.

<sup>28</sup> Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.362/DF. Rel. Min. Edson Fachin.

sejam prejudicados pela aplicação de regras contrárias ao seu objeto e finalidade, para que as decisões judiciais ou administrativas não tornem ilusório o cumprimento total ou parcial das obrigações internacionais. Quer dizer, todas as autoridades estatais são obrigadas a exercer [...] controle de convencionalidade [...] no âmbito das respectivas competências e regulamentos processuais correspondentes. **Nesta tarefa, devem levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, intérprete último da Convenção Americana.**<sup>29</sup> [grifos nossos]

Dessa forma, atos que potencialmente impactem direitos humanos devem passar por um duplo crivo judicial. Por um lado, os tribunais devem analisar se tais atos são compatíveis com os direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Brasileira (controle de constitucionalidade). Adicionalmente, devem analisar também se são compatíveis com a Convenção Americana, tal qual interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (controle de convencionalidade). Caso o ato sob análise não sobreviva a um destes dois crivos, deve ser considerado como violatório dos direitos humanos, tendo o Estado brasileiro a obrigação de fazer cessar a violação e reparar os danos causados. Esta abordagem, conhecida como *duplo controle*,<sup>30</sup> reconhece que as proteções nacional e internacional dos direitos humanos são complementares e convergentes.

No caso específico do direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, isto significa que o Estado tem a obrigação de garantir que estes povos tenham esse direito reconhecido e protegido, ainda que tenham sido afastadas de seus territórios tradicionais no passado. Na verdade, a demarcação das terras indígenas é exatamente o instrumento estatal para reverter violações de direitos territoriais anteriormente praticadas, bem como outras violações de direitos que transcendem o direito à terra em si e incluem o direito à vida digna e à integridade física, psíquica e cultural desses povos. Ademais, a demarcação cumpre a função social de prevenir conflitos agrários nos quais os povos indígenas constituem o polo mais vulnerável.

Esta obrigação deve ser observada por todos os Poderes da República e entes da federação, inclusive o Poder Judiciário. Conforme posição da Comissão Interamericana:

“o direito de propriedade consagrado na Convenção Americana não pode ser interpretado isoladamente, mas deve ser feito levando em conta o conjunto do sistema jurídico no qual opera, considerando tanto

---

<sup>29</sup> Corte interamericana de Derechos Humanos. *Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Par. 66.

<sup>30</sup> CARVALHO RAMOS, André de. Curso de Direitos Humanos. 4a ed. 2017. Saraiva.

o direito nacional como o internacional, em virtude do artigo 29 da Convenção. Ainda que a legislação vigente [...] apresente um marco jurídico favorável para os povos indígenas, este não é suficiente para a devida proteção de seus direitos se não estiver acompanhado de políticas e ações estatais que zelem pela aplicação e pelo cumprimento efetivo das normas às quais o próprio Estado soberanamente se obrigou”.<sup>31</sup>

Neste sentido, o Judiciário tem a obrigação de salvaguardar o direito de povos indígenas a seus territórios tradicionais, em conformidade com o direito nacional e internacional, e não restringi-lo por meio da aplicação de interpretações temporais objetivas, que ignoram o histórico e as características de cada comunidade.

#### 4. DIREITO COMPARADO

Na América Latina, pelo menos 8% da população é indígena, o que corresponde a mais de 45 milhões de pessoas<sup>32</sup> pertencentes a pelo menos 826 povos indígenas distintos. O Brasil é o país que concentra a maior diversidade linguística e étnica com mais de 305 povos indígenas<sup>33</sup>, inclusive diversos povos ou grupos de povos que vivem em isolamento voluntário ou encontram-se em situação de contato inicial. Em todo o mundo, as terras indígenas guardam os menores índices de desmatamento e degradação ambiental contribuindo significativamente para a mitigação das mudanças climáticas.<sup>34</sup> É nas terras indígenas que esses povos podem existir de maneira plena e digna.

Assim como o Brasil, outros países das Américas também assumiram obrigações internacionais perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, devendo, portanto, realizar o mencionado *controle de convencionalidade*. Neste sentido, interessante observar a forma como os Estados da região têm realizado o *diálogo entre as cortes*, de modo a ressaltar a convergência de seus ordenamentos com o direito internacional dos direitos humanos e evitar a responsabilização por ilícito internacional. Vale ressaltar que outras cortes constitucionais nas Américas vêm decidindo sobre casos de direitos indígenas citando tanto a jurisprudência do Sistema Interamericano como a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas em sua jurisprudência. Por exemplo, Argentina, Chile e Belize têm se amparado na

---

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142. Par. 120.

<sup>32</sup> CEPAL, Sistema de Indicadores Sociodemográficos de Poblaciones y Pueblos Indígenas, 2010. Disponível em: <<https://celade.cepal.org/redatam/PRYESP/SISPPI/>>.

<sup>33</sup> Censo IBGE 2010.

<sup>34</sup> Em 2017, apenas 3% do desmatamento no Brasil ocorreu dentro de terras indígenas (10% ocorreu em unidades de conservação, 18% em assentamentos de reforma agrária e 69 % em áreas privadas. Fonseca, A. et al. Boletim do desmatamento da Amazônia Legal SAD. 2017. Belém: Imazon. Disponível em: <<http://imazon.org.br/publicacoes/boletim-do-desmatamento-da-amazonia-legal-setembro-2017-sad/>>.



jurisprudência do Sistema Interamericano para solucionar conflitos relativos a terras indígenas e reafirmar o papel de protagonismo do poder judiciário no processo de reconciliação entre os povos indígenas e a sociedade não-indígena após um longo período cuja marca fora a violência e a constante ameaça à sobrevivência física e cultural desses povos no continente.

Apesar dos processos de colonização e esbulho promovidos pelos Estados, os povos indígenas seguiram resistindo e vivendo, dentro de suas possibilidades, de acordo com seus usos, costumes e tradições em suas terras tradicionais nesses países, sendo necessário, hoje enfrentar as consequências desses processos históricos. O desafio posto para os distintos Estados nacionais é exatamente o de não mais se ignorar a existência dos povos indígenas e suas reivindicações de caráter legítimo.

A Suprema Corte de Belize e, posteriormente, a Corte de Justiça Caribenha - instância regional e de apelação dos países caribenhos - incorporaram a decisão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no caso Comunidade Indígenas Mayas do Distrito de Toledo v. Belize.<sup>35</sup> Tais Cortes ainda se referiram à Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas em prol do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas em suas decisões finais, reafirmando a necessidade do reconhecimento e da titulação das terras de ocupação tradicional indígena, inclusive com respeito ao sistema consuetudinário de posse e de organização social indígena.

No Chile, em 2010, a Corte de Apelação daquele país também versou sobre o caráter da ocupação tradicional indígena, ressaltando que as obrigações internacionais ampliam a proteção concedida pela lei doméstica:

“O conceito de terras indígenas é hoje, **nos termos do artigo 13.2 da Convenção 169** [da Organização Internacional do Trabalho], mais amplo do que o disposto nos artigos 12 e 13 da Lei 19.252, e compreende também a totalidade das áreas que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma ou outra forma.”<sup>36</sup> [grifo nossos]

Por sua vez, na Argentina, o Poder Judiciário daquele Estado determinou que:

“Toda ocupação tradicional de uma comunidade indígena deve ser julgada como posse comunitária, ainda que os membros da Comunidade não tenham exercido os atos possessórios típicos da lei inferior (artigo 2.384 do Código Civil). É a própria Constituição que nos diz que essas comunidades têm legalmente possuído e possuem

---

<sup>35</sup> Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n. 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo v. Belize. 12 de outubro de 2004.

<sup>36</sup> Caso da Comunidade Mapuche Huilliche Pepiukelen, de Pargua, Chile. Corte de Apelaciones de Puerto Montt Chile. Causa Rol 36-2010. 27 de julho de 2010.

juridicamente pela simples razão de preexistir ao Estado e preservar a ocupação tradicional”<sup>37</sup>

Para chegar a esta conclusão na interpretação da Constituição, a corte argentina considerou as obrigações internacionais assumidas pelo Estado, em particular, aquelas decorrentes da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Posteriormente, em caso relevante para a defesa da **não aplicação de uma tese de limitação temporal para a demarcação de terras indígenas e quilombolas**, a Suprema Corte Argentina decidiu em favor da comunidade Mapuche Las Huaytekas. Nesse caso, a Corte avançou no entendimento dos direitos territoriais indígenas e **fez referência ao consolidado entendimento internacional sobre terras tradicionais. A Suprema Corte Argentina afastou a sentença de apelação que determinava o despejo da comunidade indígena fundado no argumento de que apenas em 2010 a comunidade indígena haveria consolidado seu processo de ocupação ou retomada de seu território**. Ocorre que **os indígenas nunca haviam perdido a relação espiritual e de uso com a terra ainda que não estivessem com a situação fundiária regularizada**. Por isso, a Corte rejeitou o entendimento de que a garantia dos direitos territoriais indígenas seria restrita aos casos de comprovada posse indígena até 2006, ano de promulgação da Lei 26.160, que determina o reconhecimento de direitos territoriais indígenas face a décadas de invisibilização e negação dos povos indígenas no país.

Os exemplos de interpretações judiciais preocupadas em garantir plenamente os direitos territoriais indígenas não se limitam à América Latina. O Canadá, por exemplo - que inclusive adota um marco especial de proteção aos povos indígenas na seção 35 da Constituição de 1982<sup>38</sup> - tem se destacado neste sentido. No caso *Delgamuukw v. British Columbia*<sup>39</sup>, a Corte Suprema de Justiça decidiu que a relação entre uma comunidade indígena e sua terra tem um valor inerente e único por si mesmo.<sup>40</sup>

No caso *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*<sup>41</sup>, de 2014, a Corte Suprema estabeleceu a amplitude temporal das terras tradicionais e quais são os direitos a elas associados. Em primeiro lugar, o Tribunal afirma que o direito dos povos indígenas de reclamar os títulos de propriedade coletiva deve abranger aqueles territórios por eles ocupados em momentos anteriores à colonização. Ao estabelecer que os direitos

---

<sup>37</sup> IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 5. Secretaría única. Sede, Alfredo e outros c/ Vila Herminia e outro s/ Desalojo. Expediente 14012-238-99. 12 de agosto de 2004.

<sup>38</sup> Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, *Aboriginal Consultation and Accommodation - Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult* (Ottawa: Minister of the Department of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, 2011).

<sup>39</sup> *Delgamuukw v British Columbia*, [1997] 3 SCR 1010

<sup>40</sup> *Ibid*, para. 130. Texto original em inglês: “The relationship between an aboriginal community and the lands over which it has aboriginal title has an important non-economic component. The land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it”.

<sup>41</sup> *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 SCR 257 SCC 44.

à terra são originários e pré-existentes à colonização, já que os povos indígenas ocupavam e utilizavam o território antes da chegada dos europeus, a Corte busca estabelecer um limite ao direito de propriedade sobre a totalidade do território nacional<sup>42</sup>. Neste sentido, o Tribunal afirma que essas comunidades aborígenes, cujo território deve ser demarcado (e titulado), têm direito a todos os benefícios associados à terra. Isso inclui o direito à sua administração, dentre outros<sup>43</sup>. Por fim, a Corte reitera que os títulos de propriedade são coletivos e não servem somente ao presente, devendo beneficiar as gerações futuras daqueles povos.<sup>44</sup>

Outro contexto importante é o da Austrália, país de relações históricas profundas com suas populações indígenas. No caso australiano, desde a adoção do *Aboriginal Land Rights (Northern Territory) Act* de 1976, no território do Norte, os direitos comunitários ou coletivos para o controle da terra foram reconhecidos aos povos aborígenes<sup>45</sup>. O caso *Mabo v. Queensland (No. 2)*<sup>46</sup>, de 1992, foi o primeiro a reconhecer títulos de propriedade aos povos nativos na Austrália. Ao entender que a doutrina da *terra nullius*, que importava o direito britânico para a colônia, não se aplicava aos territórios habitados por indígenas, a Alta Corte Australiana reconheceu o direito desses povos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

## **5. AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE COMPROMISSOS ASSUMIDOS PERANTE A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**

Ao lado das obrigações assumidas perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Brasil também tem compromissos advindos de tratados e outros instrumentos normativos internacionais celebrados no âmbito da Organização das Nações Unidas. Estas normas incluem a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

---

<sup>42</sup> Ibid, para. 69. Texto original em inglês: “At the time of assertion of European sovereignty, the Crown acquired radical or underlying title to all the land in the province. This Crown title, however, was burdened by the pre-existing legal rights of Aboriginal people who occupied and used the land prior to European arrival. The doctrine of *terra nullius* (that no one owned the land prior to European assertion of sovereignty) never applied in Canada, as confirmed by the Royal Proclamation of 1763”.

<sup>43</sup> Ibid, para. 73.

<sup>44</sup> Ibid, para. 74.

<sup>45</sup> Ver: Howard David Smith, “Informed consent in Australia’s Northern Territory” (2012) Northern Land Council, presented at the IAIA 12 Conference Proceedings, online: IAIA <<https://www.iaia.org/conferences/iaia12/uploadpapers/Final%20papers%20review%20process/Smith,%20Howard.%20%20Informed%20consent%20in%20Australia’s%20Northern%20Territory.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1>>.

<sup>46</sup> Ver: High Court of Australia, *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1.

## *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), assinada pelo Estado brasileiro, estabelece o direito à manutenção e fortalecimento da relação espiritual com o território tradicionalmente possuído, ocupado ou utilizado:

### Artigo 25

Os povos indígenas têm o **direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem**, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras. [Grifo nosso]

O direito dos povos indígenas ao território e recursos ocupados tradicionalmente também estão previstos na Declaração, bem como a obrigação dos Estados assegurarem o reconhecimento e proteção jurídica das terras, respeitando costumes e tradições dos titulares de direito:

### Artigo 26

1. **Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.**

2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.

3. **Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos.** Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram. [Grifo nosso]

## *Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ICCPR)<sup>47</sup> estabelece a obrigação dos Estados Partes não privarem minorias presentes em seus territórios do direito de ter, de modo conjunto com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua<sup>48</sup>. Trata-se de

---

<sup>47</sup> Internalizado pelo Brasil por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

<sup>48</sup> Art. 27 do ICCPR: “Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.”

direito que poderá estar vinculado a um modo de vida ligado ao território, especialmente no que toca a povos indígenas, conforme reconhecido pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, órgão de especialistas independentes que monitora a implementação do ICCPR pelos Estados Partes:

"[N]ão se negará às pessoas que pertençam a estas minorias o direito que lhes corresponde, em comunidade com os demais membros de seu grupo, a gozar de sua própria cultura, [a qual] poderá consistir em um **modo de vida que está fortemente associado ao território e ao uso de seus recursos naturais**. Isso poderia ser particularmente certo em relação aos membros de comunidades indígenas que constituem uma minoria"<sup>49</sup> [grifo nosso]

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR)<sup>50</sup> estabelece o direito dos povos à autodeterminação, que implicaria a livre disposição de seu estatuto político e desenvolvimento econômico, social e cultural<sup>51</sup>. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, organismo que supervisiona a implementação do ICESCR pelos Estados Partes, estabeleceu a importância das terras ancestrais dos povos indígenas para o exercício do direito de cada indivíduo de participar da vida cultural (Art. 15, para. 1, a, do ICESCR):

“Os Estados Partes devem adotar medidas para garantir que o exercício do direito de participar da vida cultural ocorra de acordo com os valores da vida cultural, que deve ser fortemente comunal ou que pode ser expressada e aproveitada somente por meio de uma comunidade por povos indígenas. **A forte dimensão comunal da vida cultural dos povos indígenas é indispensável à sua existência, bem-estar e pleno desenvolvimento, e inclui o direito às terras, territórios e recursos que possuíam em razão de propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. Valores culturais dos povos indígenas e direitos associados com suas terras ancestrais e seu relacionamento com a natureza devem ser respeitados e protegidos, visando prevenir a degradação de seu modo de vida particular, incluindo seus meios de subsistência, a perda de seus recursos naturais e, por fim, sua identidade cultural.** Estados Partes devem, assim, adotar medidas para reconhecer e proteger os direitos dos povos indígenas de propriedade, desenvolvimento, controle e uso de suas terras comunais, territórios e

---

<sup>49</sup> Organização das Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral n.º. 23: Os direitos das minorias (Art. 27) (50ª sessão, 1994), ONU. Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, pars. 1 e 3.2.

<sup>50</sup> Internalizado pelo Brasil por meio do Decreto n.º. 591, de 6 de julho de 1992.

<sup>51</sup> Art. 1.1 do ICESCR: “Todos os povos têm direito a autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.”

recursos, e, onde eles tiverem de outro modo habitado ou utilizado sem seu consentimento livre e informado, atuar para retornar tais terras e territórios.”<sup>52</sup> [grifo nosso]

### *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*

O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD), órgão encarregado de interpretar e monitorar o cumprimento da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD)<sup>53</sup>, tem reiterado entendimento de que a discriminação contra povos indígenas está abrangida pelo escopo da ICERD, tendo instado os Estados Partes a reconhecerem e respeitarem as distintas culturas, história, linguagem e meios de vida dos povos indígenas, e proteger os direitos dos povos indígenas de propriedade, desenvolvimento, controle e uso de suas terras comunais<sup>54</sup>. Mais: na hipótese de privação de terras e territórios de propriedade tradicional de povos indígenas, habitadas ou utilizadas sem seu consentimento livre e informado, devem os Estados Partes da ICERD adotarem medidas para retornar tais terras e territórios<sup>55</sup>.

À luz desse entendimento, o CERD tem recebido pedidos de procedimentos urgentes visando responder situações que geraram escalada de conflitos, ódio e discriminação contra povos indígenas. O Comitê tem considerado a situação dos povos indígenas em diversos países, particularmente nas Américas<sup>56</sup>, região na qual conflitos ligados à terra têm ocasionado graves violações dos direitos protegidos pela ICERD.

### *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*

O Comitê sobre os Direitos da Criança (CCR), órgão competente para interpretar e supervisionar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ICCR)<sup>57</sup>, ao tratar do direito à vida inerente a toda criança – e decorrente obrigação dos Estados Partes assegurarem ao máximo sua sobrevivência e desenvolvimento, de acordo com o Art. 6.2 da ICCR – especificamente de integrantes de povos indígenas, destacou a

---

<sup>52</sup> Organização das Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral n°. 21: O direito de cada indivíduo de participar na vida cultural (Art. 15, para. 1(a), do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) (43ª sessão, 2009), ONU. Doc. E/C.12/GC/21, 21 de dezembro de 2009, par. 36.

<sup>53</sup> Internalizada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n°. 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

<sup>54</sup> Organização das Nações Unidas, Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial, Recomendação Geral XXIII sobre os direitos dos povos indígenas (51ª sessão, 1997), ONU. Doc. A/52/18, Anexo V, par. 5.

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> O Comitê monitora a situação dos direitos dos povos indígenas tendo se manifestado no caso de Austrália, Belize, Brasil, Chile, Estados Unidos da América, Filipinas, Nicarágua, Peru, Suriname, e Nova Zelândia utilizando do mecanismo de alerta precoce.

<sup>57</sup> Internalizada pelo Brasil por meio do Decreto n°. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

importância de princípios e valores culturais e seu vínculo indissociável com suas terras tradicionais:

“O Preâmbulo da Convenção destaca a importância das tradições e valores culturais de cada pessoa, particularmente com referência à proteção e desenvolvimento harmonioso da criança. No caso da criança indígena, cuja comunidade guarda estilo de vida tradicional, **o uso de terras tradicionais é de importância significativa no seu desenvolvimento e gozo da cultura.** Os Estados Partes devem considerar atentamente o significado cultural das terras tradicionais e qualidade do ambiente natural ao assegurar os direitos da criança à vida, sobrevivência e desenvolvimento em sua máxima extensão possível.”<sup>58</sup> [Grifo nosso]

### *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher (ICEDAW)<sup>59</sup> lista um rol de condutas discriminatórias contra mulheres e meninas, prevendo obrigações destinadas ao combate dessas práticas:

#### Artigo 2º

Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, **concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher**, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) **Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;**
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;

---

<sup>58</sup> Organização das Nações Unidas, Comitê para os Direitos da Criança, Comentário Geral n.º. 11: Crianças indígenas e seus direitos sob a Convenção (50ª sessão, 2009), ONU. Doc. CRC/C/GC/11, 12 de fevereiro de 2009, par. 35.

<sup>59</sup> Internalizada por meio do Decreto n.º. 4.377, de 13 de setembro de 2002.

- d) **Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;**
- e) **Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;**
- f) **Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;**
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher. [Grifo nosso]

A violência de gênero (“*gender-based violence*”) é uma forma extrema de discriminação contra a mulher, conforme estabelecido em 2012 pela Relatoria Especial das Nações Unidas sobre a Violência contra a Mulher:<sup>60</sup>

**A violência de gênero tem sido reconhecida como um das mais extremas e pervasivas formas de discriminação, afetando duramente e nulificando o cumprimento dos direitos das mulheres.** A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher tratam todas as formas de violência, o que inclui o assassinato de mulheres, como atos de violência que são proibidos pelo Direito Internacional. [Grifo nosso]

No âmbito da ICEDAW, a vinculação entre violência de gênero e discriminação foi estabelecida em 1992<sup>61</sup> pelo Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW), órgão composto por especialistas independentes encarregado de interpretar e monitorar o cumprimento da Convenção. O CEDAW reiterou esse entendimento em 2017<sup>62</sup>, apontando que devido às diversas e interrelacionadas formas de discriminação que sofrem, as mulheres indígenas e especialmente aquelas que são privadas de direitos territoriais, estão mais vulneráveis à situações de violência de gênero. O CEDAW destaca que a *opinio juris* e prática dos Estados sugerem o reconhecimento da proibição da violência de gênero contra a mulher como princípio do direito consuetudinário<sup>63</sup>, além de delimitarem as obrigações dos Estados Partes da ICEDAW no combate à violência de gênero:

---

<sup>60</sup> Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, Relatório da Relatora Especial sobre Violência Contra a Mulher, suas Causas e Consequências, Rashida Manjoo (20ª sessão, 2012), ONU. Doc. A/HRC/20/16, 23 de maio de 2012, par. 83.

<sup>61</sup> Organização das Nações Unidas, Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº. 19: Violência contra a Mulher (11ª sessão, 1992).

<sup>62</sup> Organização das Nações Unidas, Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº. 35: Violência de gênero contra a mulher, atualizando a recomendação geral nº 19. UN Doc. CEDAW/C/GC/35. 14 de julho de 2017.

<sup>63</sup> *Ibidem*, para. 2.



**“De acordo com a Convenção e o Direito Internacional geral, um Estado Parte é responsável por atos e omissões de seus órgãos e agentes que constituam violência de gênero contra a mulher. Tais incluem atos ou omissões de oficiais de seus Poderes Executivos, Legislativos e Judiciários. O Art. 2 (d) da Convenção requer que Estados Partes, e seus órgãos e agentes, deixem de se engajar em qualquer ato ou prática de discriminação direta ou indireta contra mulheres, assegurando que autoridades públicas e instituições ajam em conformidade com essa obrigação.”<sup>64</sup> [Grifo nosso]**

Em relatório de 2015, a Relatoria Especial das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas destacou a situação da mulher indígena no mundo<sup>65</sup>, listando quase de múltiplas violações de direitos assegurados na ICEDAW e outros instrumentos internacionais. Especificamente com relação à importância da terra para os povos indígenas, ressaltou que

**“A apropriação da terra não é neutra no que toca ao gênero e os direitos da mulher indígena interage com violações do direito coletivo à terra. Em uma comunidade indígena nas quais existem práticas matriarcais e matrilineares, a perda da terra ocasionar o enfraquecimento do status e papéis da mulher indígena. Os efeitos de gênero dessas violações se tornam manifestos em situações nas quais mulheres indígenas perdem seu modo de vida tradicional, como coleta de alimentos, produção agrícola, pastoreio, entre outras, enquanto a compensação e trabalho após a privação da terra tende a beneficiar os membros do sexo masculino das comunidades indígenas. A perda da terra e exclusão das mulheres podem criar vulnerabilidade para abuso e violência, tais como violência sexual, exploração e tráfico. Adicionalmente, efeitos secundários das violações do direito à terra, como comprometimento do meio de vida e más condições de saúde, geralmente impactam desproporcionalmente mulheres em seus papéis de cuidadoras e guardiãs do ambiente local.”<sup>66</sup> [Grifo nosso]**

### *Relatoria Especial das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*

Criada em 2001 pela antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU (substituída em 2006 pelo Conselho de Direitos Humanos), a Relatoria Especial sobre os Direitos dos

---

<sup>64</sup> Ibidem, para. 22.

<sup>65</sup> Organização das Nações Unidas, Relatório da Relatora Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli Corpuz (30ª sessão, 2015). UN Doc. A/HRC/30/41. 6 de agosto de 2015.

<sup>66</sup> Ibidem, para. 22.

Povos Indígenas é procedimento especial temático com mandato<sup>67</sup> para: a) examinar caminhos e meios de superar obstáculos existentes para a completa e efetiva proteção dos direitos de povos indígenas, de acordo com seu mandato, além de identificar, intercambiar e promover boas práticas; b) reunir, requisitar, receber e intercambiar informações e comunicações de todas as fontes relevantes, incluindo governos, povos indígenas e suas comunidades e organizações, sobre alegadas violações de direitos de povos indígenas; c) formular recomendações e propostas sobre medidas e atividades apropriadas para prevenir e remediar violações de direitos de povos indígenas; e d) trabalhar em estreita cooperação e coordenação com outros procedimentos especiais e órgãos subsidiários do Conselho de Direitos Humanos, órgãos relevantes das Nações Unidas, órgãos de tratados e organizações regionais de direitos humanos.

A atual relatora, Victoria Tauli-Corpuz, visitou o Brasil, a convite do governo, entre 7 e 17 de março de 2016, buscando identificar e avaliar os principais temas atuais relativos aos povos indígenas do país, além de acompanhar o status da implementação das recomendações feitas na visita anterior realizada ao Brasil, ocorrida em 2009. Em relatório sobre a visita, Tauli-Corpuz demonstra preocupação sobre os efeitos da aplicação de marcos temporais sobre os direitos de povos indígenas:

“Uma preocupação séria é a emissão frequente de ordens de despejo quando os povos indígenas que demandam e ocupam terras que têm direito sob a Constituição de 1988, mas que o Estado não demarcou nos últimos 28 anos. Embora não tenha caráter necessariamente vinculante em outros casos, a interpretação da Constituição de 1988, altamente polêmica e fortemente contestada, da Suprema Corte na decisão Raposa-Serra do Sol - que introduziu o quadro temporal que exigia que os povos indígenas deveriam possuir suas terras ou tivessem tido reivindicações em tramitação quando a Constituição foi promulgada, sem consideração dada a como ou porque eles foram removidos de suas terras - dificulta a demarcação da terra. **Os tribunais inferiores, bem como os Tribunais superiores e supremos, estão aplicando a decisão de forma totalmente incompatível com as disposições de direitos da terra indígenas da Constituição. Ao fazê-lo, o Estado está forçando os povos indígenas a sair de suas próprias terras e privá-los do gozo de seus direitos básicos, bem como alimentar a violência contra eles.**”<sup>68</sup> [Grifo nosso]

---

<sup>67</sup> Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, “Direitos humanos e povos indígenas: mandato do Relator Especial sobre os direitos dos povos indígenas”, ONU. Doc. A/HRC/RES/33/12, 6 de outubro de 2016.

<sup>68</sup> Organização das Nações Unidas, Relatório da Relatora Especial sobre Direitos dos Povos Indígenas em sua Missão ao Brasil (33ª seção, 2016) ONU. Doc. A/HRC/33/42/Add.1, 8 de agosto de 2016, par. 69.

## 6. A TERRA INDÍGENA IBIRAMA LA-KLÂNÕ

De acordo com documentos constantes dos processos administrativos e judiciais, sabe-se que desde 1914, a Terra Indígena Ibirama La-Klânõ sofreu repetidos processos de redefinição, tanto por meios oficiais, quanto por negociações informais, pressões populacionais e projetos de desenvolvimento. Todos esses processos fizeram com que fosse restringida a possibilidade da comunidade de utilizar as terras de acordo com suas práticas tradicionais - inclusive mediante a utilização de medidas coercitivas, ameaças e atos de violência. Ainda assim, a comunidade nunca deixou de utilizar os territórios que lhes haviam sido reservados em 1914, com Decreto de criação de reserva datado de 03/04/1927. Os indígenas da TI Ibirama La-Klânõ mantiveram-se presentes nessas terras de ocupação tradicional desenvolvendo atividades necessárias à sua sobrevivência física e cultural, tais como a realização de acampamentos, coleta de pinhão e andanças por lugares sagrados.

Foi a manutenção dessa relação com a terra que orientou a redefinição dos limites territoriais consubstanciada na Portaria 1.128/2003 do Ministério da Justiça. A ligação do povo Xokleng com o território, assim como a permanência dessa relação na atualidade, foi também documentada pela perícia antropológica realizada por Alessandra Schmitt.

Em 2016, o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH) apoiado pelo Ministério dos Direitos Humanos realizou missão para analisar situações de violações de direitos dos povos indígenas nos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul, especialmente motivado pelo bárbaro assassinato de uma criança indígenas de 2 anos numa rodoviária no interior de Santa Catarina e pelas crescentes denúncias de ataques de ódio e racismo contra os povos indígenas.<sup>69</sup> No primeiro dia de 2018, o país se depara novamente com notícias bárbaras de Santa Catarina relatando o assassinato brutal do professor Marcondes Nambla da Terra Indígena Ibirama La-Klânõ<sup>70</sup> que não podem ser dissociadas do contexto de racismo e violência que se impõem aos povos indígenas enquanto lutam pelo reconhecimento de seus direitos mais fundamentais.

Segundo o relatório do CNDH:

“a omissão do Estado brasileiro na proteção dos direitos dos povos indígenas aliada a indícios de flexibilização e negociação de direitos fundamentais como os direitos territoriais dos povos indígenas em âmbito nacional, e sem o devido diálogo com os povos indígenas, vem

---

<sup>69</sup> <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-do-gt-sobre-direitos-dos-povos-indigenas-da-regiao-sul-1>

<sup>70</sup> Ver: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/intolerancia-e-a-arma-do-assassinato-do-professor-indigena-marcondes-nambla> e <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/assassinato-de-lideranca-indigena-marcondes-nambla-e-tragico-inicio-para-2018>

resultando em graves violências e violações de direitos humanos na região.”<sup>71</sup>

Especificamente com relação a Santa Catarina, por ocasião da missão do CNDH, foram encaminhadas informações relevantes acerca da Terra Indígena La Klânõ e dos impactos territoriais e culturais causados pela implantação de uma barragem sobre seu território, que poderia ser revertida ou pelo menos minimizada com a regularização fundiária da terra indígena e as devidas medidas compensatórias.

A situação da terra indígena Ibirama La Klânõ também é retratada no Relatório da Comissão Nacional da Verdade, como segue:

“Em Santa Catarina, no Vale do Itajaí, o Departamento Nacional de Obras e Saneamento (DNOS) iniciou a construção de uma barragem para contenção de cheias em março de 1976. A barragem, cuja construção foi autorizada pela Funai sem qualquer estudo de impacto ambiental e sem consulta às comunidades indígenas, ficava a menos de 500 metros a jusante do limite da TI Ibirama Laklânõ do povo Xokleng. Por conta das obras, na primeira grande enchente, em 1983, esta aldeia Xokleng foi totalmente destruída e a comunidade foi forçada a dividir-se em pequenas aldeias. Pelo menos 900 hectares da TI ficaram “à disposição” do lago. A comunidade Xokleng nunca foi indenizada e as consequências persistem até os dias atuais. Quando o lago enche, de três a quatro vezes ao ano, as escolas ficam sem aula, o atendimento médico é suspenso e aldeias ficam isoladas. Desde 1991, foram ao menos cinco ocupações no canteiro de obras e nas comportas para exigir indenizações e reparações. Atualmente, duas aldeias estão condenadas por conta da oscilação do terreno influenciado pelas águas (PEREIRA, 1998).” (p. 220)

O Supremo Tribunal Federal tem à sua disposição os estudos técnicos e pareceres antropológicos que tratam da comprovação da relação dos indígenas com um território específico e definido que, há mais de um século, os indígenas Xokleng, além dos Guarani e Kaingang, vêm reivindicando. Ignorar esses aspectos explicativos dos vínculos desse povo com suas terras para analisar objetivamente se a comunidade estava fisicamente instalada nas terras reivindicadas no dia exato de 5 de outubro de 1988 significa negligenciar a história e a situação atual da comunidade na região. Além disso, ignora a natureza da utilização da terra pelos indígenas, que se dá de modo tradicional e não necessariamente obedece aos mesmos padrões de ocupação utilizados pela população brasileira não-índia, contrariando frontalmente os tratados de direito internacional dos direitos humanos e sua jurisprudência.

---

<sup>71</sup> <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-do-gt-sobre-direitos-dos-povos-indigenas-da-regiao-sul-1>

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos argumentos expostos acima, fica demonstrada a obrigação internacional do Estado de garantir aos povos indígenas as terras que tradicionalmente ocupam, reconhecendo que o território é parte integral da cultura, identidade, espiritualidade, e sobrevivência destas comunidades. Em casos em que haja dúvida acerca do direito de certa comunidade sobre determinado território, **deve-se analisar em concreto a existência de relação entre os indígenas e o território reivindicado**, assim como, se for o caso, as circunstâncias de sua expulsão, elementos trazidos nos estudos circunstanciados que instruem os processos de demarcação de terras pela Funai e nos pareceres antropológicos requisitados pelo Poder Judiciário.

Aplicar a tese do marco temporal aos habitantes da Terra Indígena de Ibirima La-Klânõ constituiria entendimento **manifestamente incompatível com a jurisprudência do STF, bem como com as normas internacionais, visto que ignora a existência de efetiva relação dos indígenas com a terra tradicional.**

Considerando a **presunção absoluta de compatibilidade entre as normas internacionais de proteção aos direitos humanos e o direito constitucional brasileiro**,<sup>72</sup> é necessário consolidar a interpretação do artigo 231 da Constituição Federal, de modo a afastar a tese do marco temporal e reconhecer o direito a terras tradicionalmente ocupadas, conforme comprovadas em estudos multidisciplinares que instruíram o processo administrativo, e levando em conta o contexto histórico de esbulhos de terras indígenas.

De fato, eminentes juristas brasileiros já se manifestaram nesse sentido, se posicionando pelo entendimento constitucional da ocupação tradicional de terras indígenas que se contrapõe a hipótese do marco temporal. Segundo Dalmo de Abreu Dallari:

“Está na Constituição que o índio tem direito a terra de ocupação tradicional. A Constituição não exige que se estivesse fisicamente naquele lugar, naquele dia. É absolutamente contra a Constituição essa pretensa tese do marco temporal. [...] Até pouco tempo atrás o índio não tinha o direito de entrar com ação judicial. É preciso também ressaltar que a possibilidade de resistência dos índios na terra é mínima, é muito

---

<sup>72</sup> Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1362/DF. Rel. min. Edson Fachin.

pequena. Há muito casos em que os índios tentaram resistir e foram assassinados.”<sup>73</sup>

No mesmo sentido, se manifestou José Afonso da Silva:

“Não, não é correto interpretar a atual Constituição como se ela tivesse limitado os direitos originários dos povos indígenas às suas terras ao estado da ocupação em 5 de outubro de 1988, impedindo demarcação para etnias que só conseguiram retornar a suas terras depois dessa data. [...] Os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente precedem à demarcação delas, [...] essa demarcação é um direito dos índios constitucionalmente estabelecido. [...] Isso vale tanto para as demarcações realizadas posteriormente à data da promulgação da Constituição de 1988 como para as realizadas antes, porque, se os direitos precedem à demarcação, os índios continuam a ter direitos originários sobre a parte das terras que ficou fora da demarcação, porque essas terras são *inalienáveis* e *indisponíveis* e os direitos sobre elas são *imprescritíveis* (art. 231, § 4) e porque são nulos, não produzindo nenhum efeito, eventual ocupação, domínio ou posse de não-índio que porventura tenha recaído sobre elas”.<sup>74</sup>

Também foi esse o entendimento expresso pelo Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da Ação Civil Originária 362. Embora o Ministro tenha ressaltado que a ACO 362 não envolvia diretamente o marco temporal, afirmou ser “extremamente relevante” deixar consignada sua posição. Sendo assim, utilizou aquela oportunidade para **rejeitar a tese do marco temporal**.<sup>75</sup>

Ainda na ACO 362, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que, quando a Corte for apreciar o marco temporal, deverá fazê-lo em conformidade com as obrigações internacionais no Brasil em matéria de direitos humanos, *in verbis*:

“Oportunamente, este Plenário se debruçará sobre esse momento o tema [marco temporal] **com base nos documentos internacionais** mais avançados, que tratam sobre esse assunto, como por exemplo, a **Convenção OIT 169**, internalizada pelo Decreto 2004.” [grifos nossos]

---

<sup>73</sup> NAKAMURA, Rafael. Segundo Juristas, marco temporal de 1988 para terras indígenas é inconstitucional. Centro de Trabalho Indigenista. Disponível em <<http://trabalhoindigenista.org.br/segundo-juristas-marco-temporal-de-1988-para-terras-indigenas-e-inconstitucional/>>

<sup>74</sup> AFONSO DA SILVA, José. Parecer. Disponível em <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf)>

<sup>75</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n. 362/MT, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 03.10.2017.

Nesse sentido, o Ministro Lewandowski ressaltou que **o Supremo Tribunal Federal deverá se pautar por laudos antropológicos, os quais são os meios de afirmar, em cada caso concreto, se determinado território é tradicionalmente ocupado por povos indígenas.**<sup>76</sup>

Por sua vez, o Conselho Nacional de Direitos Humanos, em nota que repudia parecer da Advocacia Geral da União favorável ao marco temporal, esclareceu:

“As teses do marco temporal e de impedimento de revisão de limites de terras indígenas, contidas no Parecer, são passagem isoladas do julgado na Pet. 3388/RR e destoam do Art. 231 da CF/88 e da vontade do constituinte originário. O impacto do parecer da AGU é a retirada da tradicionalidade da posse indígena, diminuindo o alcance do direito constitucional indígena para apenas posse física. Acima de tudo, posse física datada da promulgação da Constituição de 1988, o que é um escárnio com o texto constitucional, com o processo de violência e expulsões de seus territórios sofridos pelos povos indígenas, e com os recentes julgados da Suprema Corte, especificamente aquele relativo aos Embargos de Declaração na Pet. 3388, onde se afirmou que as condicionantes estabelecidas eram pertinentes exclusivamente à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. **Viola ainda os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em especial a Convenção 169 da OIT, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Pacto de San José, bem como a jurisprudência internacional.**”<sup>77</sup>  
(grifos nossos)

Por fim, cumpre destacar que a possível utilização da tese do marco temporal no presente julgamento extrapolaria as partes do caso em tela. Se incorporado à argumentação da Suprema Corte, o marco temporal geraria um ônus para outros povos e comunidades indígenas que aguardam a finalização de seus processos de demarcação. Isso porque a mera utilização da tese do marco temporal consolida um tratamento discriminatório e arbitrário do poder judiciário aos povos indígenas por invisibilizar as histórias de esbulho e violência das comunidades indígenas que são únicas em cada caso. A tese do marco temporal também impede o devido processo legal e o próprio acesso à justiça às comunidades à medida que legisla alterando o teor do dispositivo constitucional do artigo 231, sem que haja sido aprovado o processo legislativo de emenda constitucional.

**Por todo o exposto, à luz das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos e com atenção aos direitos dos povos indígenas sobre as terras que**

---

<sup>76</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n. 362/MT, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ 03.10.2017.

<sup>77</sup> CNDH. Nota Pública de Repúdio ao Parecer 01/2017 da AGU que Viola o Direito dos Povos Indígenas aos seus Territórios. 2017. Disponível em <[http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/mocoos/2017.09.28NotasobreParecern01daAGU\\_aprovada\\_final.pdf](http://www.mdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/mocoos/2017.09.28NotasobreParecern01daAGU_aprovada_final.pdf)>

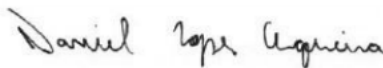
tradicionalmente ocupam, conforme estabelecido na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e nas normas celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas, reafirmamos a necessidade de afastamento da tese do marco temporal para interpretação do artigo 231 da Constituição Federal. É preciso que o STF não coloque em risco a proteção judicial do direito territorial de povos indígenas, analisando em cada caso concreto as necessidades específicas para a garantia de suas culturas, identidades e até mesmo sobrevivência física.

**Entidades subscritoras:**




**Juana Kweitel**  
Diretora Executiva

**Conectas Direitos Humanos**

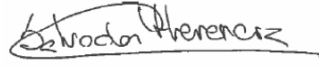


**Daniel Lopes Cerqueira**  
Assessor de Programa Sênior  
Fundação do Devido Processo  
(DPLF)


**Erika Yamada**  
Advogada



**Bruno Pegorari**  
Coordenador de Litígio Estratégico  
Coletivo para Acesso à Justiça  
Internacional (CAJIN)



**Salvador Herencia Carrasco**  
Diretor Executivo  
Clínica de Direitos Humanos  
Universidade de Ottawa



**Letícia Aleixo**  
Coordenadora Executiva  
Clínica de Direitos Humanos UFMG