



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB  
FACULDADE DE DIREITO

MARIA EDUARDA ARCOVERDE DE FRANÇA PEREIRA

**A TESE DO “MARCO TEMPORAL” COMO UM JUÍZO DESCARACTERIZANTE  
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM DIÁLOGO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO  
STF E O CASO POVO INDÍGENA XUKURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL**

BRASÍLIA - DF

2024

Maria Eduarda Arcoverde de França Pereira

**A TESE DO “MARCO TEMPORAL” COMO UM JUÍZO DESCARACTERIZANTE  
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM DIÁLOGO ENTRE A JURISPRUDÊNCIA DO  
STF E O CASO POVO INDÍGENA XUKURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, campus Darcy Ribeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Taiz Marrão Batista da Costa. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Georgetown University. Advogada da União no Departamento de Assuntos Internacionais da Procuradoria-Geral da União.

Brasília - DF

2024

**A tese do “marco temporal” como um juízo descaracterizante da Constituição Federal:  
um diálogo entre a jurisprudência do STF e o caso povo indígena Xukuru e seus  
membros vs. Brasil**

A Comissão Examinadora, abaixo identificada, aprovou, com sugestão de publicação, o Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Brasília da aluna:

**Maria Eduarda Arcoverde de França Pereira**

Prof<sup>a</sup>. Taiz Marrão Batista da Costa (Orientadora)

Prof<sup>a</sup>. Tatiana Cardoso Squeff (Membro)

Prof<sup>a</sup>. Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa (Membro)

*Brasília, 03 de setembro, de 2024*

*À minha mãe, cuja força silenciosa e amor incondicional moldaram a mim e à minha irmã, sempre oferecendo o melhor da vida sem nunca nos deixar faltar nada.*

*À minha avó (em memória), cujo amor eterno guiou meus primeiros passos e me envolveu em um abraço de apoio incondicional, garantindo que eu aproveitasse todas as oportunidades que a vida ofereceu.*

*À minha família, que desde a infância escutou minhas reflexões e debates, do trivial ao profundo, sempre acreditando na minha voz e confiando no potencial dos meus sonhos.*

*Aos meus amigos, que sempre enxergaram e incentivaram o melhor em mim, compartilhando risos, lágrimas e sonhos, e tornando cada momento mais significativo.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha mãe, que, com toda sua dedicação e força, criou a mim e à minha irmã sozinha. Ela sempre fez de tudo para garantir que não nos faltasse nada e, principalmente, que sempre tivéssemos seu apoio incondicional. Não importa o quão cansada estivesse ou a quantidade de trabalho que tivesse, ela sempre arranjou tempo para estar ao nosso lado. Esteve presente em todas as nossas apresentações na escola, escutou nossas explicações sobre musicais desconhecidos, leu meus textos de direito para ver se meus resumos faziam sentido, e até nos levou a outras cidades para conhecer bandas que gostávamos. Ela foi aquela mãe que aceitou levar oito crianças a um show da Beyoncé, porque entendia que eu e Clarinha não sabíamos convidar só uma pessoa. E, em plena quinta-feira, nos levou à estreia de um filme porque sabia o quanto estávamos ansiosas. Mãe, obrigada por transformar nossos sonhos e aventuras em realidade (incluindo este TCC). Espero, todos os dias, poder te dar um pouco do orgulho que sinto em ser sua filha, assim como você me faz sentir orgulho em tê-la como mãe. Eu te amo!

Agradeço também, para surpresa de muitos, à minha irmã Clarinha, que, apesar de todas as nossas brigas, sempre esteve ao meu lado, apoiando meus momentos de crise, oferecendo ajuda com meus trabalhos, e me lembrando o quanto ainda tenho a aprender.

À minha família (meus tios, primos, irmãos, pai) a qual agradeço especialmente na figura das minhas avós, Alice, Selma e Bia, e dos meus avôs, José Augusto e França, que, cada um ao seu modo, foram pilares fundamentais na construção da pessoa que sou hoje. Vovó Bia, com sua energia contagiante, sempre trouxe alegria e risadas aos nossos encontros, fazendo cada momento especial. Meus avôs, Zito (José Augusto) e França, com suas histórias e ensinamentos, moldaram minha visão de mundo, transmitindo valores que carregarei comigo para sempre.

Agradeço, em especial, minha vovó Alice (*in memoriam*). Vovó, sei que, de alguma forma, você consegue sentir e saber tudo o que estou dizendo aqui. Agradeço por todo o esforço que fez para garantir que eu e Clarinha pudéssemos aproveitar todos os momentos da vida e por sempre criar novas oportunidades para nós. Os dias no parquinho, seus abraços depois da natação e as tardes fazendo dever de inglês ou pintando na varanda são memórias que vou levar comigo para sempre. Quando comecei este projeto de pesquisa, não imaginei que você não estaria na primeira fila para me ver apresentar e aplaudir como se eu estivesse mudando o mundo, mas sei que, de alguma forma, você vai estar lá. Obrigada por garantir que o sonho de fazer Direito na UnB fosse possível. Eu te amo mais do que as palavras podem expressar!

Também agradeço à minha querida vovó Selma, que sempre foi um exemplo incrível de carinho, acolhimento e dedicação. Pensar nas nossas boas memórias é como um abraço no coração, trazendo um conforto que só você sabe dar. Aprendo muito com a forma como você valoriza o tempo em família e como faz questão de estar presente em todos os momentos, sempre com esse amor que só você tem. Você é uma fonte de apoio inestimável na vida de todos os netos, e sou imensamente grata por tudo que sempre fez por mim e pela Clarinha. Eu te amo muito e espero poder te agradecer pessoalmente por muitos e muitos anos!

Às minhas tias, de sangue e de coração – Tia Marcella, Tia Junia, Tia Gal, Tia Vivi e Tia Karina –, que sempre garantiram boas risadas e que estavam sempre dispostas a melhorar meu dia com uma conversa e um abraço, meu muito obrigada! Vocês sempre mostraram apoio em todos os momentos importantes da minha vida. Amo todas vocês!

Para além, agradeço às fofuras que estão na minha vida para me lembrar de sonhar o impossível e de reconhecer a beleza e a magia nas pequenas coisas: Pietra, Danda, Sofia, Juan e Mateus.

Aos professores do Marista João Paulo II, especialmente ao André e ao Adilson, que sempre me incentivaram a ir além e a aprender as coisas não só por aprender, mas pela capacidade transformadora que cada conteúdo tem. Também agradeço à Rosely, ao Leo e ao Rodrigo, que me apresentaram ao mundo acadêmico e às infinitas possibilidades que ele oferece. Estudar no Marista significou, acima de tudo, entender a responsabilidade que nossas oportunidades trazem.

Preciso também agradecer a equipe da CSDH da Defensoria Pública da União, que nutriu em mim a paixão pelos Direitos Humanos e, em especial, pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Agradeço à Geovanna Oliveira, minha chefe e amiga, por me ensinar a interpretar e defender esses direitos para além do que está escrito, e por me proporcionar a chance de viver, na prática, o sonho de trabalhar com a Comissão e a Corte IDH. Também agradeço à Dra. Daniela Brauner, que me mostrou o que significa assumir um papel de liderança e garantir um trabalho em equipe humanizado e focado no aprendizado. Vocês são exemplos de profissionais e pessoas. Agradeço, ainda, à Defensoria Pública da União como um todo, especialmente à equipe do 15º andar, que, com sua dedicação incansável, me ensinou muito sobre a missão e a importância da Defensoria no Brasil.

Minha gratidão se estende também ao escritório Malta Advogados e a toda a equipe, especialmente ao Alberto Malta e ao Davi Ory, que, há quase um ano, com uma simples entrevista e uma decisão baseada em onde eu “seria mais feliz”, me permitiram descobrir um espaço na advocacia onde me sinto plenamente realizada. Não existem palavras que

expressem adequadamente a importância dessa oportunidade em minha vida, mas deixo aqui, mais uma vez, o meu muito obrigada! Nesse contexto, não posso deixar de mencionar a equipe do Rel Gov, com quem trabalho diretamente e que, além de me fazer feliz, me faz sentir completa com o que faço. Thiago, Natalie, Felipe, Tharlen, Ale e Felipe, vocês são exemplos diários, e como sempre digo – e não me cansarei de repetir –, é uma honra aprender com pessoas tão competentes todos os dias. Para mais, preciso deixar meu muito obrigada aos meus "amigos" (Ana Ju, Bia, Hugo, Elisa, Davi, Camila, Vicente, Caio, Henrique, Camilla, Kassia, Kalissa e todos os estagiários), que, com uma conversa, um jogo de contexto, um lanche no 12 ou um abraço, fazem com que eu sempre me sinta leve e segura no estágio.

Ainda, agradeço a todos os meus amigos e amigas, que me amam pelo que sou, convivendo com minhas mil e uma personalidades e dando atenção a todas as minhas ideias e comentários. Vocês fazem uma diferença imensa na minha vida, e tenho plena certeza de que eu não seria quem sou, nem teria chegado até aqui com tanta confiança e leveza, se não fosse por vocês. Obrigada por me darem um ombro para chorar, um abraço para me animar e um motivo para sorrir.

Assim, expresso minha gratidão às pessoas maravilhosas da Faculdade de Direito e da UnB, que compartilharam comigo muitos momentos inesquecíveis durante a graduação: Steph, Gi, Ju, Ge, Farias, Tiago, Lud, João, Rocha, Brenda, Jess, Ana Clara, Júlia, Hannah, Tene, Cancelli, João, Caio, Larissa, Mai, Vini, Mayara, Bia, Gi, Gabriel, Suelen, Duda, Lore, Wilson e todos aqueles que, de alguma forma, tornaram esses seis anos melhores. Aproveito para deixar um agradecimento especial àqueles que, para além de amigos, já se tornaram irmãos e irmãs: Ana, Bia, Brenda, Uchop (Uchôa), Edu, Isa, Marisa, Bella, Gabi, Dudu e Gigi.

Um agradecimento especial à minha orientadora, professora Taiz Costa, que com uma paciência infinita e uma super compaixão me auxiliou na elaboração deste trabalho. Ela, na melhor personificação do corpo docente da Universidade de Brasília, foi um ponto de referência e apoio em um dos anos mais complicados e difíceis da minha vida. Agradeço de coração por toda a dedicação e por acreditar em mim.

Também quero agradecer às professoras Natália Costa e Tatiana Squeff, que gentilmente se disponibilizaram a participar da minha banca. Admiro muito o trabalho de vocês e sou grata pela oportunidade de aprender com ambas.

E, claro, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para essa conquista. Sintam-se acolhidos e reconhecidos nestes agradecimentos, pois sem vocês, este momento não seria o mesmo.

[...] *A ideia da terra como nossa mãe é muito repetida entre nós, indígenas. A poética expressa nessa imagem da mãe-terra pode ser até ingênua para alguns, mas ser filho da terra é aprender que estamos em relação com todos os outros seres sagrados que constituem o mundo. Se esse giro de forças pudesse ser pensado não como ingenuidade nossa, mas como nosso modo de agir no coletivo, provavelmente não seríamos nós, os indígenas, os povos sem o lugar de viver e o lugar de morrer na grande história do mundo.*

(Ailton Krenak, *Para quem quer cantar e dançar para o céu*<sup>1</sup>)

---

<sup>1</sup> KRENAK, Ailton. **De Ailton Krenak para quem quer cantar e dançar para o céu**. In: Cartas Indígenas ao Brasil, 2020. Disponível em: <https://cartasindigenasaobrasil.com.br/livro/cartas-para-o-bem-viver/>. Acesso em: 25 ago. 2024.



## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise da constitucionalidade e convencionalidade da tese do "marco temporal" adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à proteção dos direitos dos povos indígenas, com foco especial no caso do Povo Indígena Xukuru. A partir da compreensão das normativas brasileiras e interamericanas, o estudo busca examinar se a construção e adoção dessa tese pelo STF poderiam ser interpretadas como uma descaracterização da proteção especial assegurada aos povos indígenas pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, o trabalho utiliza três métodos principais de análise: revisão bibliográfica, análise de jurisprudência e estudo de caso. A revisão bibliográfica oferece o suporte teórico para entender o desenvolvimento histórico das disposições constitucionais voltadas à proteção indígena, enquanto a análise de jurisprudência examina os parâmetros adotados pelo STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O estudo de caso do Povo Xukuru é utilizado como um exemplo prático para consolidar a compreensão sobre a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais e convencionais. Assim, trata-se de um exame expositivo e dedutivo que conclui que a tese do "marco temporal" não se sustenta à luz da interpretação constitucional e convencional dos direitos indígenas, representando, caso fosse mantida como constitucional, uma fragilização da proteção especial conferida pela Constituição e um descumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. A análise também reforça a necessidade de um diálogo mais efetivo entre as cortes nacionais e internacionais, de modo a garantir a efetiva proteção dos direitos indígenas, sem que sua defesa dependa exclusivamente de condenações internacionais.

**Palavras-chave:** direitos indígenas; marco temporal; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos; constitucionalidade; convencionalidade.

## ABSTRACT

This study aims to analyze the constitutionality and conventionality of the "marco temporal" thesis adopted by the Brazilian Supreme Court (STF) concerning the protection of indigenous peoples' rights, with a special focus on the case of the Xukuru Indigenous People. Based on an understanding of Brazilian and inter-American legal frameworks, the study seeks to determine whether the construction and adoption of this thesis by the STF could be interpreted as a mischaracterization of the special protection guaranteed to indigenous peoples by the 1988 Federal Constitution. To this end, the research employs three primary methods of analysis: literature review, jurisprudential analysis, and case study. The literature review provides theoretical support to understand the historical development of constitutional provisions related to indigenous protection, while the jurisprudential analysis examines the standards adopted by both the STF and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). The case study of the Xukuru People serves as a practical example to consolidate the understanding of the applicability of constitutional and conventional provisions. This is an expository and deductive examination that concludes the "marco temporal" thesis is untenable in light of the constitutional and conventional interpretation of indigenous rights, and if upheld as constitutional, would weaken the special protection provided by the Constitution and violate Brazil's international commitments. The analysis further highlights the importance of more effective dialogue between national and international courts to ensure the effective protection of indigenous rights, preventing the need for international condemnations as a means of securing these rights.

**Keywords:** indigenous rights; timeframe thesis; Brazilian Supreme Court; Inter-American Court of Human Rights; constitutionality; conventionality.

## **LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS**

CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 A MOLDURA NORMATIVA BRASILEIRA DO DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 A Transformação Constitucional dos Direitos Indígenas no Brasil.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2 A Proteção Constitucional das Terras Indígenas: Princípios e Garantias.....</b>	<b>24</b>
<b>3 A PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO..</b>	<b>32</b>
<b>3.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).....</b>	<b>32</b>
<b>3.2 O Direito à Propriedade no SIDH.....</b>	<b>35</b>
<b>3.2.1 CADH: Art. 21. Direito à propriedade privada.....</b>	<b>35</b>
<b>3.2.2 Corte IDH: o Direito à "Propriedade Comunal" como resultado interpretativo .....</b>	<b>37</b>
<b>4 ANÁLISE DA TESE DO "MARCO TEMPORAL" ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>44</b>
<b>4.1 Conceito e fundamentos da tese do "marco temporal" .....</b>	<b>44</b>
<b>4.2 A declaração de inconstitucionalidade da "tese do marco temporal" .....</b>	<b>52</b>
<b>5 PROTEÇÃO ESPECIAL AOS POVOS INDÍGENAS E O CASO DO POVO INDÍGENA Xukuru vs. BRASIL.....</b>	<b>54</b>
<b>5.1 Caracterização do caso do Povo Indígena Xukuru vs. Brasil.....</b>	<b>55</b>
<b>5.2 Apresentação e defesa do regime constitucional pelo Estado.....</b>	<b>57</b>
<b>5.2.1 Art. 2: O Dever de adotar dispositivos de direito interno .....</b>	<b>58</b>
<b>5.2.2 Alegações do Estado: a compatibilidade do regime jurídico doméstico e o interamericano.....</b>	<b>59</b>
<b>6 A CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DA TESE DO "MARCO TEMPORAL" .....</b>	<b>60</b>
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>64</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>68</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A violência estrutural e institucional no Brasil é uma questão histórica. Esta violência é evidenciada pela percepção da terra como um espaço para a expansão da lógica de mercado. Historicamente, o governo brasileiro falhou em cumprir sua obrigação de alocar e proteger as terras indígenas conforme estabelecido pela Constituição, resultando na negação do acesso e dos benefícios dos povos indígenas a essas terras (Brum, 2013, apud Carvalho, Goyes, Weis, 2020, p.263).

Essas diversas formas de violência contra os povos indígenas não ocorrem de maneira isolada, mas estão interligadas, tendo o racismo estrutural como seu núcleo central. A não implementação dos mandamentos constitucionais referentes à alocação de terras indígenas tem sido uma das principais fontes dessa violência, presente tanto em governos de esquerda quanto de direita. Essa conduta precipita um intenso conflito pela terra, conforme documentado em relatório recente da Anistia Internacional (2018).

A sanção governamental da ocupação ilegal das terras indígenas, principalmente por empresas do agronegócio e mineração, impulsiona a violência que perturba a vida, a liberdade e a dignidade das comunidades indígenas. Em suma, a violência estrutural, simbólica e direta do Estado está interligada, uma vez que a lógica exploratória que objetifica o meio ambiente e os povos indígenas guia as políticas macroeconômicas brasileiras e legitima os crimes em curso (Carvalho, Goyes, Weis, 2020, p.263).

Nesse contexto, vale lembrar que mandamentos constitucionais referentes à alocação de terras indígenas aparecem desde a Constituição Federal de 1934, a qual foi a primeira a estabelecer o direito dos povos indígenas à posse de suas terras, uma disposição repetida em todas as constituições posteriores. É amplamente aceito na doutrina que esse reconhecimento constitucional anula qualquer ato de transferência de posse ou propriedade dessas áreas para terceiros. O mesmo princípio foi mantido na Constituição de 1946, que apresentava conteúdo idêntico em relação à proteção dos povos indígenas (Miranda, 1953, p.335/336, apud Fachin, 2021).

O Supremo Tribunal Federal já firmou esse entendimento em diversas ocasiões anteriores à ordem constitucional de 1988, sendo clássica a posição expressa pelo Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 44.585 (Badin, 2006, p.139). No que diz respeito ao domínio dessas terras, a Constituição de 1967 incluiu essa categoria especial de terras como bens da União, destinadas à posse e ao uso exclusivo dos povos indígenas, reconhecendo expressamente a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de atos

que visem ao domínio, posse ou ocupação de terras pelos indígenas.

Essa previsão também foi incluída no § 6º do artigo 231 da Constituição da República de 1988, estabelecendo a nulidade e a inoponibilidade dos títulos de domínio que tenham como objeto terras reconhecidas pelo texto constitucional como de ocupação tradicional indígena. Além da proteção possessória, a Constituição Federal de 1988 também atribui uma proteção especial ao modo de vida e à cultura indígena, ao garantir especificamente a preservação da cultura e da identidade dos povos indígenas, bem como o modo tradicional de ocupação das terras.

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro protege os direitos indígenas, que têm histórico e relevante assento constitucional, e que a realidade revela falhas igualmente históricas na implementação desses direitos, cumpre perquirir se a instituição de cúpula do Poder Judiciário nacional tem se alinhado à materialização do conteúdo constitucional.

Logo, este trabalho se propõe a tratar de tal indagação, tomando como objeto central de pesquisa o critério do marco temporal utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em alguns de seus julgados. Tal critério tem sido avaliado por importante parcela da doutrina como um elemento de fragilidade no constitucionalismo brasileiro.

A decisão de "considerar como terras indígenas apenas aquelas partes do território que estavam ocupadas pela população indígena na exata data de 5 de outubro de 1988" (Pegorari, 2017, p.245) e de condicionar a caracterização do "renitente esbulho" à demonstração de conflito contínuo, aparece como uma fragilidade por desconsiderar o histórico de usurpação, invasão, exploração e destruição que os povos indígenas sofreram ao longo de sua história na tentativa de ocupar e proteger seus territórios.

Essa problemática fica ainda mais visível quando a tese é colocada diante de cenários práticos, sendo o primeiro deles a dificuldade de acesso à justiça, enquanto herança colonial, que marca a relação das comunidades indígenas com o Estado — e.g., diferença cultural ou de idioma, a falta de atendimento especializado e interiorizado.

O segundo cenário diz respeito à situação dos indígenas isolados, cujas áreas demarcadas são muito maiores do que o necessário para sua subsistência, visando evitar invasões e ameaças externas. Essas áreas chegam a milhões de hectares, o que é inviável para a ocupação integral por uma pequena população.

Outra circunstância a ser considerada diz respeito aos povos nômades e seminômades, que se deslocam entre áreas específicas até que os recursos naturais se recuperem, deixando a maior parte do território desocupada em qualquer marco temporal. O terceiro caso diz respeito aos povos indígenas expropriados de seus territórios e impedidos de retornar, sendo

realocados forçadamente para diferentes regiões do país (Virgílio, 2022, p.44-45).

Esses exemplos demonstram que a proposta do marco temporal não é uma solução adequada, abrangente ou pacífica para lidar com a demarcação de territórios indígenas no Brasil. Dessa concepção surge a relevância da análise da argumentação da tese construída nos casos Raposa Serra do Sol (Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388/RO, 2009) e Guyarároka, do povo Guarani-Kaiowá (Supremo Tribunal Federal - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, 2014) e averiguada no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Supremo Tribunal Federal) em contraposição com os dispositivos constitucionais.

É exatamente nessa contraposição que surge espaço para um destaque ao estudo do caso Povo Indígena Xukuru<sup>2</sup> e seus membros vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em 2018<sup>3</sup>, (após audiência no ano de 2017). O caso se diferencia por ser a primeira condenação do Estado em matéria de direitos indígenas, trazendo um panorama internacional para a construção da moldura fática-jurídica a ser utilizada no exame dessa análise.

Dentro da construção desse quadro de estudo, o ponto de destaque do caso aparece na seção destinada às alegações de mérito das partes e às repercussões desses argumentos nos pontos resolutivos da sentença. Afinal, embora a Corte IDH tenha considerado o Estado responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável (art.8), do direito à proteção judicial (art.25), bem como do direito à propriedade coletiva (art.21), todos da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), a forma como a proteção Constitucional dos direitos indígenas foi apresentada pela Advocacia-Geral da União (AGU) e compreendida pela Corte IDH garantiram a não condenação do Brasil pela violação do dever de adotar disposições de direito interno, previsto no artigo 2 da CADH, em relação ao artigo 21 do mesmo instrumento.

---

<sup>2</sup> "A Corte IDH registra o caso Povo Xukuru escrevendo esta palavra 'C', porém a grafia mais correta do vocábulo é escrita com a letra 'K'. Nesse sentido: "Os Xukuru do Ororubá, habitantes em Pesqueira e Poção afirmam ter escolhido a autodenominação "Xukuru do Ororubá", para não serem confundidos pelos não índios (leia-se a imprensa e a sociedade em geral) com outro povo indígena, os Xukuru-Kariri a maioria habitando no Município de Palmeira dos Índios/AL e também em Paulo Afonso/BA e Caldas/ MG. Em 2003, após conflitos internos provocado inicialmente por um grupo dissidente resultando em violências na Aldeia Vila de Cimbres, famílias indígenas expulsas do território Xukuru do Ororubá, se autoproclamaram "Xukuru de Cimbres" e atualmente são reconhecidas como um povo indígena habitando na área urbana de Pesqueira e em um território que compreende parte da zona rural dos municípios vizinhos de Pesqueira, Alagoinha, Venturosa e Pedra". (Silva, 2018 apud Nóbrega, Paffer e Nascimento, 2021, p.623). A escolha pela grafia com a letra 'K' reflete o respeito à autodenominação escolhida pelo povo Xukuru, evidenciando a importância da identidade cultural e do reconhecimento que esses povos possuem sobre sua própria história e tradição. Por esse motivo, a grafia utilizada neste trabalho adotará a forma 'Xukuru', em consonância com a forma como o próprio grupo se identifica, reforçando o protagonismo das comunidades indígenas na definição de sua nomenclatura.

<sup>3</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. Caso do Pueblo indígena Xukuru y sus miembros vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

Vale examinar então os principais alicerces dessa argumentação a fim de compreender se o conteúdo do regime constitucional das terras indígenas no Brasil — na forma como apresentada pelo Estado brasileiro e aceita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos — converge com a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou, se pelo contrário, for identificada uma divergência, essa não significaria um esvaziamento dos pilares constitucionais que sustentam o discurso construído pelo Brasil no direito interamericano.

Em outras palavras, a análise se dará por duas perspectivas: a constitucionalidade, verificando se a tese do marco temporal está alinhada com a proteção conferida pela Constituição Federal às terras indígenas; e a convencionalidade, avaliando se essa tese se adequa aos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a propriedade comunal.

Considerando que a defesa do Brasil no caso Xukuru incluiu a questão da moldura constitucional dos direitos indígenas e essa pontuação foi aceita pela Corte IDH, resultando na não condenação do Estado pelo dever de adotar disposições de direito interno, conforme o artigo 2 da CADH, a série de conclusões seguidas é a seguinte: a Constituição brasileira protege a propriedade coletiva dos povos indígenas; essa proteção foi considerada suficiente para demonstrar que o Brasil adota as disposições da Corte IDH —estando incluída a concepção de propriedade comunal na forma como interpretada e construída pelo Tribunal— e, conseqüentemente, a possível constitucionalidade da tese do marco temporal, por ser oposta às disposições da Corte, representaria uma quebra na sequência lógica das conclusões iniciais.

Assim, o trabalho inova ao fazer uma apuração dos pontos de divergência e convergência entre as argumentações que alicerçam a narrativa jurídica brasileira no cenário nacional e internacional, abordando a pesquisa pela perspectiva de que a definição da constitucionalidade do critério do marco temporal pode representar a descaracterização da proteção constitucional concedida aos povos indígenas e, conseqüentemente, a base da proteção e defesa do Estado na conjuntura interamericana.

Por fim, cabe esclarecer que para proceder à análise desse contexto e alcançar o objeto da pesquisa, utilizou-se a seguinte metodologia: em um primeiro momento, foi realizada uma revisão bibliográfica, a fim de compreender o desenvolvimento histórico das conceituações e disposições relativas à proteção dos povos indígenas nas constituições brasileiras, bem como a fundamentação interpretativa escolhida pelo constituinte originário.

Posteriormente, procedeu-se à análise da jurisprudência, com o intuito de identificar os parâmetros interpretativos e aplicativos da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tanto no momento da fixação da tese do marco temporal em 2009, quanto na alteração



de posicionamento que culminou na declaração de sua inconstitucionalidade.

Ademais, foi efetuada uma análise da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com especial atenção às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no sentido de verificar quais parâmetros foram estabelecidos por esse sistema para a proteção dos povos indígenas e suas terras. Por fim, foi desenvolvido um estudo de caso do Povo Xukuru, o qual foi utilizado como exemplo prático da consolidação da melhor interpretação constitucional (aquela defendida pela posição estatal) e da aplicação adequada dos parâmetros interamericanos, servindo como base sólida para a análise de convencionalidade.

Desse modo, a pesquisa caracteriza-se por uma abordagem mista, que combina uma análise expositiva com uma metodologia dedutiva, visando uma compreensão abrangente e aprofundada da temática abordada.

## **2 A MOLDURA NORMATIVA BRASILEIRA DO DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA**

Neste capítulo, serão analisadas as mudanças constitucionais que moldaram a proteção dos direitos territoriais indígenas no Brasil, destacando a evolução histórica das constituições brasileiras e a transformação na compreensão jurídica das terras indígenas, culminando na Constituição de 1988, que estabeleceu uma nova abordagem ao reconhecer a especial relação dos povos indígenas com seus territórios. Serão também examinados os dispositivos constitucionais de 1988 que asseguram a posse permanente, o usufruto exclusivo, a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade das terras indígenas, bem como as interpretações jurisprudenciais que consolidam esses direitos.

### **2.1 A Transformação Constitucional dos Direitos Indígenas no Brasil**

Para compreender a proteção das terras indígenas no Brasil, é crucial analisar sua evolução histórica. O fenômeno jurídico é caracterizado por sua historicidade, permitindo a investigação de suas manifestações normativas ao longo do tempo. As diversas formas de Direito refletem as diferentes experiências históricas dos que estão inseridos no mundo.

Entender uma concepção jurídica exige partir do entendimento vigente em cada época. Esse fundamento, seja metafísico ou não, deve ser considerado como ponto de partida, afirmado ou contestado no presente, para estruturar ações futuras. Mesmo com a pluralidade

de opiniões, existe um ponto comum; ignorar essas delimitações significa perder contato com o próprio mundo-da-vida (Hespanha, 1971 apud. Massáu e Coelho, 2015).

O ser histórico modifica seu próprio mundo, o da cultura. O Direito, inserido nesse contexto, é um produto cultural, refletindo juízos valorativos sobre a vida social, presentes na legislação dos Estados modernos. Independentemente da interpretação, o significado do texto jurídico está sempre inserido em seu contexto histórico. O Direito concentra-se nas intenções normativas de ideais axiológico-jurídicos que o intérprete recolhe da legislação por meio da hermenêutica. Assim, cada norma carrega uma memória e uma história, refletindo os valores e intenções normativas de seu tempo (Massáu e Coelho, 2015).

O primeiro exemplo disso é a compreensão de que a realidade do acesso, uso e apropriação das terras brasileiras é resultado de uma condição colonial de longa exploração. Conforme Elizângela Silva<sup>4</sup> destaca, o sistema colonial secular não apenas devastou física e culturalmente as populações indígenas, mas também assegurou a instituição das grandes propriedades privadas nas mãos de poucos. A concentração de terras nas mãos das classes agrárias permitiu o exercício de um violento poder de dominação e exploração dos trabalhadores do campo por meio de múltiplas formas de expropriação (Silva, 2018).

Desde o período colonial, a política indigenista esteve intimamente associada à política territorial. No século XVII, a legislação lusitana já apresentava sinais dessa conexão. Monteiro e Cardoso Squeff (2019, p.126) explicam que, embora, inicialmente, Portugal tenha ignorado todo e qualquer direito territorial aos povos nativos, com a edição do Bula *Sublimis Deus*, por parte do papa Paulo III, e a conseqüente determinação de que as propriedades e povos indígenas fossem respeitados pelos católicos, essa lógica mudou.

Nesse sentido, o Alvará de 1º de abril de 1680 continha disposições sobre a posse e os direitos dos indígenas em relação aos territórios que ocupassem, reconhecendo-os como primeiros ocupantes e donos naturais das terras (Monteiro e Cardoso Squeff, 2019).

Essa disposição foi reiterada na lei de 6 de julho de 1755, que — embora cumprida de forma muito limitada, pois as terras indígenas acabaram sendo utilizadas como parte de um processo meticuloso de apropriação indevida pelos colonizadores — também reconhecia os direitos dos indígenas decorrentes da ocupação inicial da terra (Araújo, 2006 apud. Monteiro e Cardoso Squeff, 2019).

---

<sup>4</sup> Indígena Pankararu, Doutora em Serviço Social no Programa de Pós Graduação em Serviço Social da Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Recife, PE (2016.1-2020.1). Mestre em Serviço Social pelo Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Natal/RN (2012). Formada em Serviço Social pela Universidade Potiguar do Rio Grande do Norte, UnP, Natal/RN (2009).

A partir de 1822, as forças liberais que influenciaram o processo de proclamação da Independência tomaram consciência da necessidade de definir uma política indigenista para o Império. O projeto mais relevante nesse sentido foi elaborado por José Bonifácio de Andrada e Silva e apresentado à Assembleia Constituinte em 1823, defendendo que fossem asseguradas aos indígenas as terras que lhes restavam, reconhecendo-os como legítimos detentores dessas áreas (Cunha, 1987 apud. Lopes e Mattos, 2006).

O período imperial trouxe mudanças significativas na estrutura política e legislativa do Brasil, com a outorga da primeira constituição em 1824, marcada pela centralização do poder e pela ausência de referência direta à questão indígena. Essa omissão legislativa refletia a prioridade dada à consolidação do poder monárquico e ao fortalecimento de uma estrutura estatal que favorecia as elites agrárias (Lopes e Mattos, 2006).

A situação indígena começou a receber atenção oficial apenas com a publicação do Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, em 1845. No entanto, essa legislação focava na formação de aldeias e missões com o objetivo de civilizar e catequizar as comunidades indígenas, ignorando questões críticas como os direitos patrimoniais e territoriais dos povos indígenas (Souza Filho, 2005 apud. Lopes e Mattos, 2006). Nesse contexto, o Brasil permaneceu sem uma legislação específica que tratasse da aquisição territorial entre os anos de 1822 e 1850, período marcado pela suspensão do Regime das Sesmarias até o advento da Lei de Terras.

A Lei de Terras de 1850, que veio a organizar os registros das terras e legalizar as ocupações sem autorização, também representou uma nova fase de institucionalização das formas de expropriação. Ao estabelecer a compra como a única forma legal de aquisição de novas terras, a lei ampliou as desigualdades e a concentração fundiária no país. Além disso, a lei previa a reserva de terras devolutas para a colonização dos indígenas, mas omitia o reconhecimento do direito originário indígena sobre os territórios tradicionalmente ocupados, reforçando o processo de exclusão das populações indígenas de suas terras ancestrais (Silva, 2018).

A Lei de Terras é muitas vezes vista como o "batismo do latifúndio" no Brasil. Ela institucionalizou as formas de expropriação que já vinham ocorrendo desde os primeiros anos da colonização, perpetuando a destruição das populações originárias e forçando migrações compulsórias. Esse processo levou à consolidação de uma estrutura agrária profundamente desigual, onde os povos indígenas que resistiram às expropriações foram empurrados para regiões de difícil acesso ou marginalizados nas periferias urbanas, continuando a enfrentar ameaças das formas de exploração capitalista que avançavam pelo campo (Silva, 2018).

Assim, o período imperial consolidou a marginalização dos direitos territoriais indígenas, reforçando as desigualdades e a concentração de terras, que seriam questões centrais nas discussões jurídicas e políticas que se seguiriam nos períodos posteriores.

O fim do período imperial, em 1889, trouxe consigo a dissolução da estrutura política que sustentava a Monarquia. No entanto, a reorganização da sociedade brasileira que se seguiu com a instauração do regime republicano não alterou substancialmente o relacionamento entre os povos indígenas e o colonizador, que continuava sendo mediado pela Igreja Católica. Embora setores da sociedade, influenciados pela Escola Positiva de Augusto Comte, tenham tentado incluir a proteção às sociedades indígenas no projeto da primeira constituição republicana, a versão final da Carta Magna de 1891 não mencionou os povos indígenas em seu texto (Costa; Mello, 1999 apud Lopes e Mattos, 2006).

No início do século XX, a questão indígena ainda não era tratada de forma substancial, sendo vista principalmente como um obstáculo ao progresso nacional e um problema relacionado aos interesses econômicos em torno da posse de terras. A Constituição de 1891, em vez de abordar a questão indígena com a devida importância, fez apenas uma breve menção a um possível reconhecimento de terras anteriormente concedidas pela Coroa portuguesa. Os indígenas continuavam sendo considerados um empecilho ao desenvolvimento nacional, e a proteção de seus direitos não era uma prioridade do Estado (Silva, 2018).

A pressão internacional em relação à condição dos povos indígenas e dos trabalhadores rurais no Brasil resultou na criação, em 1910, do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), que mais tarde, em 1918, foi reestruturado e renomeado como Serviço de Proteção aos Índios (SPI). O SPI passou a atuar exclusivamente nas questões indigenistas, refletindo uma mudança na visão do Estado em relação aos indígenas. Embora reconhecidos como seres dignos de "conviver em comunhão nacional", persistia a ideia de que eram cultural e evolutivamente inferiores, necessitando da tutela do Estado para alcançar um estágio cultural e econômico superior antes de poderem integrar-se plenamente à nação (Gomes, 2012, p.92).

Ao longo do século XX, ocorreram transformações significativas na abordagem da questão indígena no Brasil. Houve avanços institucionais na organização dos serviços e na atuação direta do Estado e de órgãos de proteção, resultando em melhorias na legislação de proteção aos povos indígenas. Apesar de conter elementos contraditórios, esses processos incluíram o mapeamento e a visibilidade da presença indígena no território brasileiro, bem como a organização de dados e registros oficiais que ajudaram a dimensionar a realidade concreta dos povos indígenas no país (Gomes, 2012).

Nessa sequência, o início do período republicano trouxe consigo mudanças na abordagem do Estado brasileiro em relação aos povos indígenas, refletidas em algumas tentativas de reconhecimento e proteção de seus direitos territoriais. Com o advento da Constituição de 1934, pela primeira vez na história republicana, os povos indígenas foram mencionados explicitamente no texto constitucional. O artigo 5º, XIX, “m” da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 trouxe a ideia de integrar os indígenas à comunidade nacional, ainda que de forma ambígua, deixando em aberto se a intenção era civilizá-los, desconsiderando sua autonomia cultural, ou reconhecê-los como brasileiros, o que já eram de fato (Massaú e Coelho, 2015).

A Constituição de 1934 também tratou, no artigo 129, da posse das terras indígenas, estabelecendo que essas terras deveriam permanecer na posse dos povos indígenas que ali já se encontravam, sendo consideradas inalienáveis. Esse dispositivo representou um avanço no reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que de forma insuficiente, uma vez que a norma não detalhava plenamente as implicações desse reconhecimento (Bulos, 2009; Antunes, 2013).

A Constituição de 1937, por sua vez, conhecida como a Constituição do Estado Novo, manteve as disposições anteriores em relação às terras indígenas, repetindo o artigo 129 da Constituição de 1934 no artigo 154, agora inserido no capítulo da “Ordem Econômica”. Essa mudança de localização do dispositivo atribuiu uma conotação econômica às terras indígenas, enfatizando a inalienabilidade dessas áreas, mas sob uma perspectiva que poderia ser interpretada como de valor meramente econômico (Massaú e Coelho, 2015).

Já a Constituição de 1946, promulgada após o fim do Estado Novo, retomou as disposições da Constituição de 1934, reiterando no artigo 5º, XV, “r” e no artigo 216 que "Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não se transferirem" (Brasil, 1946). Essa continuidade normativa ao longo das três constituições demonstra um reconhecimento formal da presença indígena e de seus direitos territoriais, mas também revela as limitações e ambiguidades na proteção efetiva desses direitos ao longo do período republicano inicial (Antunes, 2013).

A partir da década de 1960, o cenário político brasileiro passou por transformações profundas, com o advento da ditadura militar em 1964. A nova Constituição, outorgada em 1967, trouxe importantes mudanças no tratamento das questões indígenas. O texto constitucional determinava que as terras ocupadas pelos povos indígenas passariam a integrar o patrimônio da União, garantindo aos indígenas o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras (Lopes e Mattos, 2006; Antunes, 2013). Esse

dispositivo representava um avanço em termos de proteção territorial, ao assegurar formalmente o direito dos indígenas sobre os recursos em suas terras, embora sem reconhecer plenamente a autonomia cultural ou os direitos originários dos povos indígenas.

Em 1969, em meio ao regime militar e com o Congresso Nacional em recesso, foi promulgada uma nova Carta Constitucional sob a forma de emenda. Esta Emenda Constitucional reafirmou a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de atos que tivessem como objeto o domínio, a posse ou a ocupação por terceiros de terras habitadas por indígenas. Ademais, estabeleceu que os terceiros ocupantes não teriam direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI, reforçando o controle do Estado sobre as terras indígenas (Lopes e Mattos, 2006; Antunes, 2013).

Em 1973, o Brasil deu mais um passo significativo ao aprovar o Estatuto do Índio, através da Lei n. 6.001. Esse estatuto regulamentou diversos aspectos jurídico-administrativos relacionados aos povos indígenas, estabelecendo medidas de assistência e promoção, bem como definindo os processos de regularização fundiária e a condição social e política dos indígenas perante a nação. O Estatuto atribuiu à Funai a responsabilidade pela definição e demarcação das terras indígenas, com a homologação final sob a prerrogativa do Presidente da República (Gomes, 2012; Costa, 2023). Essa centralização das decisões na Funai e no Executivo federal gerou tensões, especialmente com as visões conservadoras que buscavam ressuscitar políticas integracionistas e assimilacionistas.

Apesar dos avanços legislativos, as décadas de 1970 e 1980 foram marcadas por retrocessos na interpretação dos direitos indígenas, agravados pelas ações do regime militar. Ao mesmo tempo, esse período viu o surgimento de movimentos sociais e organizações como o Conselho Indigenista Missionário (Cimi), que ampliaram o debate sobre a questão indígena e impulsionaram a mobilização política dos próprios indígenas em defesa de seus direitos. As denúncias e críticas ao Estado possibilitaram a abertura de novos espaços de discussão e fortalecimento das organizações indígenas (Gomes, 2012).

O Estatuto do Índio definiu as terras indígenas como “terras ocupadas ou habitadas” nos termos da Constituição então vigente, incluindo áreas reservadas e terras de domínio das comunidades indígenas. Contudo, o reconhecimento legal dessas terras não foi acompanhado pela garantia plena de autonomia na gestão dos territórios. O próprio Estatuto previu a possibilidade de intervenção da União em áreas indígenas em situações específicas, como por questões de segurança nacional, realização de obras públicas ou exploração de riquezas do subsolo, desde que houvesse reparação integral dos prejuízos causados (Costa, 2023).

Assim, as transformações ocorridas entre os anos 1960 e 1980 refletiram uma tensão

constante entre o avanço na formalização dos direitos territoriais indígenas e as limitações impostas por um Estado centralizador, ainda pautado por uma lógica de controle e intervenção sobre as terras e as vidas dos povos indígenas. Essas dinâmicas lançariam as bases para os debates e as lutas que se intensificariam nas décadas seguintes, especialmente com o processo de redemocratização do país.

As décadas de 1970 e 1980 foram marcadas por retrocessos na interpretação dos direitos indígenas, mas também por um crescente movimento de mobilização social que começou a questionar as políticas do Estado em relação aos povos originários. Essa efervescência culminou em uma transformação significativa na forma como o Brasil tratava a questão indígena, especialmente com a promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 representou uma mudança de paradigma na abordagem estatal em relação aos povos indígenas. Diferente das constituições anteriores, que viam os indígenas sob uma ótica assimilacionista, buscando sua integração à sociedade nacional de maneira forçada e transitória, a nova Carta Magna trouxe um reconhecimento inédito dos direitos dos povos indígenas. Segundo Souza Filho e Bergold, a Constituição de 1988 foi a primeira a romper com a tradição integracionista do continente, garantindo aos indígenas o direito de continuar sendo indígenas, com pleno respeito à sua identidade cultural e coletiva (2013, p.14).

A Constituição de 1988 estabeleceu uma nova relação entre o Estado brasileiro e os povos indígenas, reconhecendo não apenas a inalienabilidade de suas terras, mas também seu direito de manter sua cultura, tradições e organização social. Esse reconhecimento rompeu com a provisoriedade que havia caracterizado toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato entre indígenas e não indígenas no Brasil, assegurando que "Está rompida a provisoriedade que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato" (Souza Filho; Bergold, 2013, p.15).

Além disso, a Constituição de 1988 influenciou outras nações da América Latina a adotarem disposições semelhantes, com cada país aprofundando o reconhecimento dos direitos indígenas de acordo com a força de participação dos povos indígenas em seus processos constituintes e a intensidade democrática desses processos. No Brasil, a Constituição de 1988 foi, portanto, um marco fundamental na história dos direitos indígenas, sinalizando um novo capítulo em que o Estado não apenas reconhece, mas também protege o direito dos povos indígenas de existirem como grupos diferenciados e de continuarem ocupando suas terras tradicionais (Souza Filho; Bergold, 2013).

A caminhada constitucional no Brasil revela uma trajetória complexa e

frequentemente contraditória na proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas. Desde as primeiras constituições republicanas, passando pelas legislações do período imperial e pela era da ditadura militar, até a promulgação da Constituição de 1988, observamos um gradual, embora muitas vezes insuficiente, reconhecimento dos direitos indígenas. Cada nova constituição trouxe ajustes e mudanças, mas foi apenas com a Carta Magna de 1988 que se deu um rompimento significativo com o paradigma integracionista, consolidando o direito dos povos indígenas de manterem sua identidade cultural e suas terras tradicionais.

Essa evolução culmina em um marco histórico de proteção e respeito aos direitos dos povos originários no Brasil, mas para compreender plenamente o alcance dessas mudanças, é necessário aprofundar a análise nos dispositivos específicos da Constituição de 1988, que será o foco do próximo tópico.

## **2.2 A Proteção Constitucional das Terras Indígenas: Princípios e Garantias**

A Constituição de 1988 marcou um divisor de águas na história dos direitos indígenas no Brasil, ao incorporar de forma explícita e abrangente as demandas dos povos indígenas no processo constituinte. Conforme observa Costa (2023, p.41), ao participarem ativamente do processo político, os povos indígenas não apenas reivindicaram sua condição de sujeitos de direito em igualdade de condições, mas também moldaram a nova ordem constitucional com suas próprias perspectivas e subjetividades. Isso resultou em uma Constituição plural, reconhecendo que os direitos indígenas previstos na Carta Magna de 1988 não foram outorgados, mas sim reconhecidos, pois as organizações sociais, as culturas e os vínculos territoriais dos povos indígenas são preexistentes ao próprio Estado Democrático de Direito (Costa, 2023, p. 41).

Uadi Lamengo Bulos denomina a Constituição de 1988 como a "Constituição do Índio" devido à proeminência dada às questões indígenas em diversos dispositivos constitucionais. A Constituição Federal, em seu Art. 20, XI, determina que as terras ocupadas pelos índios são bens da União, afetadas constitucionalmente para a proteção dos indígenas. O Art. 22, XIV, atribui à União a competência privativa para legislar sobre as populações indígenas, enquanto o Art. 49, XVI, confere ao Congresso Nacional a competência exclusiva para autorizar a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos e minerais em terras indígenas. O Art. 176, § 1º, estabelece os requisitos para a realização de pesquisas e lavras de recursos minerais, e o Art. 109, XI, fixa a competência da Justiça Federal para resolver disputas sobre direitos indígenas. O Art. 129, V, atribui ao Ministério Público a defesa dos



direitos e interesses dos indígenas em âmbito judicial (Brasil, 1988 apud Bulos, 2009, p. 1454-1455).

Os artigos 231 e 232, que compõem o Capítulo VIII, são centrais para a proteção dos direitos indígenas. O Caput do Art. 231 reconhece a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas, destacando os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, impondo à União o dever de demarcá-las e protegê-las. Em sua análise sobre o direito territorial indígena, Bulos (2014, apud Viegas, 2015, p.108) identifica que:

há três hipóteses que qualificam uma terra como indígena a partir da tradicionalidade: 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.

A participação dos povos indígenas na Assembleia Nacional Constituinte e o reconhecimento de seus direitos na Constituição de 1988 também são enfatizados por Souza Filho, que considera essa Carta Magna uma verdadeira "Ruptura Continental". Souza Filho destaca que a Constituição rompeu com a tradição integracionista do continente ao garantir aos indígenas o direito de continuar sendo indígenas, preservando sua organização social e cultural, em contraposição à política pública anterior que os via como estando em um estágio provisório de transição para a civilização e a integração à comunhão nacional (Souza Filho, 2013 apud Viegas, 2015).

A originalidade desse direito reside no fato de que ele independe de qualquer ato do Estado, sendo um reconhecimento de um direito preexistente, afinal:

não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito a suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar reconhecimento a terceiros. Como é dever da União, diz a continuação do caput, demarcar, proteger e respeitar, quando não o faz, há ato omissivo da Administração, evidentemente reparável por via Judicial, mas jamais desconstituidores do direito indígena. Daí que aquele domínio da União do art. 20 é destituído de eficácia jurídica, salvo para a União estar em juízo em sua defesa. O que se reconhece é a ocupação real e atual. É claro que a atualidade da ocupação não significa estar usando a terra a cada momento e sempre. É evidente que pode haver fatos impeditivos do uso atual, como, por exemplo, constrangimento por terceiros, por ato próprio do Estado, etc. (Souza Filho, 2013, p. 2152).

Além disso, Souza Filho esclarece que a atualidade da ocupação deve ser compatibilizada com a possibilidade real de uso pela comunidade, acrescida pela tradicionalidade de como se dá essa ocupação. Ele afirma que:

cada povo indígena tem uma ideia própria de seu território, elaborada por suas relações internas de povo e externas com outros povos e na relação que estabelecem com a natureza onde lhes coube viver. Por isto mesmo, dentro dos direitos territoriais, estão os direitos ambientais que têm uma ligação estreita com os

culturais, porque significam a possibilidade ambiental de reprodução de seus hábitos alimentares, a farmacologia própria e a sua arte, artesanato e utensílios. Por isso, em cada terra indígena se encontra uma relação mágica entre os conhecimentos dos povos e a manifestação da natureza, importando não só o místico com o fático do espaço territorial. É claro que há muitos povos indígenas no Brasil, cujas terras foram reservadas ou demarcadas com critérios anteriores à Constituição, que se vêem distantes desta dimensão sacra do território. Há muitos povos, em especial os guarani do sul do Mato Grosso do Sul, que tiveram as terras reservadas no início do século XX, mas os lugares sagrados e os espaços vitais estão fora dessas reservas, o que, inevitavelmente, gera conflitos de difícil solução (2013, p. 2152).

O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 representa uma ruptura significativa com o paradigma integracionista que prevaleceu nas legislações anteriores. Como destaca Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa (2023), a garantia da terra é o ponto central do direito constitucional dos povos indígenas, pois a base territorial possui valor crucial para sua sobrevivência física e cultural. Essa importância transcendental da relação dos indígenas com o território foi absorvida pela ordem jurídica, refletindo-se no texto constitucional: "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens"(Brasil, 1988).

Carlos Marés de Souza Filho (2013) reforça que o artigo 231 da Constituição revela a intenção clara do constituinte de garantir direitos territoriais efetivos aos povos indígenas. Ele destaca que as terras reconhecidas devem estar adequadas à manutenção da vida indígena, garantindo direitos de organização social baseados em direitos territoriais, sem os confundir com conceitos de propriedade privada moderna.

Embora a Constituição não utilize o termo "território" para evitar confusões com o conceito de território nacional, a ideia de "terras indígenas" foi cuidadosamente separada da noção de propriedade privada para evitar especulações sobre transferibilidade e disponibilidade. Veja-se:

A Constituição de 1988 reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam. A formulação do artigo 231 nos remete a três ideias-chaves sobre as terras indígenas: **1) o caráter originário deste direito; 2) a ocupação real e atual; 3) a forma tradicional de ocupação** (Souza Filho; Bergold, 2013, p. 21) (grifos próprios).

Essa mudança de paradigma também é refletida na escolha do elemento jurídico-normativo central na disciplina das terras indígenas, que se baseia na relação antropológico-cultural dos indígenas com suas terras ancestrais. Pereira e Costa (2019) explicam que essa relação é a base da teoria do indigenato, que constitui o fundamento positivado do direito indígena, consagrando uma percepção jurídica imaterial e única, essencial à cultura indígena.

Diferente da posse ou propriedade civil, o indigenato reconhece o direito originário de posse permanente e usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, fundado em quatro elementos essenciais: a ocupação permanente das terras, sua utilização para atividades produtivas, a imprescindibilidade para a conservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar indígena, e a necessidade para a reprodução física e cultural dos povos, conforme seus usos, costumes e tradições (Pereira e Costa, 2019).

Esse direito indígena, diferentemente da posse civil, independe de qualquer titulação, precedendo qualquer outro título sobre a terra, baseando-se primordialmente em elementos de identificação antropológica e cultural do povo com o território. A Constituição de 1988, ao consolidar esses princípios, estabeleceu um novo marco na proteção dos direitos indígenas, rompendo com séculos de políticas de assimilação e integração forçada, e garantindo a continuidade da existência e das tradições dos povos originários em suas terras ancestrais.

Para além da análise do caput, a conceituação e compreensão das implicações que o texto constitucional traz para a terra indígena exigem uma análise detalhada dos parágrafos do artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Esses parágrafos são fundamentais para entender como o direito territorial indígena foi configurado e protegido pela nova ordem constitucional.

Badin (2006) define a terra indígena, antes de tudo, como uma propriedade coletiva reservada. Essas terras, embora sejam bens de titularidade da União, são reservadas especificamente para a plena garantia dos direitos das comunidades indígenas, conforme prescrito no caput do artigo 231 e no inciso XI do artigo 20 da Constituição. O papel da União é essencial, pois tem o dever constitucional de demarcar essas terras administrativamente, assegurando que elas cumpram seu propósito de proteção aos povos indígenas.

Ao abordar as delimitações indicadas nos parágrafos do artigo 231, é importante destacar as condições impostas no §1º:

Art. 231 [...]

§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 (Brasil, 1988).

Badin (2006) observa que todas essas condições se definem de acordo com os usos, costumes e tradições dos próprios indígenas, ou seja, conforme sua cultura, e não segundo os critérios dos não-indígenas. Esse entendimento é crucial para a interpretação do direito territorial indígena, pois enfatiza que a tradicionalidade deve ser vista sob a ótica dos próprios povos indígenas.

O critério de tradicionalidade, segundo Badin (2006), teve uma interpretação evolutiva no Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, houve uma tendência de considerar os requisitos do §1º como necessários e cumulativos. Contudo, a jurisprudência, ainda que não plenamente sedimentada, aponta para uma abordagem mais flexível e generosa, como defendida há muito pelo Ministro Victor Nunes Leal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 44.585, de 1961 (Brasil, 1962). Na ocasião o entendimento do Ministro Victor Nunes Leal foi pioneiro ao superar a rigidez de conceitos civilistas de posse e propriedade, defendendo o direito ao "território" enquanto "habitat" dos povos indígenas. Ele afirmou que:

A Constituição Federal diz o seguinte: "Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem."

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem disponibilidade das terras, objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo. Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era ocupada [...] ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico. Peço venia ao eminente Ministro Relator para acolher a arguição de inconstitucionalidade da Lei estadual n.º 1.077, de 1958, confirmando o acórdão do Tribunal local, que assim dispôs (Brasil, 1962).

Esse entendimento foi essencial para a forma como a tradicionalidade foi e deve ser entendida no parágrafo primeiro do artigo 231. Ele deixou claro que os territórios integram o patrimônio da União, sendo nulas quaisquer tentativas de aquisição de imóveis sobrepostos a essas áreas, como consolidado no enunciado 480 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que estabelece: "Súmula 480 . Pertencem ao domínio e à administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas" (Brasil, 1969).

Dessa forma, a interpretação dos parágrafos do artigo 231, especialmente no que tange à tradicionalidade da ocupação e ao conceito de território, reforça a ideia de que o direito dos povos indígenas às suas terras é originário, pré-existente e insuscetível de ser suprimido por legislações posteriores que tentem reduzir ou redefinir essas áreas.

Seguidamente, a análise dos parágrafos §2º e §3º do artigo 231 da Constituição Federal é essencial para entender como o direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo das terras indígenas foi concebido pelo constituinte. Esses dispositivos estabelecem que:

Art. 231 [...]

§2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§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 (Brasil, 1988).

Freitas Júnior esclarece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são de posse coletiva e indivisível, pertencendo a toda a comunidade indígena. A posse indígena, portanto, é sobre uma coisa indivisa, e essa indivisão, ao contrário do que ocorre com a composses estabelecida pelo Código Civil Brasileiro (art. 1.199), não se dissolve pela manifestação da vontade individual de qualquer membro da comunidade (Freitas Júnior, 2010, p. 95). Além disso, a posse atribuída às comunidades indígenas é considerada um direito real, oponível de forma geral, o que a torna superior a qualquer outro direito incidente sobre a terra, inclusive à propriedade atribuída à União pelo artigo 20, inciso XI, da Constituição (Freitas Júnior, 2010, p. 99).

Pereira e Costa (2019) complementam essa análise ao destacar que a propriedade pública sobre as terras indígenas, embora conferida à União, tem um caráter eminentemente protetivo. A posse dessas terras pela União destina-se a garantir todas as prerrogativas que se aplicam aos bens públicos, incluindo a inalienabilidade, a impenhorabilidade, a imprescritibilidade, a não-onerabilidade e a intangibilidade. Entretanto, essa posse não confere à União as prerrogativas típicas da propriedade civil, como o uso, fruição e disposição das terras, pois esses direitos são reservados exclusivamente aos povos indígenas, que detêm a posse e o usufruto das riquezas dessas terras.

Badin (2006) reforça essa perspectiva, afirmando que a posse conferida às comunidades indígenas pela Constituição é destinada a garantir que, no futuro, essas terras continuem a servir de habitat para os povos indígenas. Essa garantia constitucional de posse permanente reflete uma continuidade histórica e cultural, em que a terra é vista não apenas

como um espaço físico, mas como parte integrante do legado cultural transmitido entre gerações.

José Afonso da Silva (apud Badin, 2006, p. 135), argumenta que a declaração constitucional de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua posse permanente é uma garantia para o futuro, e não um pressuposto do passado. A Constituição não faz distinção entre posse atual e posse imemorial, utilizando o termo "ocupação tradicional" para incorporar tanto a dimensão temporal quanto a cultural desse direito. Esse entendimento permite que mesmo os povos indígenas removidos à força de suas terras, como os Panará, os Pataxós Hã Hã Hãe e os Krenaks, em Minas Gerais, possam reivindicar seus direitos sobre os territórios tradicionalmente ocupados, mesmo sem exercer posse física imediata.

Assim, os §§ 2º e 3º do artigo 231 consolidam o direito dos povos indígenas à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas naturais de suas terras, estabelecendo que qualquer exploração dos recursos deve ser autorizada pelo Congresso Nacional e incluir a participação das comunidades afetadas. Esses dispositivos refletem uma visão de proteção robusta e de respeito à autonomia dos povos indígenas em relação às suas terras, garantindo que o uso e a gestão desses recursos sejam conduzidos de acordo com suas tradições e necessidades.

Cabe explorar, ainda, o §4º do artigo 231 da Constituição Federal, o qual estabelece que "As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (Brasil, 1988). Essa disposição normativa confere às terras indígenas um caráter especial de proteção jurídica, assegurando que esses territórios não possam ser alienados, ou seja, transferidos a terceiros ou comercializados, nem utilizados para fins distintos daqueles previstos na Constituição.

Conforme Pereira e Costa (2019, p.241), a inalienabilidade impede que as terras sejam objeto de comércio, arrendamento ou qualquer ação que resulte na perda da posse ou do usufruto exclusivo pelas comunidades indígenas. A imprescritibilidade assegura que os direitos sobre as terras podem ser reivindicados pelos indígenas a qualquer momento, o que significa que qualquer ato de ocupação, domínio ou posse por terceiros pode ser anulado. Já a indisponibilidade garante que os indígenas não podem renunciar a seus direitos territoriais e que a União não pode destinar essas terras para finalidades diversas daquelas previstas constitucionalmente, como a posse permanente e o usufruto exclusivo das comunidades indígenas.

Nesse mesmo sentido, dispõem os §5º e §6º do art. 231 da Constituição Federal

(Brasil, 1988):

Art. 231 [...]

§ 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.

Dessa forma, a proteção dessas características jurídicas, na forma como é complementada pelos §5º e §6º, implica que a perda do direito sobre as terras indígenas somente ocorreria em caso de abandono voluntário, conforme destacam Pereira e Costa (2019, p.24). Mesmo em situações de expulsão forçada, a posse indígena sobre o território tradicionalmente ocupado não é descaracterizada, reforçando a solidez da proteção constitucional oferecida a esses direitos.

Logo, o artigo 231 da Constituição garante uma proteção superior às terras indígenas, assegurando que essas áreas sejam inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Isso significa que as terras não podem ser transferidas ou utilizadas para outros fins, que os direitos sobre elas podem ser reivindicados a qualquer tempo, e que nem os indígenas, nem a União podem abrir mão desses direitos ou utilizar as terras para outros fins que não os previstos na Constituição. Dessa forma, mesmo em casos de expulsão forçada, a posse indígena sobre o território permanece protegida, garantindo a preservação dos direitos e do modo de vida das comunidades indígenas.

Portanto, o presente estudo evidencia de forma clara que a Constituição de 1988 reconhece as terras indígenas como aquelas definidas por uma relação especial que as comunidades indígenas estabelecem com o espaço geográfico, atribuindo a essas terras significados simbólicos, religiosos, culturais, políticos e econômicos. Essa compreensão reflete o reconhecimento de um autêntico direito à territorialidade indígena, o qual inclui a expectativa de futuro das comunidades, assegurando que seus direitos sobre as terras não sejam limitados a um marco temporal específico. A interpretação jurisprudencial e o próprio sentido e proteção atribuídos pela Constituição reforçam o caráter originário desse direito, desvinculando-o de limitações temporais rígidas e valorizando a ocupação tradicional de acordo com a perspectiva cultural dos povos indígenas.

Além disso, a inclusão das terras indígenas no rol de bens da União, longe de afastar a propriedade indígena, serve para reforçá-la. A intervenção estatal deve ocorrer exclusivamente para defender a titularidade indígena em todos os seus aspectos, protegendo os direitos dos povos indígenas contra terceiros e garantindo os vínculos que esses povos estabelecem com seus territórios. Essa proteção não se limita à perspectiva clássica de uso e fruição das terras, mas abrange também o desenvolvimento espiritual, cultural, político e simbólico das comunidades indígenas, assegurando que suas tradições e modos de vida sejam preservados e respeitados conforme o que está consignado na Constituição.

### **3 A PROTEÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERAMERICANO**

Neste capítulo, será examinada a proteção das terras indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com ênfase na interação entre os direitos à propriedade privada e à propriedade comunal, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Serão abordados os diferentes sistemas de direitos humanos, destacando o Sistema Interamericano, suas especificidades e relevância na defesa dos direitos indígenas. A análise do direito à propriedade no contexto interamericano, conforme estabelecido no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), incluirá a evolução jurisprudencial da Corte IDH, que expandiu a interpretação do direito à propriedade para abranger a proteção da propriedade comunal das comunidades indígenas.

#### **3.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)**

A proteção dos direitos humanos no cenário internacional é sustentada por uma complexa estrutura de sistemas, cada um com seu âmbito de aplicação e particularidades. Conforme leciona Fábio K. Comparato, "todos os seres humanos merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem". Nesse contexto, surgem os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, que têm como principal objetivo garantir essa proteção contra violações ou restrições injustificadas, atuando em diferentes níveis e âmbitos de aplicação.

Os direitos humanos podem ser protegidos tanto no âmbito doméstico quanto no internacional. Em nível internacional, destacam-se o sistema global, onde as Nações Unidas (ONU) desempenham um papel central, e os sistemas regionais de proteção, compostos pelos sistemas europeu, interamericano e africano (Heyns, Padilla e Padilla, 2006, apud Lima,



2024). Esses sistemas entram em ação especialmente quando a proteção dos direitos humanos em um país específico falha, permitindo que o sistema global ou regional ofereça a necessária salvaguarda.

O sistema global de proteção foi formalmente inaugurado pela International Bill of Rights, que inclui a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os Pactos Internacionais de 1966 sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016. Essa Carta, embora seja o marco inicial, deu origem a um processo contínuo de elaboração normativa no âmbito das Nações Unidas e outros organismos internacionais, ampliando o sistema através de vários tratados multilaterais voltados à prevenção de violações graves, como genocídio, tortura e discriminação racial (Piovesan, 2023). Esse sistema global tem um alcance potencialmente universal, dependendo do consentimento dos Estados, mas convém destacar que os sistemas regionais, atuando na África, Américas e Europa, conseguem uma maior proximidade com as realidades locais, proporcionando uma proteção mais adaptada às necessidades regionais.

Dentro desse contexto, é crucial compreender o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui uma área autônoma, com seu conjunto próprio de normas, institutos e métodos de interpretação (Gonçalves, 2007). Esse sistema internacional possui três elementos essenciais: normas, órgãos e mecanismos. As normas incluem tratados, declarações e princípios, enquanto os mecanismos são os métodos pelos quais os órgãos monitoram e aplicam os direitos humanos (Albuquerque e Barroso, 2018).

Por fim, os Sistemas Regionais, ao se aproximarem das realidades e demandas específicas dos Estados membros, como ocorre no sistema interamericano, revelam um maior poder de constrangimento e de persuasão jurídica sobre os Estados violadores, principalmente através de suas cortes de direitos humanos, que emitem decisões vinculantes e atribuem reparações às vítimas de violações (Cerna, 2016; Albuquerque e Barroso, 2018).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi criado como uma ferramenta regional para a proteção dos direitos humanos nas Américas, sob a tutela da Organização dos Estados Americanos (OEA). A sua formalização começou na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em 1948, onde foi aprovada a Carta da OEA, que estabeleceu a base para a criação de órgãos dedicados à proteção dos direitos humanos (OEA, 1948a).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), oficialmente criada em

1959 durante a V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, desempenha um papel central na promoção e defesa dos direitos humanos nas Américas. Composta por sete membros, a CIDH é um órgão autônomo da OEA, com a responsabilidade, no âmbito do Sistema de Petições e Casos previsto pelo artigo 41(f) da CADH, de examinar denúncias de violações de direitos humanos contra Estados-Partes da CADH. As petições submetidas à CIDH passam por uma análise inicial de admissibilidade, conforme os critérios estabelecidos no artigo 46.1 da CADH, seguida de uma avaliação de mérito, que pode resultar em recomendações ao Estado denunciado, conforme o artigo 50.3 da CADH (OEA, 1969).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), instituída pela CADH em 1969, é o órgão judicial encarregado de interpretar e aplicar a CADH. Composta por sete juízes, a Corte tem competência para julgar casos contenciosos envolvendo Estados-Partes que tenham reconhecido sua jurisdição, conforme o artigo 62.3 da CADH (OEA, 1969). As decisões da Corte são obrigatórias, diferenciando-se das recomendações da CIDH. Além de resolver disputas, a Corte pode emitir pareceres consultivos sobre a interpretação da CADH ou a compatibilidade de leis nacionais com tratados interamericanos, conforme o artigo 64 da CADH (OEA, 1969).

O SIDH tem como eixo central a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Este tratado, adotado em 1969 durante uma conferência da Organização dos Estados Americanos (OEA) em San José, Costa Rica, entrou em vigor em 1978, marcando um passo decisivo na institucionalização da proteção dos direitos humanos no continente americano (Buergenthal, Shelton e Stewart, 2009).

A CADH foi estruturada para atuar em complemento à proteção dos direitos humanos oferecida pelos Estados-partes em suas jurisdições internas (Lima, 2024). O sistema interamericano exerce sua função de forma subsidiária, intervindo nos casos em que os Estados falham em garantir a proteção necessária ou onde as garantias oferecidas são insuficientes em relação aos direitos reconhecidos pela Convenção. Entre os direitos assegurados pela CADH estão o direito à vida, à liberdade, incluindo as liberdades de pensamento, expressão e religião, além do direito à personalidade jurídica, à privacidade, à nacionalidade e à proteção judicial (Mazzuoli, 2023).

A CADH ainda estabelece, no "Capítulo I", os deveres fundamentais dos Estados-partes, que incluem a obrigação de respeitar os direitos humanos (art. 1) e a necessidade de adotar disposições internas para assegurar a plena efetividade desses direitos

(art. 2) (OEA, 1969). Esses dispositivos são cruciais para o funcionamento do SIDH, orientando a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) na promoção e defesa dos direitos humanos na região.

Para além da CADH, o SIDH é fundamentado em um conjunto de tratados e protocolos interamericanos, incluindo a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (OEA, 1948), o Protocolo Adicional à CADH em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) (OEA, 1988), e outros instrumentos que formam seu o corpus juris.

Assim, uma vez compreendido o papel central que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos exerce na proteção dos direitos humanos no cenário global e regional, torna-se essencial explorar de forma mais específica como esse sistema aborda e protege o direito à propriedade. A análise do direito à propriedade no contexto interamericano permitirá uma compreensão mais aprofundada das normas e interpretações que guiam a proteção deste direito, especialmente em relação às demandas e desafios enfrentados pelos povos indígenas nas Américas.

### **3.2 O Direito à Propriedade no SIDH**

O presente tópico se propõe a analisar, inicialmente, como o direito à propriedade é expressamente garantido pela letra da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), destacando as disposições legais que estruturam essa proteção no âmbito interamericano. Em seguida, o foco se voltará para a trajetória e construção do conceito de direito à propriedade tal como desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse contexto, será abordado como a Corte não apenas aplica a letra da lei, mas também se empenha em interpretar os direitos da Convenção de maneira que reflita a melhor versão possível, adaptada às realidades regionais e nacionais dos Estados julgados, garantindo, assim, uma aplicação mais justa e adequada aos casos concretos.

#### *3.2.1 CADH: Art. 21. Direito à propriedade privada*

O direito à propriedade privada é um dos direitos civis e políticos consagrados no Capítulo II da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Esse capítulo estabelece uma série de direitos fundamentais que devem ser assegurados a todas as pessoas sob a jurisdição dos Estados-partes, sendo o direito à propriedade privada um desses direitos

essenciais. O artigo 21 da CADH, que trata especificamente desse direito, é estruturado em três parágrafos que delineiam as condições sob as quais a propriedade privada é reconhecida e protegida.

De acordo com o artigo 21 da CADH (OEA, 1969):

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.

Ao analisar o texto do artigo 21, é evidente que a Convenção se concentra exclusivamente na proteção da propriedade privada individual. O primeiro parágrafo garante a toda pessoa o direito de uso e gozo de seus bens, mas permite que a lei subordine esse direito ao interesse social. O segundo parágrafo estabelece as condições sob as quais uma pessoa pode ser privada de seus bens, sempre exigindo uma justa indenização e baseando-se em motivos de utilidade pública ou interesse social. O terceiro parágrafo, por sua vez, se refere à repressão da usura e de outras formas de exploração, reiterando a necessidade de proteger a integridade econômica dos indivíduos.

Essa estrutura normativa reflete claramente uma concepção de propriedade centrada no indivíduo, característica dos sistemas jurídicos influenciados pelo liberalismo. A CADH, em sua formulação original, não aborda a propriedade coletiva ou comunal, o que demonstra que o foco inicial da norma estava voltado para a proteção da propriedade privada como um direito individual (Estupiñan Silva, 2014). Essa ausência de menção à propriedade coletiva, especialmente relevante para comunidades indígenas, indica uma limitação do texto em reconhecer formas de propriedade que não se enquadram no paradigma liberal tradicional.

Esse enfoque pode ser problemático quando se trata da aplicação desse direito em contextos onde a relação com a terra é essencialmente coletiva e cultural, como é o caso das comunidades indígenas. A interpretação do direito à propriedade privada, conforme previsto na CADH, necessita de uma análise mais ampla quando aplicado às terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas. A relação dessas comunidades com seus territórios transcende a mera posse econômica, sendo um componente vital de sua identidade cultural e de sua sobrevivência como grupo (Neves, 2014). Nesse sentido, a territorialidade é um elemento crucial para essas comunidades, não apenas como um recurso físico, mas como uma parte intrínseca de sua cultura e espiritualidade.

Diante dessa realidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem

adotado uma interpretação evolutiva do artigo 21, ampliando sua aplicação para incluir a proteção da propriedade coletiva. Embora o texto da CADH não mencione explicitamente a propriedade comunal, a Corte IDH tem reconhecido a importância de proteger as terras indígenas sob o conceito de propriedade coletiva, rompendo com a visão tradicional que limita o direito à propriedade a um âmbito puramente individual (Neves, 2014).

Essa interpretação evolutiva é apoiada por um entendimento dinâmico dos tratados de direitos humanos, que são vistos como "instrumentos vivos" cujo significado deve evoluir com o tempo e as mudanças nas realidades sociais e culturais (Maués, 2007). Para mais, essa nova concepção de direito à propriedade se apoia, ainda, na ideia do Direito Internacional enquanto instrumento de uma regulação social, e o que Cançado Trindade chama de "justiça distributiva, por meio de seu processo de criação de outras normas" (Cardoso Squeff e Damasceno, 2021, p.278).

Assim, o direito à propriedade comunal, conforme reconhecido pela Corte IDH, prevalece sobre o direito à propriedade privada individual, considerando que a ligação cultural e tradicional dos povos indígenas com suas terras não pode ser reduzida a um simples título de propriedade ou à ocupação física contínua.

### *3.2.2 Corte IDH: o Direito à "Propriedade Comunal" como resultado interpretativo*

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o direito à "propriedade comunal" emerge como resultado de uma interpretação evolutiva do direito à propriedade, conforme disposto no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Esse processo interpretativo é crucial, considerando as realidades específicas dos povos indígenas, povos originários e comunidades tradicionais, cujas concepções de propriedade muitas vezes divergem do conceito ocidental de propriedade privada individual.

A Corte IDH, ao interpretar o artigo 21 da CADH, enfrenta o desafio de harmonizar o conceito tradicional de propriedade privada com as necessidades e direitos coletivos das comunidades indígenas. Como Álvares et al. (2023) explicam, o modelo de atuação da Corte e seu escopo abrangente exigem uma prática de análise que não apenas proteja a propriedade individual, mas que também reconheça e respeite as formas coletivas de propriedade, especialmente em contextos onde os direitos territoriais dos povos indígenas foram historicamente violados. A Corte, assim, busca garantir uma segurança jurídica que não seja restritiva ou limitativa, mas que compreenda as múltiplas realidades dos Estados membros.

Renato Zerbini Ribeiro Leão destaca que, para os povos indígenas, a terra tem um significado que transcende o mero uso econômico. "A terra, para os povos indígenas, alcança um significado profundo e de alta transcendência, trata-se da Mãe Terra: aquele ente que os acolhe, dando-lhes de comer. Em consequência, existe um anel interativo entre os povos indígenas, o meio ambiente, a fauna e a flora" (Leão, 2021, p. 161). Essa concepção holística da terra exige que a propriedade seja entendida não apenas como um direito individual, mas como um direito coletivo que integra a identidade cultural e a sobrevivência física e espiritual dessas comunidades.

A Corte IDH, ao considerar esses aspectos, desenvolveu uma jurisprudência que reconhece a propriedade comunal como um direito fundamental dos povos indígenas. Esse reconhecimento é essencial para a garantia de sua autonomia e autodeterminação. A interpretação da Corte vai além do texto literal do artigo 21 da CADH, ampliando sua aplicação para incluir formas de propriedade que são fundamentais para a preservação da cultura e da identidade das comunidades indígenas.

Assim, a propriedade comunal não é apenas um conceito jurídico, mas uma necessidade prática para a sobrevivência dessas comunidades em face das ameaças à sua existência e ao seu modo de vida tradicional. Com base nessa concepção, a Corte IDH reconheceu a necessidade de aplicar e interpretar o direito estabelecido no art. 21 da CADH para além do sentido individual da propriedade privada.

Nesse contexto, considero oportuno retomar as reflexões e conclusões que apresentei em uma produção acadêmica anterior, onde explorei detalhadamente o impacto da conceituação estabelecida pela Corte IDH sobre a "propriedade comunal"<sup>5</sup>. Naquela ocasião, o foco foi a análise do cenário na América Latina, com especial atenção ao caso das comunidades Garífunas em Honduras. No entanto, os principais pilares da jurisprudência da Corte, que organizei e examinei nesse estudo, possuem relevância e aplicabilidade também para o Brasil, enquanto signatário da Convenção Americana e sujeito à jurisdição da Corte IDH. Por essa razão, considero pertinente reapresentar esses achados, que continuam a ser fundamentais para a compreensão da proteção jurídica das comunidades tradicionais no contexto interamericano.

Dentro dos parâmetros estabelecidos pela Convenção Americana sobre Direitos

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, ver: ÁLVARES, Luísa Cristina Vasconcelos Marimon; PRÓBIO, Marcos Vítor Evangelista; PEREIRA, Maria Eduarda Arcoverde de França; RIBEIRO, Wendy Lis Brito. O exercício jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos na garantia e proteção à propriedade comunal: um olhar crítico sobre a luta de comunidades tradicionais e dos povos originários. In: **SEMEANDO MUDANÇAS: JORNADAS DE ESPERANÇA E AÇÃO COLETIVA**. Brasília: SINUS, 27 maio 2023. p. 12-40. ISBN 978-65-00-70054-1.

Humanos, destaca-se o artigo 29-b, que proíbe interpretações restritivas de suas disposições, especialmente aquelas que possam limitar o gozo e o exercício dos direitos e liberdades protegidos. Com base nesse princípio, a Corte IDH desenvolveu uma jurisprudência robusta e abrangente, utilizando uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Dentre os instrumentos tidos como base para o entendimento firmado, se encontra a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe:

Artigo 13 -

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, 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.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14 -

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes [...] (OIT, 1989).

Essa abordagem permitiu à Corte afirmar a propriedade comunal das comunidades indígenas e tribais como um aspecto fundamental do direito à propriedade privada previsto no artigo 21 da CADH (Álvares et al., 2023; Corte IDH, 2022).

Um dos primeiros pilares dessa construção jurisprudencial surgiu nos casos da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua (2001) e da Comunidade Moiwana Vs. Suriname (2005). Nesses julgamentos, a Corte estabeleceu que a posse da terra pelas comunidades indígenas, mesmo sem um título formal de propriedade, é suficiente para o reconhecimento oficial dessa propriedade e o subsequente registro. Essa visão se baseia na compreensão de que a relação dos povos indígenas com a terra é essencial para sua cultura, espiritualidade, integridade e sobrevivência econômica, transcendendo a mera posse física para se tornar um componente material e espiritual vital (Leão, 2009 apud Álvares et al., 2023).

O entendimento foi expandido em 2006, no Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai, onde a Corte reconheceu que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas possuem um significado coletivo, não se limitando à concepção clássica de propriedade. A Corte argumentou que ignorar as formas específicas de

uso e usufruto dos bens, conforme os costumes e crenças de cada povo, seria o mesmo que tornar ilusória a proteção oferecida pelo artigo 21 da Convenção. Este caso ilustra claramente a ampliação da interpretação da Corte sobre o direito à vida e à dignidade, considerando as particularidades culturais dos povos indígenas (Leão, 2022 apud Álvares et al., 2023).

Esse entendimento levou à formulação do segundo pilar: a posse da terra não é um requisito para o direito de devolução. A posse tradicional das terras pelos indígenas é equiparada ao título de pleno domínio conferido pelo Estado, permitindo-lhes exigir o reconhecimento oficial da propriedade e seu registro, mesmo que tenham perdido a posse por razões alheias à sua vontade. A Corte esclareceu que, mesmo em casos onde as terras foram transferidas a terceiros de boa-fé, os indígenas mantêm o direito de recuperá-las ou de receber outras terras de extensão e qualidade equivalentes (Corte IDH, 2006, par.128).

O terceiro pilar da jurisprudência estabelece que, enquanto a relação dos povos indígenas com suas terras tradicionais persistir, o direito de reivindicação continua válido, independentemente do tempo decorrido desde a perda dessas terras. A relação com a terra pode incluir práticas tradicionais como rituais espirituais, assentamentos temporários, caça, pesca ou coleta sazonal, e não se restringe ao uso contínuo e físico do território. Se houver impedimentos reais, como violência ou ameaças, o direito à recuperação dessas terras permanece até que esses obstáculos sejam removidos (Corte IDH, 2006, par. 131-132).

Nesse sentido, vale trazer o trecho da sentença do Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai, no qual a Corte examina se o direito de recuperação de terras tradicionais permanece indefinidamente no tempo (Corte IDH, 2010, par 111-112):

Neste caso, **ainda que os membros da Comunidade não tenham a posse** das terras reclamadas, conforme a jurisprudência desta Corte [...] **eles têm o direito de recuperá-las.**

Com respeito à possibilidade de recuperar as terras tradicionais, em oportunidades anteriores a Corte estabeleceu que **a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras** tradicionais, razão pela qual **enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente.** Se esta relação tivesse deixado de existir, também se extinguiria esse direito (grifos próprios).

Com base nesses fundamentos, a Corte IDH desenvolveu o quarto pilar da proteção dos direitos de propriedade indígena, que é o dever do Estado de delimitar e demarcar as terras indígenas. Nos casos dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano Vs. Panamá (2014) e Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname (2015), a Corte determinou que esses povos têm o direito de obter a titulação de seus territórios, garantindo o uso e gozo permanente das terras. Essa determinação se baseia na necessidade de proteger juridicamente esses territórios contra a incerteza e a insegurança que afetam muitos povos indígenas,



garantindo que o reconhecimento da propriedade comunal seja acompanhado de um título formal e de uma demarcação física clara (Corte IDH, 2018, par.119).

De forma complementar, o quinto pilar aborda a formalização desse reconhecimento, afirmando que o direito à propriedade comunal inclui o direito a um processo adequado para a titulação das terras, em um prazo razoável. A Corte IDH enfatiza a necessidade de mecanismos administrativos eficazes e ágeis para proteger, garantir e promover os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios, de acordo com as regras do devido processo legal consagradas na Convenção. Esses mecanismos devem considerar as particularidades e vulnerabilidades dos povos indígenas, respeitando seus direitos consuetudinários, valores, usos e costumes (Corte IDH, 2014, par.166).

Não basta que a legislação preveja processos formais para titulação, delimitação, demarcação e desintrusão de terras indígenas ou ancestrais; é fundamental que esses processos tenham uma aplicação prática efetiva, assegurando que as comunidades indígenas e tribais possam defender seus direitos e exercer controle efetivo sobre seus territórios, sem interferências externas (Corte IDH, 2015, par.249).

Esses princípios evidenciam a importância que a Corte IDH atribui à efetividade do direito à propriedade comunal em comparação à propriedade privada de terceiros, especialmente em situações de conflito entre esses direitos. A jurisprudência da Corte fornece diretrizes claras para determinar as restrições admissíveis ao direito de propriedade, que devem ser estabelecidas por lei, além de serem necessárias, proporcionais e voltadas para o alcance de um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. Cada caso deve ser analisado individualmente para avaliar as restrições resultantes do reconhecimento de um direito em detrimento do outro.

No Caso da Comunidade Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguai, julgado em 17 de junho de 2005, a Corte IDH afirmou que o direito à terra é essencial para que as comunidades indígenas preservem seu patrimônio cultural. A violação desse direito ancestral pode comprometer outros direitos fundamentais, como a identidade cultural e a própria sobrevivência das comunidades. O ex-juiz e presidente da Corte Antônio Augusto Cançado Trindade destacou que "ao se lesionar a identidade cultural da referida comunidade também se lesionou a identidade pessoal de cada um dos membros que a integram" (Cançado Trindade, 2011, p. 95).

A partir dessa perspectiva, emerge o sexto pilar: a restrição do direito à propriedade privada pode ser justificada para preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista, desde que haja compensação justa para aqueles que forem

prejudicados. Quando não é possível devolver o território tradicional aos povos indígenas, a compensação deve ser orientada pelo significado que a terra tem para esses povos. A escolha e a entrega de terras alternativas, indenizações ou ambas devem ser acordadas com os povos interessados, conforme seus próprios procedimentos.

O significado da terra para os povos indígenas está intrinsecamente ligado ao direito de usar e usufruir dos recursos naturais presentes em seus territórios tradicionais. A jurisprudência da Corte IDH estabelece que os povos indígenas e tribais têm direito à propriedade dos recursos naturais que tradicionalmente utilizam em seus territórios, assim como ao direito de serem proprietários das terras que ocupam há séculos. Esses direitos são fundamentais para a sobrevivência econômica, social e cultural desses povos, sendo essenciais para evitar a extinção de seus modos de vida tradicionais (Corte IDH, 2012, par.147).

Proteger esses recursos é crucial para garantir que esses povos possam continuar a viver de acordo com suas tradições, cultura, sistemas econômicos, crenças e costumes. No entanto, a proteção dos direitos de propriedade não é absoluta e pode estar sujeita a restrições, desde que essas restrições sejam justificadas por leis previamente estabelecidas, com base em necessidade, proporcionalidade e legitimidade social.

Desde a sentença de 28 de novembro de 2007, no Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname, a Corte IDH estabeleceu o sétimo pilar sobre o exercício do direito à propriedade: as restrições ao uso e gozo das terras e recursos naturais pelos povos indígenas e tribais devem ser cuidadosamente avaliadas para garantir que não coloquem em risco a subsistência desses grupos e suas tradições e costumes.

Esse contexto exige uma ponderação entre os direitos coletivos dos povos indígenas e a proteção do meio ambiente, especialmente em áreas naturais protegidas dentro de territórios tradicionais. No Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname (2015), a Corte afirmou que é necessário proteger a conexão entre o território e os recursos naturais utilizados tradicionalmente pelos povos indígenas e tribais para sua sobrevivência física e cultural, bem como para o desenvolvimento de suas cosmovisões. Surge assim o oitavo pilar: os povos indígenas têm o direito de ser titulares dos recursos naturais tradicionalmente utilizados dentro de seus territórios, uma vez que sem esses recursos sua sobrevivência econômica, social e cultural estaria ameaçada.

Ainda na mesma decisão, a Corte enfatizou que as áreas protegidas devem ser compreendidas não apenas como dimensões biológicas, mas também socioculturais, incorporando uma abordagem interdisciplinar e participativa. Os povos indígenas podem desempenhar um papel importante na conservação da natureza, uma vez que muitos de seus

usos tradicionais envolvem práticas de sustentabilidade. Portanto, critérios de participação efetiva, acesso e uso de seus territórios tradicionais, e a obtenção de benefícios da conservação são essenciais para harmonizar as áreas naturais protegidas com o direito dos povos indígenas e tribais de cuidar dos recursos naturais em seus territórios (Corte IDH, 2015, par.181).

Dentro dessa lógica, surge também a preocupação com a obrigação de realizar estudos de impacto ambiental. O nono pilar é então delineado: o Estado tem a obrigação de garantir a participação efetiva dos povos indígenas nos processos de tomada de decisão relacionados à utilização ou exploração de recursos naturais em seus territórios tradicionais. Isso implica a necessidade de que o Estado disponha de mecanismos culturalmente adequados para permitir que os povos indígenas participem desses processos (Corte IDH, 2007, par.133-139). Além disso, essa participação efetiva deve ser garantida em relação a qualquer plano de desenvolvimento ou investimento futuro que possa ocorrer nos territórios tradicionais dos povos indígenas (Corte IDH, 2012, par.159-190).

Esses nove pilares ilustram a trajetória contínua e progressiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos no esforço de promover e manter a segurança jurídica para todos aqueles abrangidos pelos direitos assegurados na Convenção Americana. A propriedade comunal, no contexto do sistema interamericano, implica um reconhecimento que vai além da simples titularidade individual, abraçando uma concepção de território intrinsecamente ligada à identidade, cultura e sobrevivência dos povos indígenas e tribais.

A proteção jurídica oferecida pela Corte, ao considerar essas dimensões, assegura não apenas o direito à terra, mas também à preservação do modo de vida tradicional, dos recursos naturais, e das práticas culturais e espirituais que definem esses povos. Dessa forma, a Corte IDH reafirma o compromisso de garantir que a propriedade comunal seja respeitada e protegida, proporcionando uma base sólida para que esses direitos sejam exercidos de maneira plena e efetiva, refletindo uma interpretação evolutiva e dinâmica dos direitos humanos no contexto das Américas.

Por fim, cabe salientar que, como já se pode observar, muitos paralelos podem ser estabelecidos entre as concepções desenvolvidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e os princípios consagrados na Constituição de 1988. No entanto, para que essa comparação seja mais completa e detalhada, é necessário que o exame se torne mais prático e específico.

Desse modo, nos próximos capítulos, serão analisados os casos que contribuíram para a construção da narrativa e dos pilares argumentativos do "marco temporal", bem como o caso

Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil. Ambos serão apresentados brevemente, permitindo que se observe como os princípios e garantias foram efetivamente aplicados na realidade concreta, tanto na última instância no cenário nacional quanto na última instância no cenário interamericano.

A análise partirá do reconhecimento, já evidenciado pela doutrina e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do caráter colonial que permeia a problemática da efetivação dos direitos territoriais indígenas. No entanto, torna-se necessário identificar se esse reconhecimento se reflete na interpretação do Supremo Tribunal Federal e na aplicação prática dos dispositivos constitucionais, bem como na compreensão da Corte e do Estado brasileiro no caso Xukuru.

#### **4 ANÁLISE DA TESE DO "MARCO TEMPORAL" ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Este capítulo se dedica à análise crítica da tese do "Marco Temporal," sua construção e os argumentos que levaram à sua recente inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, no tópico 4.1, será abordado o conceito e os fundamentos da tese do "Marco Temporal," explorando a linha do tempo de sua criação, aplicação e fortalecimento, até culminar no julgamento do RE 1.017.365. Em seguida, no tópico 4.2, será analisada a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade dessa tese, com foco nos argumentos apresentados pelo ministro relator, Edson Fachin, e sua relevância na redefinição da interpretação dos direitos dos povos indígenas à luz da Constituição de 1988.

##### **4.1 Conceito e fundamentos da tese do "marco temporal"**

A origem da tese do "marco temporal" remonta ao julgamento da Petição 3.388/RR, que tramitou no Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, concernente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Este caso, que inicialmente limitava-se à questão da demarcação dessa terra, habitada pelas etnias Macuxi, Ingarikó, Patamona, Taurepang e Wapichana, acabou por se transformar em um marco significativo no que tange à interpretação dos direitos territoriais indígenas no Brasil.

Conforme apontado por Libois e Silva (2021), o STF, ao examinar a questão da demarcação, aproveitou a oportunidade para introduzir e consolidar a tese do "marco temporal", estabelecendo que o direito à demarcação das terras indígenas só poderia ser reconhecido caso os povos indígenas estivessem ocupando tais terras de forma tradicional na

data da promulgação da Constituição de 1988.

A controvérsia envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol é emblemática. Desde a década de 1980, as comunidades indígenas locais denunciavam a invasão de suas terras para a criação de gado, contudo, o processo demarcatório somente foi concluído em 2005. Durante esse período, diversos atores interessados na não demarcação — incluindo o Estado de Roraima e grupos econômicos como os arroteiros — ajuizaram ações para anular as normativas que estabeleceram a demarcação. O caso foi submetido ao STF sob a Petição 3.388/RR, distribuída ao Ministro Carlos Ayres Britto em 2005, com julgamento realizado em 2009.

No julgamento da Pet 3.388, o STF não apenas ratificou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como também estabeleceu 19 condicionantes para futuras demarcações, consolidando o conceito do "marco temporal". O Ministro Relator Carlos Ayres Britto, ao realizar uma interpretação literal do artigo 231 da Constituição Federal, argumentou que o reconhecimento dos direitos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam deveria ser vinculado à data de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição. Segundo o ministro, tal referencial temporal seria essencial para encerrar quaisquer disputas acerca de outras possíveis referências temporais, solidificando (Brasil, 2009, p. 295):

a Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine (Brasil, 2009, p. 235).

O voto do Ministro Menezes Direito, que sucedeu, foi particularmente relevante ao introduzir a "Teoria do Fato Indígena". Nessa perspectiva, a ocupação indígena deveria ser avaliada com base na presença contínua e persistente dos indígenas na data da promulgação da Constituição. O Ministro argumentou que essa teoria deveria substituir a teoria do indigenato, que reconhecia os direitos indígenas com base em sua presença ancestral, independentemente da data de ocupação. Assim, mais um critério foi incorporado ao julgamento (Brasil, 2009, p. 383).

Ademais, a tese do "marco temporal" foi complementada pelo conceito de "marco da tradicionalidade de ocupação", conforme exposto no item 11.2 do acórdão da Pet 3.388 (Brasil, 2009, p. 139). O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, além da necessidade de comprovação da ocupação indígena na data da promulgação da Constituição, seria fundamental verificar a relação efetiva e contínua dos indígenas com o território em questão.

Após a decisão de 2009, a tese do "marco temporal" não apenas se manteve relevante, mas também foi amplamente institucionalizada. Em 16 de julho de 2012, a Advocacia-Geral

da União (AGU) editou a Portaria n.º 303, determinando que toda a administração pública federal, tanto direta quanto indireta, aplicasse as condicionantes e o marco temporal estabelecidos no julgamento da Petição 3.388/RR (AGU, 2012a).

A portaria estendia o entendimento do STF a todos os procedimentos demarcatórios, consolidando ainda mais a aplicação do "marco temporal" como critério normativo e administrativo em questões territoriais indígenas em todo o território nacional. Essa medida demonstrou o empenho do Estado em uniformizar a interpretação da ocupação tradicional em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal, aplicando a tese como um padrão nacional.

No entanto, a aplicação imediata da Portaria n.º 303 enfrentou resistência e controvérsias, o que levou a AGU a reavaliar a sua implementação. Em 24 de agosto de 2012, a AGU editou a Portaria n.º 308, que suspendeu os efeitos da Portaria n.º 303 até o dia 24 de setembro de 2012 (AGU, 2012b). Essa suspensão visava proporcionar um prazo para ajustes e considerações adicionais antes da plena vigência das novas diretrizes demarcatórias, refletindo a complexidade e as implicações políticas e jurídicas associadas à implementação do "marco temporal" em um curto período.

As controvérsias em torno da aplicação da Portaria n.º 303 continuaram, especialmente após a interposição de embargos de declaração na Petição 3.388/RR. Em resposta, a AGU emitiu a Portaria n.º 415, em 28 de setembro de 2012, que suspendeu novamente a vigência da Portaria n.º 303, desta vez até um dia após a publicação do acórdão dos embargos de declaração (AGU, 2012c). Essa nova suspensão indicava a necessidade de se aguardar uma decisão definitiva do STF sobre os embargos, que poderiam impactar significativamente a aplicação da tese do "marco temporal" e as condicionantes associadas.

Essas portarias, emitidas em rápida sucessão, refletem a evolução da institucionalização da tese do "marco temporal" no Brasil e demonstram as tensões e desafios que acompanharam sua implementação. O contexto evidencia uma linha do tempo em que o STF e a AGU buscavam, de forma coordenada, estabelecer um critério uniforme para a demarcação de terras indígenas, ao mesmo tempo em que enfrentavam as complexidades inerentes à aplicação de tais critérios em um cenário de intensa disputa jurídica e política.

Nesse contexto, como esperado, o julgamento da Petição 3.388/RR, que consolidou a tese do "marco temporal" e estabeleceu as 19 condicionantes para a demarcação de terras indígenas, foi objeto de embargos de declaração, interpostos com o objetivo de esclarecer o alcance e a natureza vinculante da decisão. Os embargos foram apreciados em 23 de outubro de 2013, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que havia assumido o caso após a

aposentadoria do Ministro Carlos Ayres Britto.

No julgamento dos embargos, o Ministro Barroso foi categórico ao afirmar que "a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico" (Brasil, 2013, p. 91). A declaração de não vinculatividade visava limitar o alcance da decisão, reconhecendo que cada caso de demarcação deveria ser avaliado de forma individualizada, conforme as especificidades das situações concretas.

Contudo, apesar de não conferir efeito vinculante à decisão, o STF, por meio do julgamento dos embargos, reafirmou a importância das condicionantes e da tese do "marco temporal". O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, expressou críticas à amplitude das condicionantes fixadas no acórdão, argumentando que o Tribunal assumiu uma postura legislativa e extrapolou sua função (Brasil, 2013, apud Libois e Silva, 2021). Barbosa defendeu a exclusão das condicionantes do dispositivo da decisão, mas essa posição não prevaleceu, e as condicionantes foram mantidas, ainda que sem caráter vinculante (Brasil, 2013, apud Libois e Silva, 2021).

Essa decisão, embora tenha limitado o alcance jurídico imediato do acórdão, reforçou a "força moral e persuasiva" da decisão da Corte, o que significa que, mesmo sem efeito vinculante, a tese do "marco temporal" e as condicionantes estabelecidas continuam a exercer uma influência significativa sobre a interpretação e aplicação do direito em matéria de demarcação de terras indígenas (Pereira, 2017). O STF, ao declarar que "o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País", sublinhou que qualquer tentativa de superação das razões apresentadas exigiria um robusto e convincente argumento jurídico (Brasil, 2013, p. 91).

Assim, o julgamento dos embargos de declaração na Pet. 3.388/RR não apenas esclareceu o caráter não vinculante da decisão, mas também reafirmou a relevância das diretrizes estabelecidas pela Corte, consolidando a tese do "marco temporal" como um critério central para as futuras decisões sobre a demarcação de terras indígenas.

Essa decisão marca um ponto crucial na evolução do entendimento jurídico sobre os direitos territoriais indígenas, sendo fundamental para a análise da aplicação e desenvolvimento da tese ao longo do tempo. Dessa forma, a tese do "marco temporal" continuou a ser aplicada, apesar de sua natureza não vinculante, sendo reconhecida pela administração pública e pelas instâncias judiciais como um parâmetro orientador para as decisões relacionadas às questões territoriais indígenas.

Após a publicação do acórdão referente aos embargos de declaração na Petição 3.388/RR, esperava-se que a Portaria n. 303/2012, anteriormente suspensa, entrasse em vigor,

conforme as disposições previamente estabelecidas. No entanto, em 2014, a Advocacia-Geral da União (AGU) editou a Portaria n. 27, que determinou a reavaliação da Portaria n. 303/12 pela Consultoria-Geral da União e pela Secretaria-Geral de Contencioso.

Essa reavaliação foi motivada por diversas controvérsias surgidas dentro da própria administração pública quanto à validade, vigência e aplicabilidade das disposições estabelecidas pela Portaria 303. Segundo Eloy Terena, "diversos órgãos da administração pública (Funai, AGU, PFE/Funai, Conjur/MJ/CGU/AGU) se envolveram em uma controvérsia sobre a vigência e eficácia da portaria em questão (Portaria n. 303)" (Amado, 2020).

Em setembro desse mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal (STF) reforçou a aplicação da tese do marco temporal no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 29.087/DF, relacionado à Terra Indígena Guyraroká, habitada pela etnia Guarani Kaiowá. A controvérsia surgiu após Avelino Antônio Donatti questionar a Portaria n. 3.219/2009, do Ministro da Justiça, que reconhecia a posse permanente da terra pelos Guarani Kaiowá. O laudo antropológico da Funai demonstrou que a comunidade havia ocupado tradicionalmente a terra até aproximadamente 1950, quando foi forçada a abandoná-la (Brasil, 2014c, p. 4-5).

Apesar da complexidade do caso, o Ministro Gilmar Mendes, baseando-se no laudo da Funai, afirmou que o mandado de segurança era adequado, pois a única prova relevante era a aplicação do marco temporal (Nogueira, 2022). Ele concluiu que, na data da promulgação da Constituição, os indígenas não estavam na posse da terra, justificando assim a aplicação do marco temporal (Brasil, 2014c, p. 7-10). O Ministro Celso de Mello apoiou essa interpretação, reforçando a centralidade do marco temporal como "insubstituível referencial" para o reconhecimento dos direitos indígenas (Brasil, 2014c, p. 59).

Inconformados com a decisão, a Comunidade Guarani Kaiowá interpôs embargos de declaração, questionando a nulidade da Portaria n. 3.219/2009 e do processo de demarcação da Terra Indígena Guyraroká (Brasil, 2016, p. 1). A União também se posicionou contrária, destacando a necessidade de maior análise probatória e argumentando que a aplicação do marco temporal, como estabelecido na Petição 3.388/RR, não deveria ser automática (Brasil, 2016, p. 3).

O Ministro Gilmar Mendes, ao aplicar a Súmula 650 do STF, reafirmou a decisão, desconsiderando o histórico de expulsões forçadas (Nogueira, 2022) e mantendo a aplicação do marco temporal como critério decisivo, mesmo em casos onde a ocupação indígena havia sido interrompida por fatores externos (Brasil, 2014b, p. 207). Os embargos foram rejeitados,



consolidando o entendimento da Corte em favor do marco temporal.

Em 2014, mesmo após a declaração de que a decisão da Pet. 3.388/RR não possuía efeito vinculante, a Segunda Turma do STF aplicou a tese do marco temporal em três processos, incluindo o Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462, que tratava da Terra Indígena Limão Verde, onde vive o povo Terena (Brasil, 2014).

Nesse julgamento, o Ministro Teori Zavascki, relator do caso, destacou que o "renitente esbulho" –até então mais facilmente caracterizada e aplicada como exceção do marco temporal (Brasil, 2009, p. 235)– não deve ser confundido com desocupações passadas. Para ele, o conceito só se aplicaria se houvesse um conflito possessório contínuo até a promulgação da Constituição de 1988, ou se houvesse uma controvérsia judicializada. No caso da Terra Indígena Limão Verde, o Ministro entendeu que, como as últimas ocupações indígenas ocorreram em 1953 e não houve disputas possessórias ou judicializadas subsequentes, o marco temporal não foi cumprido (Brasil, 2014 apud. Santos, 2020).

Essa interpretação mais restritiva do renitente esbulho, que exige conflito possessório ativo até 1988 ou uma ação judicial em andamento, impõe um ônus adicional aos direitos territoriais indígenas. Ela desconsidera as dificuldades históricas enfrentadas pelos povos indígenas no Brasil antes da Constituição de 1988 e pode ser vista como uma exigência que favorece a perpetuação de conflitos (Santos, 2020).

Em 2016, a Advocacia-Geral da União (AGU) suspendeu os efeitos da Portaria 303 por meio do Despacho n.º 35811, determinando que a aplicação das condicionantes e do marco temporal aguardasse a emissão de um parecer definitivo. Essa suspensão temporária visava permitir uma reavaliação detalhada da normativa, considerando as implicações legais e sociais decorrentes de sua aplicação em processos de demarcação (AGU, 2016).

No entanto, em 2017, a AGU emitiu o Parecer Normativo 001/2017, que reafirmou a legitimidade da Portaria 303 e determinou sua aplicação em toda a Administração Pública Federal, direta e indireta. Esse parecer, aprovado pelo Presidente da República, conferiu efeitos vinculantes às salvaguardas institucionais definidas no caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), tornando obrigatória a observância do marco temporal e das condicionantes estabelecidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas (AGU, 2017).

Esses movimentos reforçaram a aplicação das condicionantes e do marco temporal como elementos centrais nas decisões administrativas e judiciais relacionadas à demarcação de terras indígenas, solidificando a tese do marco temporal como critério normativo no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a repercussão geral do

Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, protocolado em 2016, o qual busca estabelecer um estatuto jurídico-constitucional dos direitos dos povos indígenas à terra. Esse recurso tem origem em um processo envolvendo a comunidade indígena Xokleng, que luta pelo reconhecimento de seu território tradicional. O caso envolve uma disputa com a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina, que alega que os indígenas estariam ocupando parte da Reserva Biológica dos Sassafrás, e, portanto, não se trataria de terra indígena. Decisões anteriores de primeira e segunda instâncias determinaram a reintegração de posse em favor da Fundação, levando a FUNAI a recorrer ao STF por meio de Recurso Extraordinário, dada a relevância constitucional da questão.

O plenário virtual do STF, em 22 de fevereiro de 2019, reconheceu a importância do caso ao admitir a repercussão geral, considerando que a definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse de áreas de tradicional ocupação indígena, conforme o artigo 231 da Constituição Federal, ainda não havia sido abordada pelo Supremo em um processo com eficácia vinculante (Brasil, 2023, p. 28).

Em fevereiro de 2020, a comunidade indígena envolvida no processo conseguiu uma importante vitória jurídica por meio de uma tutela provisória na Ação Cível Originária nº 1.100. A decisão suspendeu os efeitos do Parecer 001/17 da Advocacia-Geral da União (AGU), o qual havia determinado a aplicação das condicionantes e do marco temporal em todos os procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas. Essa suspensão permanecerá em vigor até o julgamento final do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, evidenciando a relevância e complexidade das questões discutidas, bem como a necessidade de uma análise mais aprofundada pelo Supremo Tribunal Federal.

O desfecho da tese do marco temporal ocorreu com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.017.365, decidido em setembro de 2023. Quanto à apresentação desse julgamento, cabe esclarecer que inicialmente apresento um resumo dos fatos e do que foi decidido, com o objetivo de garantir a compreensão lógica da evolução dessa tese, uma vez que os fundamentos da decisão serão abordados detalhadamente no capítulo seguinte.

Desse modo, o julgamento iniciou-se com o voto do relator, Ministro Edson Fachin, em 21 de setembro de 2023. Fachin propôs o provimento do recurso extraordinário, posição que foi majoritariamente acolhida pelo Tribunal, resultando na improcedência dos pedidos da inicial. Os ministros, Nunes Marques, que negava provimento ao recurso, e, parcialmente, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que sugeriam o retorno dos autos à instância inferior para nova apreciação, divergiram.

Em 27 de setembro de 2023, o STF fixou 13 pontos da tese, com destaque para a

invalidação do marco temporal. Nove ministros, incluindo Fachin, Moraes, Zanin, Barroso, Toffoli, Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, e Rosa Weber, votaram contra a tese do marco temporal, enfatizando a importância da tradição das terras indígenas. Os ministros Kassio Nunes Marques e André Mendonça, que defenderam a definição do marco temporal como uma forma de aumentar a segurança jurídica, ficaram em posição minoritária. Além disso, a tese fixada determinou que a União deve indenizar aqueles que, de boa-fé, adquiriram títulos de terras indígenas, incluindo o valor das benfeitorias realizadas no local, reconhecendo a falha do poder público em proteger adequadamente essas áreas.

Segue abaixo os 13 pontos fixados na tese, com um deles abordando diretamente a questão do marco temporal, enquanto os demais complementam essa análise ao trazer interpretações sobre os diversos aspectos do artigo 231 da Constituição (Brasil, 2023, p. 11-13):

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

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

#### **4.2 A declaração de inconstitucionalidade da "tese do marco temporal"**

Dada a finalidade deste trabalho, a análise se concentrará nos argumentos apresentados pelo Ministro Relator, Edson Fachin, que sustentaram a posição adotada pelo STF, na inconstitucionalidade da tese do marco temporal. Conquanto o enfoque principal recaia sobre a fixação do ponto III, também serão abordados fundamentos que, embora direcionados a outros aspectos da tese, complementam essa análise, uma vez que o direito à terra, como direito originário, permeia toda a decisão.

O Ministro Fachin iniciou seu voto destacando a necessidade de uma interpretação constitucional que se alinhasse com a proteção efetiva dos direitos fundamentais dos povos indígenas, conforme previsto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo ensejo, ressaltou que a questão da posse das terras tradicionais indígenas, embora tenha avançado significativamente com a Constituição de 1988, ainda requer um olhar atento do Tribunal. Segundo ele, a proteção possessória é o patamar mínimo para assegurar os direitos fundamentais das comunidades indígenas, que incluem, além da posse das terras, a preservação de suas culturas, modos de vida e a própria sobrevivência (Brasil, 2023, p. 74).

Fachin reconheceu que o julgamento anterior da Pet 3.388, relacionado ao caso Raposa Serra do Sol, embora tenha buscado pacificar a questão das demarcações de terras indígenas, apresentou limitações que resultaram na paralisia dos processos demarcatórios e no acirramento dos conflitos. O ministro enfatizou que o julgamento de 2009 não possuiu força vinculante para outras demarcações, e que a revisão da tese do marco temporal era necessária

para corrigir as distorções e assegurar a máxima eficácia das normas constitucionais (Brasil, 2023, p. 85-86).

A argumentação central para a inconstitucionalidade do marco temporal baseou-se na natureza dos direitos indígenas como direitos fundamentais, protegidos pela Constituição e imunes a alterações que possam restringir seu exercício. O ministro Fachin destacou que esses direitos não podem ser sujeitos a retrocessos ou a uma proteção insuficiente, uma vez que são essenciais para a existência e sobrevivência das comunidades indígenas. Defendeu que a interpretação do artigo 231 deve garantir a máxima eficácia dessas normas, respeitando o compromisso do Estado Brasileiro de proteger os direitos indígenas em todas as instâncias (Brasil, 2023, p. 98-101).

Os direitos territoriais dos povos indígenas, reconhecidos pela Constituição, preexistem a ela, e a demarcação das terras indígenas é um ato meramente declaratório, que confirma a ocupação tradicional, sem constituir novos direitos. Assim, a posse permanente dessas terras é um direito originário, independente da conclusão da demarcação, que apenas formaliza o reconhecimento da propriedade vinculada à União para servir de habitat à etnia tradicionalmente ocupante (Brasil, 2023, p.105-106).

A posse indígena, diferentemente da posse civil, é regida por normas constitucionais específicas, refletindo a relação dos povos indígenas com a terra, que vai além de um valor econômico. Para os indígenas, a terra é fundamental para sua sobrevivência cultural e espiritual, integrando sua identidade coletiva. A posse indígena é, portanto, uma relação de pertencimento que envolve a preservação do modo de vida e da espiritualidade das comunidades, conforme o artigo 231 da Constituição (Brasil, 2023, p.114-118).

A determinação do conceito de marco temporal da ocupação, bem como a adoção da "teoria do fato indígena" em substituição à "teoria do indigenato," estariam justificadas na tentativa de promover a pacificação dos conflitos fundiários, justificando-se especificamente pela interpretação literal do verbo "ocupam" utilizado no artigo 231 da Constituição (Brasil, 2023, p.123).

Entretanto, essa abordagem, não se alinha com uma hermenêutica adequada aos direitos fundamentais dos povos indígenas, e apresenta risco de ineficácia da proteção constitucional. Historicamente, desde o período colonial, os direitos territoriais indígenas foram reconhecidos sem a necessidade de títulos formais, como um direito inato, conforme expresso em normativas anteriores à Constituição de 1988 (Brasil, 2023, p.123-124).

Mesmo legislações como a Lei de Terras de 1850 e as Constituições subsequentes não invalidaram os direitos indígenas, que foram reiteradamente protegidos, sobretudo a partir da

Constituição de 1934. Dessa forma, a "teoria do fato indígena" não encontra respaldo na evolução normativa do Brasil, pois os direitos territoriais indígenas não surgiram com a Constituição de 1988, mas são uma continuidade da proteção já estabelecida (Brasil, 2023, p.128).

Nesta perspectiva de continuidade, jamais houve legitimação jurídica para a ocupação das terras indígenas por terceiros não-indígenas. Portanto, é inadequado interpretar o artigo 231 da Constituição como limitando o direito à posse permanente e tradicional apenas àquelas comunidades que estivessem na posse pacífica na data de 5 de outubro de 1988 (Brasil, 2023, p.129-132). A teoria do marco temporal também desconsidera a situação dos povos isolados, que não teriam como provar a ocupação de suas terras na data específica, respeitando assim o direito à autodeterminação e evitando sua dizimação (Brasil, 2023, p.134).

Garantir os direitos originários às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não equivale a uma usucapião imemorial, que exigisse a presença contínua em 1988, dado o histórico de proteção legal e os abusos sofridos pelos povos indígenas ao longo da história. Não se trata de legitimar fraudes, mas sim de assegurar que a Constituição não feche as portas para o exercício pleno e digno dos direitos fundamentais dos povos indígenas (Brasil, 2023, p.135).

Dessa forma, o resultado do julgamento do RE 1.017.365 revelou uma postura do Supremo Tribunal Federal mais alinhada com o cenário internacional, especialmente no que se refere à adoção de uma interpretação hermenêutica dos direitos assegurados pela Constituição. Distanciando-se da lógica argumentativa da PET 3.388, que, conforme destacado pelo próprio ministro relator, fundamentou toda a sua justificativa na interpretação literal de uma palavra no texto constitucional, o STF demonstrou uma preocupação maior com a efetividade dos direitos dos povos indígenas, reconhecendo a complexidade e a historicidade de suas reivindicações territoriais. Essa mudança de perspectiva aproxima a jurisprudência brasileira dos princípios de justiça e proteção que permeiam o direito internacional dos direitos humanos.

## **5 PROTEÇÃO ESPECIAL AOS POVOS INDÍGENAS E O CASO DO POVO INDÍGENA XUKURU vs. BRASIL**

Com o intuito de avançar na compreensão da proteção jurídica dos direitos territoriais dos povos indígenas no Brasil, o presente capítulo dedica-se à análise do caso emblemático do

Povo Indígena Xukuru e seus membros, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A decisão, proferida em 2018, revela aspectos fundamentais sobre a aplicação e interpretação do regime constitucional brasileiro no cenário internacional, especialmente no que tange à defesa do direito à terra como direito originário e a responsabilidade do Estado na adoção de disposições internas que assegurem a plena efetivação desses direitos. Partindo de uma caracterização detalhada do caso e das violações alegadas, este capítulo explora as alegações do Estado brasileiro e a forma como o regime jurídico das terras indígenas foi defendido no âmbito da Corte IDH, ressaltando a relevância dessa defesa para o debate sobre o marco temporal e a proteção especial conferida pela Constituição Federal de 1988.

### **5.1 Caracterização do caso do Povo Indígena Xukuru vs. Brasil**

Após a análise de como a proteção constitucional aos povos indígenas foi interpretada e aplicada na jurisprudência nacional, torna-se imperativo examinar a aplicação dos pilares estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no contexto do Caso Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil. Para tanto, é necessário, primeiramente, apresentar um panorama do caso, incluindo a denúncia, as alegações de violações imputadas ao Estado brasileiro e o contexto em que se desenvolveram.

O caso envolve alegações de violações graves aos direitos humanos, especialmente no que concerne ao direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xukuru. As violações alegadas decorreram, principalmente, da demora de mais de 16 anos no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais, bem como da demora na desintrusão total dessas áreas, o que impediu o exercício pacífico do direito à propriedade coletiva pelo referido povo.

Ademais, o caso inclui alegações de violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, devido ao descumprimento do prazo razoável no processo administrativo e à demora na resolução de ações civis iniciadas por não indígenas sobre parte das terras e territórios do Povo Xukuru (Corte IDH, 2018, p. 4).

A tramitação do caso perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos iniciou-se em 16 de outubro de 2002, com a apresentação da denúncia pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). A petição foi admitida em 29 de outubro de 2009, quando a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade No. 98/09.

Posteriormente, em 28 de julho de 2015, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito

No. 44/15, no qual concluiu que o Brasil era responsável por violações ao direito à propriedade, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial do Povo Indígena Xukuru, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana. A Comissão recomendou ao Estado que adotasse medidas para sanear o território ancestral, concluísse os processos judiciais pendentes e reparasse os danos causados ao povo Xukuru (Corte IDH, 2018, p. 4-5).

Em 16 de março de 2016, diante da falta de cumprimento substancial dessas recomendações, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, e sustentou que o Brasil violou os artigos 21 (direito à propriedade), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Tais violações foram relacionadas diretamente às obrigações previstas nos artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção, que impõem aos Estados a obrigação de respeitar os direitos e garantir sua efetividade por meio de disposições internas, respectivamente. Nesse sentido, é relevante destacar o teor dos artigos invocados:

**Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos**

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

**Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno**

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

**Artigo 5. Direito à integridade pessoal**

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

**Artigo 8. Garantias judiciais**

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

**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.

**Artigo 25. Proteção judicial**

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela



presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (OEA, 1969)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros contra a República Federativa do Brasil, emitiu várias considerações importantes em sua sentença de 5 de fevereiro de 2018. Inicialmente, o Brasil apresentou cinco exceções preliminares, incluindo a alegação de inadmissibilidade do caso devido à publicação do Relatório de Mérito, incompetência *ratione temporis* em relação a fatos anteriores ao reconhecimento da jurisdição da Corte e à adesão do Brasil à Convenção, além da incompetência *ratione materiae* quanto à suposta violação da Convenção 169 da OIT e falta de esgotamento prévio de recursos internos. A Corte rejeitou a maioria dessas exceções, mas reconheceu a incompetência *ratione temporis* para fatos ocorridos antes de 10 de dezembro de 1998, quando o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte (Corte IDH, 2018, p. 11, par. 27-31).

Ao analisar as obrigações do Estado brasileiro sob os artigos 1 e 2 da Convenção Americana, a Corte declarou que o Brasil violou o direito à garantia judicial de prazo razoável (artigo 8.1), o direito à proteção judicial (artigo 25) e o direito à propriedade coletiva (artigo 21), em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Corte IDH, 2018, p. 14, par. 47-48). No entanto, a Corte concluiu que o Brasil não violou o direito à integridade pessoal (artigo 5.1) e o dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2) em relação ao artigo 21 da Convenção (Corte IDH, 2018, p. 14, par. 47-48).

Dentre as determinações, a Corte destacou a obrigação do Estado brasileiro de realizar a desintrusão do território indígena Xukuru, que ainda tinha ocupação por terceiros não indígenas, e de efetuar os pagamentos pendentes de indenizações por benfeitorias de boa-fé. Caso a reintegração total ou parcial do território não fosse possível, a Corte determinou que o Estado deveria oferecer terras alternativas de qualidade igual ou superior, contíguas ao território titulado, em consenso com o Povo Xukuru (Corte IDH, 2018, p. 49, par. 194).

Além disso, a Corte ordenou a criação de um fundo de desenvolvimento comunitário, no valor de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares), como compensação pelo dano imaterial causado ao Povo Indígena Xukuru, a ser constituído em consulta com os membros do povo no prazo de 18 meses a partir da notificação da sentença (Corte IDH, 2018, p. 51-52, par. 201-212).

## **5.2 Apresentação e defesa do regime constitucional pelo Estado**

A relevância deste caso para o presente trabalho se evidencia na defesa apresentada

pelo Estado diante da alegada violação do artigo 21 (Direito à propriedade) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A violação foi levada à Corte sob dois vieses distintos: o dever de respeitar o direito e o dever de assegurá-lo internamente. Na tentativa de separar a defesa entre o que significa respeitar o direito à propriedade e o que significa assegurá-lo por meio de dispositivos internos, o Estado brasileiro apresentou a proteção especial fornecida pela Constituição Federal de 1988 às terras indígenas, argumentando que houve a adoção de medidas legislativas e outras disposições internas necessárias para cumprir suas obrigações internacionais.

### *5.2.1 Art. 2: O Dever de adotar dispositivos de direito interno*

Mas, afinal, quais são as implicações do dever de adotar disposições de direito interno, conforme previsto no artigo 2º da Convenção, que levaram o Estado a submeter à Corte a escolha do constituinte originário sobre o regime constitucional das terras indígenas no Brasil?

Bem, o artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) estabelece um compromisso crucial dos Estados-Partes em adotar medidas legislativas ou de outra natureza, necessárias para garantir os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção. O dispositivo normativo determina que, caso os direitos mencionados no artigo 1º não estejam plenamente garantidos, os Estados têm a obrigação de ajustar suas normas internas para tornar esses direitos efetivos (OEA, 1969).

Trata-se de uma exigência de adequação normativa, na qual o sistema jurídico interno deve se alinhar aos padrões interamericanos de direitos humanos. A Corte Interamericana, no exercício de sua função de interpretação da CADH, já abordou repetidamente o significado dessa obrigação em diversos pareceres consultivos e sentenças, como no Parecer Consultivo OC nº 14/94, que discutiu a responsabilidade internacional dos Estados pela edição e aplicação de leis incompatíveis com a Convenção. Nesse parecer, a Corte reiterou que a violação das obrigações assumidas pelos Estados ao ratificar a Convenção, seja pela omissão na adoção de normas internas ou pela edição de leis contrárias aos direitos protegidos, constitui uma violação da CADH e gera responsabilidade internacional (Oliveira, 2022, p. 63-64).

Além disso, a Corte tem afirmado que a mera ausência de aplicação de uma lei contrária à CADH não satisfaz as exigências do artigo 2º. É necessário que os Estados promovam ativamente a supressão de normas que violem as garantias da Convenção e adotem

normas e práticas que favoreçam a proteção desses direitos. Esta interpretação foi reforçada em casos como "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" e "Mendoza y otros vs. Argentina", onde a Corte sublinhou a importância do controle de convencionalidade, que exige que as normas internas sejam interpretadas e aplicadas de acordo com os parâmetros estabelecidos pela CADH (Oliveira, 2022, p. 64-65).

Portanto, o dever de adotar dispositivos de direito interno vai além da simples existência de normas compatíveis; ele exige um esforço contínuo de interpretação e aplicação que assegure a plena efetividade dos direitos previstos na CADH. A inobservância deste dever, especialmente quando persistem normas incompatíveis, resulta em um descumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado, conforme reiteradamente declarado pela Corte Interamericana em sua jurisprudência (Oliveira, 2022, p. 65).

### *5.2.2 Alegações do Estado: a compatibilidade do regime jurídico doméstico e o interamericano*

Diante do dever de adotar dispositivos de direito interno, conforme estabelecido pelo artigo 2º da Convenção Americana, o Estado brasileiro, representado pela Advocacia-Geral da União, apresentou suas Alegações Finais Escritas em abril de 2017. Nesse contexto, o Estado buscou esclarecer o regime jurídico constitucional das terras indígenas no Brasil, permitindo uma melhor compreensão do caso e assegurando a proteção do Estado contra tentativas de ampliação do objeto da ação (Pereira e Costa, 2019, p. 244).

No documento de Alegações Finais Escritas do Estado, de abril de 2017, a AGU estruturou a defesa em três pilares argumentativos principais. O primeiro pilar destacou a origem democrática do regime jurídico das terras indígenas no Brasil, fundamentado na Constituição de 1988, especialmente nos artigos 231 e 232, que permanecem inalterados desde a sua promulgação. Esse regime, inovador e à frente de seu tempo, reflete uma preocupação com os direitos das comunidades indígenas, inserindo-os no ordenamento jurídico nacional de forma pioneira (Brasil, 2017, p. 10).

Nesse sentido, a AGU ressaltou que a Constituição de 1988 foi fruto de um processo constituinte democrático, no qual os próprios povos indígenas participaram ativamente, contribuindo para afastar a perspectiva assimilacionista e tutelar que prevalecia anteriormente. Assim, a Constituição legitima a proteção jurídica das terras indígenas, assegurando-lhes o direito de posse permanente, essencial para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas (Brasil, 2017, p. 14).

O segundo pilar argumentativo centrou-se na relação antropológico-cultural entre os povos indígenas e suas terras ancestrais, reconhecida pela Constituição de 1988 por meio da adoção da teoria do indigenato. Segundo a AGU, essa teoria, estabelecida originalmente pelo Alvará Régio de 1º de abril de 1680, reconhece os povos indígenas como os primeiros e naturais senhores de suas terras, independentemente de qualquer título formal. Essa relação é central para a disciplina jurídica das terras indígenas, diferenciando-se substancialmente da posse civil tradicional (Brasil, 2017, p. 15-17).

A posse indígena, conforme a Constituição, é anterior a qualquer outro título sobre a terra e fundamenta-se na identificação cultural e antropológica dos povos com seus territórios ancestrais (Brasil, 2017, p. 17). A Carta de 1988, portanto, reconhece a posse indígena como um direito originário, essencial à preservação da cultura e identidade dos povos indígenas.

O terceiro pilar enfatizou a proteção especial conferida pelo Constituinte às terras indígenas, garantindo-lhes o direito de posse permanente e usufruto exclusivo. A AGU argumentou que a posse indígena, reconhecida como um direito real e oponível a todos, prevalece sobre qualquer outro direito incidente sobre a terra, incluindo o próprio direito da União Federal, titular formal dessas terras (Brasil, 2017, p. 18).

A Constituição assegura que as terras indígenas sejam inalienáveis, imprescritíveis e indisponíveis, garantindo que os indígenas mantenham seus direitos sobre as terras, independentemente de qualquer ato de ocupação por terceiros. Esse regime jurídico especial tem como objetivo proteger as terras indígenas para as gerações presentes e futuras, garantindo a manutenção do território em benefício dos povos indígenas (Brasil, 2017, p. 19-20).

Esses pilares argumentativos apresentados pela AGU permitiram que, embora o Brasil tenha sido condenado pela violação do artigo 21 da Convenção Americana no que se refere ao dever de respeitar o direito à propriedade (art. 1.1), a Corte Interamericana concluísse que o Estado não descumpriu o dever de adotar disposições de direito interno, conforme estabelecido no artigo 2º da Convenção (Brasil, 2017, p. 62).

## **6 A CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DA TESE DO "MARCO TEMPORAL"**

Após a análise das molduras normativas e a aplicação delas tanto na jurisprudência nacional quanto na interamericana, faz-se necessário retomar os parâmetros de análise

estabelecidos no presente estudo para que as conclusões possam ser firmadas de maneira coesa. O problema de pesquisa que guiou o desenvolvimento deste trabalho foi: *Seria a construção e adoção da tese do "marco temporal" pelo Supremo Tribunal Federal interpretada como uma descaracterização da proteção especial garantida aos povos indígenas pela Constituição Federal, considerando os parâmetros do caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil?*

Com base nesse problema, foram estabelecidos os seguintes objetivos para conduzir a pesquisa.

O objetivo principal foi analisar se a construção da tese do "marco temporal" – à luz do regime constitucional e da convencionalidade, pela jurisprudência da Corte IDH – pelo Supremo Tribunal Federal aparece como um juízo descaracterizante da proteção especial conferida aos povos indígenas pela Constituição Federal, considerando as repercussões do caso Xukuru.

A análise realizada evidenciou que a tese do "marco temporal" inicialmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal não apenas desconsiderou a proteção especial conferida pela Constituição aos povos indígenas, mas, também, se revelou incompatível com a interpretação de máxima eficácia das normas constitucionais, conforme expresso no capítulo 4.

O STF, ao reconhecer a incompatibilidade dessa tese com o regime jurídico interno e a jurisprudência internacional, culminou por realinhar-se com a moldura normativa constitucional que assegura os direitos originários e fundamentais dos povos indígenas. Assim, a tese do "marco temporal", em seu formato inicial, foi sim um juízo que descaracterizou a proteção constitucional e convencional dos direitos indígenas.

O exame e estruturação dessa conclusão se deram por meio do desenvolvimento de quatro objetivos específicos. No primeiro objetivo específico, buscou-se identificar a abordagem que a Constituição Federal consagra à proteção dos direitos indígenas. Esse objetivo foi alcançado no capítulo 2, onde ficou claro que a Constituição Federal de 1988, ao adotar a teoria do indigenato e ao romper com a perspectiva assimilacionista, consagrou o direito dos povos indígenas às suas terras como originário, pré-existente e inalienável.

Assim, a legislação brasileira garante que esses direitos não podem ser suprimidos por normas posteriores que busquem redefinir ou reduzir essas áreas, assegurando, ainda, que eventuais títulos de propriedade em favor de terceiros só permitem reparação por danos, sem obstruir a demarcação, a posse permanente e o usufruto exclusivo das terras pelos povos indígenas.

Já no segundo objetivo específico, o foco foi analisar os fundamentos da tese do

"marco temporal" adotada pelo Supremo Tribunal Federal, examinando sua compatibilidade com a proteção dos direitos dos povos indígenas estabelecida na Constituição Federal. No capítulo 4, foram explorados dois momentos distintos do STF em relação à tese do "marco temporal". No primeiro momento, a fundamentação jurídica da tese foi baseada na interpretação literal do artigo 231 da Constituição, associada à Teoria do Fato Indígena, que limitava o reconhecimento dos direitos indígenas à data de 5 de outubro de 1988. Essa interpretação foi justificada como um meio de pacificar conflitos fundiários.

A fundamentação da tese do "marco temporal" foi esclarecida como: a) a aplicação da "Teoria do Fato Indígena", que exigia a presença contínua e persistente dos indígenas na data da promulgação da Constituição; b) uma interpretação literal do verbo "ocupam" utilizado no artigo 231, entendendo que a Constituição estabeleceu uma data certa para o reconhecimento dos direitos indígenas; c) a vinculação do reconhecimento dos direitos indígenas sobre as terras à data de 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição; e d) a aplicação do "renitente esbulho" como exceção, condicionada à comprovação de conflito possessório contínuo até a promulgação da Constituição. Todas essas características foram justificadas pela tentativa de promover a pacificação dos conflitos fundiários.

No segundo momento, a mudança de posicionamento do STF e a consequente declaração de incompatibilidade da tese com a moldura normativa da Constituição se deram com base no entendimento de que: a) a interpretação das normas constitucionais deve ser realizada com o objetivo de assegurar a máxima eficácia das normas; uma vez que b) os direitos indígenas têm natureza de direitos fundamentais, protegidos pela Constituição e imunes a alterações que possam restringir seu exercício; e c) esses direitos preexistem à Constituição de 1988; de forma que d) a demarcação das terras indígenas é um ato meramente declaratório; porque e) historicamente, os direitos territoriais indígenas foram reconhecidos sem a necessidade de títulos formais, como um direito inato; e f) na evolução normativa do Brasil, esses direitos não surgem com a Constituição de 1988, mas são uma continuidade da proteção já estabelecida.

Por sua vez, o terceiro objetivo voltou-se para a caracterização do caso do Povo Indígena Xukuru, com o intuito de identificar como foi construída a proteção especial conferida aos povos indígenas pela Constituição Federal. Esse exame foi abordado e desenvolvido no capítulo 5, onde se analisou a relevância do caso do Povo Indígena Xukuru para o contexto deste estudo. O caso se mostra crucial porque permitiu ao Estado brasileiro submeter à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) o regime constitucional de propriedade coletiva das terras indígenas e ter reconhecido que as disposições internas,

além de existirem, eram aplicadas e interpretadas visando a plena efetividade dos direitos previstos na CADH, conforme estabelecido no artigo 2.

O caso também chama atenção pelo conflito de narrativas que marcou o posicionamento nacional na época. Vale lembrar que, em 2017, a Advocacia-Geral da União (AGU) emitiu o Parecer 001/AGU, sustentando, no âmbito doméstico, a legitimidade da tese do "marco temporal" e das condicionantes definidas no julgamento da Pet. 3.388. Paralelamente, em âmbito internacional, a argumentação apresentada pelo Estado brasileiro na Corte IDH naquele mesmo ano, por meio das Alegações Finais Escritas, adotou uma postura contrária. Na ocasião, o Estado argumentou com sucesso que a proteção constitucional, examinada pela teoria do indigenato, que entende o direito à terra indígena como direito originário e anterior à promulgação da Constituição de 1988, é compatível com os parâmetros de proteção estabelecidos pela CADH.

O Brasil, ao retomar as características organizadas na conclusão do primeiro objetivo, baseou sua argumentação em três pilares fundamentais: a) a origem democrática do regime jurídico constitucional brasileiro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, destacando a legitimidade do processo constituinte de 1988; b) a relação antropológico-cultural dos indígenas com a terra ancestral, que foi central na definição do regime jurídico das terras indígenas, conforme a teoria do indigenato; e c) a proteção constitucional superior ao estabelecer o direito de posse permanente e de usufruto exclusivo sobre as terras tradicionalmente ocupadas, garantindo a inalienabilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade dessas terras.

Através dessa argumentação, o Estado brasileiro conseguiu demonstrar que o regime jurídico constitucional das terras indígenas no Brasil está alinhado com a proteção conferida pela CADH, por garantir a ideia de que o direito à terra é intrínseco e essencial à preservação da identidade e da cultura dos povos indígenas.

Por fim, o quarto objetivo específico direciona-se à comparação da abordagem da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à proteção dos direitos dos povos indígenas, especialmente no contexto do caso do Povo Indígena Xukuru, identificando semelhanças, divergências e possíveis implicações para a efetivação desses direitos.

Como analisado no capítulo 3, a jurisprudência interamericana estabelece os seguintes parâmetros para a devida proteção do direito à propriedade comunal: (a) a posse da terra pelas comunidades indígenas, mesmo sem um título formal de propriedade, é suficiente para o reconhecimento oficial dessa propriedade e o subsequente registro; (b) a posse da terra não é

um requisito para o direito de devolução; (c) enquanto a relação dos povos indígenas com suas terras tradicionais persistir, o direito de reivindicação continua válido, independentemente do tempo decorrido desde a perda dessas terras; (d) cabe ao Estado delimitar e demarcar as terras indígenas; (e) o direito à propriedade comunal inclui o direito a um processo adequado para a titulação das terras, em um prazo razoável; (f) a restrição do direito à propriedade privada pode ser justificada para preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista, desde que haja compensação justa para aqueles que forem prejudicados; (g) as restrições ao uso e gozo das terras e recursos naturais pelos povos indígenas e tribais devem ser cuidadosamente avaliadas sem colocar em risco a subsistência desses grupos e suas tradições e costumes; (h) os povos indígenas têm o direito de ser titulares dos recursos naturais tradicionalmente utilizados dentro de seus territórios; e (i) o Estado tem a obrigação de garantir a participação efetiva dos povos indígenas nos processos de tomada de decisão relacionados à utilização ou exploração de recursos naturais em seus territórios tradicionais.

Diante desse cenário, conclui-se que: (1) a proteção constitucional da propriedade coletiva apenas se coaduna com a proteção interamericana quando os critérios de interpretação têm como resultado o direito à terra enquanto direito originário, capaz de ser reivindicado enquanto presente a relação antropológico-cultural dos indígenas com a terra ancestral; (2) a tese do "marco temporal" foi fixada rechaçando a interpretação e critérios supramencionados e, portanto, ao divergir dessa interpretação constitucional, se afasta da concepção de propriedade comunal do Sistema Interamericano; (3) quando os padrões de interpretação do Sistema Interamericano são aplicados à compreensão do conteúdo da Constituição, a tese do "marco temporal" perde sua fundamentação e se torna inconstitucional.

Desse modo, resta evidente que as conclusões delineadas ao longo deste trabalho se mostram verídicas, uma vez que a sequência lógica que reconhece o direito à terra como um direito originário, dotado de caráter constitucional, e cuja interpretação e proteção se submetem ao crivo da convencionalidade, seria interrompida se a interpretação constitucional, tal como estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal na fixação da tese do "marco temporal", tivesse descaracterizado a concepção primordial desta linha de raciocínio.

Portanto, a tese do "marco temporal" não encontra respaldo nem sob o critério da constitucionalidade, tampouco sob o da convencionalidade, e representaria uma descaracterização da proteção constitucional, bem como do cumprimento dos parâmetros convencionais, caso fosse mantida como constitucional no julgamento do RE 1.017.365.



## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que as conclusões já foram apresentadas no tópico específico, aproveito esta seção para trazer reflexões que emergem dessas conclusões. Nesse sentido, é relevante recordar que, em muitas ocasiões, um dispositivo constitucional ou legal é submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos para análise de convencionalidade, sob o argumento de que, por ser constitucional, e essa constituição não se adequar aos parâmetros interamericanos de direitos humanos, o dispositivo passa pelo exame de constitucionalidade, mas não o de convencionalidade.

No Brasil, o surgimento e a sustentação da tese do "marco temporal" representaram uma questão ainda mais complexa. Na época em que essa tese foi formulada, já existia uma proteção formal na Constituição de 1988. Bastava que, para interpretá-la, o Supremo Tribunal Federal (STF) tivesse realizado um adequado diálogo entre as cortes, a fim de definir que, por força da convencionalidade — considerando que a jurisprudência da Corte Interamericana já era vasta quanto ao caráter originário do direito à propriedade comunal —, a lógica constitucional não permitiria estabelecer um marco temporal para a comprovação da posse dos povos indígenas.

No entanto, o que se observou foi o STF ignorando os compromissos assumidos pelo Brasil e desconsiderando a proteção dos povos indígenas, incluída a proteção da terra enquanto figura central na sua espiritualidade, cultura e sobrevivência, que se caracteriza como uma norma *perene* do direito interamericano.

As análises e conclusões aqui apresentadas suscitam, ainda, algumas ponderações finais sobre a postura das cortes. A primeira é que a postura do STF, enquanto tribunal responsável pela análise de constitucionalidade do direito brasileiro, precisa ser mais receptiva à adoção dos padrões interamericanos de direitos humanos, reconhecendo-os e aplicando-os de forma proativa, sem que seja necessário chegar a uma condenação do Estado.

O julgamento da tese do "marco temporal" no RE 1.017.365, apesar de sua relevância, não foi suficiente para eliminar as divergências e inseguranças jurídicas que persistem na aplicação prática dos dispositivos constitucionais. Um exemplo que ilustra essa continuidade de desafios é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, que aborda as ações e omissões do Poder Público que colocam em risco a saúde e a subsistência da população indígena no Brasil. Nesse contexto, a jurisprudência da Corte Interamericana de

Direitos Humanos, rica e detalhada, poderia servir como uma base argumentativa valiosa para orientar a interpretação e a aplicação mais eficazes das normas constitucionais em matéria de direitos indígenas.

A segunda reflexão é que, além de servir como base interpretativa, esse diálogo entre as cortes precisa estar mais visível e presente nas determinações das decisões. Nos casos aqui analisados, enquanto a Corte Interamericana, no caso Xukuru, assegurou tanto a indenização dos povos indígenas prejudicados quanto a dos ocupantes não indígenas das terras, pelas benfeitorias de boa-fé, o STF, por outro lado, não tomou uma decisão tão abrangente. O Tribunal não se inspirou no julgamento da Corte IDH, limitando-se a assegurar apenas a indenização pelas benfeitorias de boa-fé, sem expandir ou complementar as disposições da Corte no que concerne ao direito de indenização dos povos indígenas prejudicados ao longo do processo de reconhecimento da posse.

Embora esteja além do objeto específico deste trabalho, surge, ainda, uma reflexão pertinente a ser considerada em análises futuras: a margem de aplicação deixada para os Estados no cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente no que tange à desobstrução e garantia da posse e usufruto dos povos indígenas. No caso do Povo Indígena Xukuru, por exemplo, a Corte, apesar de reconhecer a relação única e especial entre a comunidade indígena e a terra, permitiu que outro território fosse escolhido para o cumprimento da sentença (Corte IDH, 2018, par. 196). É pertinente questionar se essa lógica seria realmente a melhor estratégia para assegurar a implementação das sentenças, considerando as bases argumentativas da decisão.

Nesse contexto, é importante ponderar que a responsabilidade de garantir o respeito aos direitos humanos e a aplicação das disposições internas em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos não recai exclusivamente sobre o Poder Judiciário, mas também se estende aos Poderes Executivo e Legislativo. Em análises futuras, seria pertinente explorar de que forma as ações ou omissões desses poderes podem agravar os problemas discutidos ao longo deste trabalho, visto que sua atuação tem o potencial de intensificar as violações dos direitos humanos.

A esse respeito, é relevante destacar que, mesmo após o exaustivo processo no Supremo Tribunal Federal sobre o marco temporal, o Poder Legislativo aprovou uma legislação que reincorpora o critério do marco temporal para a caracterização da ocupação tradicional das terras indígenas, conforme disposto no art. 4º da Lei n.º 14.701, de 20 de outubro de 2023. Isso demonstra que a problemática não se restringe ao Judiciário e exige uma resposta coordenada entre todos os poderes para garantir a efetiva proteção dos direitos

indígenas no Brasil.

Encerro com a reflexão de que aprender com os erros do passado é essencial para criar leis mais eficazes e garantir que essas sejam corretamente aplicadas. É importante que pedidos de desculpas, como o proferido pelo Ministro Barroso, atual presidente do Supremo Tribunal Federal, durante a 18ª Jornada Lei Maria da Penha, em 07 de agosto de 2024, não sejam mais necessários. Na ocasião, ao se dirigir a Maria da Penha, vítima de um dos casos mais emblemáticos do Brasil perante o Sistema Interamericano, ele afirmou: “Em nome da Justiça brasileira, é preciso reconhecer que, no seu caso, ela tardou e não foi satisfatória. Pedimos desculpa em nome do Estado brasileiro pelo que passou e pela demora na punição.”

Desse modo, urge um compromisso contínuo do Estado e do Poder Judiciário, enquanto intérprete e garantidor da Constituição, para evitar que a efetiva proteção dos direitos humanos se concretize apenas mediante uma condenação do Estado. Os parâmetros de direitos humanos estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos direcionados a outros países, são de extrema relevância e sua aplicação pode evitar a revitimização daqueles que, diante da ineficácia ou inação do Estado, se vejam obrigados a buscar a ratificação de decisões domésticas no âmbito internacional pela simples falta de diálogo entre as cortes. Que os pedidos de desculpas decorrentes de uma postura reparativa não sejam mais precisos, quando essa for substituída por uma postura preventiva ou responsiva.

## REFERÊNCIAS

- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Parecer 001/2017**. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR. Brasília: [AGU], 2017. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1552758>. Acesso em: 01 ago. 2024.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria n.º 303**, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388 RR. Brasília: [AGU], 2012a. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>. Acesso em: 01 ago. 2024.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria n.º 308**, de 25 de julho de 2012. Altera o disposto no art. 6º da portaria n.º 303, de 16 de julho de 2012. Brasília: [AGU], 2012b. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/606114>. Acesso em: 01 ago. 2024.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria n.º 27**, de 7 de fevereiro de 2014. Determina à Consultoria-Geral da União -CGU e à Secretária-geral de Contencioso -SGCT a análise da adequação do conteúdo da Portaria AGU n.º 303, de 16 de julho de 2012. Brasília: [AGU], 2012. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1494186>. Acesso em: 01 ago. 2024.
- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Portaria n.º 415**, de 17 de setembro de 2012. Altera o disposto no art. 6º da Portaria n.º 303, de 16 de julho de 2012 e revoga a Portaria n.º 308, de 25 de julho de 2012. Brasília: [AGU], 2012c. Disponível em: <https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/657974>. Acesso em: 01 ago. 2024.
- ALBUQUERQUE, Aline; BARROSO, Aléssia. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ÁLVARES, Luísa Cristina Vasconcelos Marimon; PRÓBIO, Marcos Vítor Evangelista; PEREIRA, Maria Eduarda Arcoverde de França; RIBEIRO, Wendy Lis Brito. O exercício jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos na garantia e proteção à propriedade comunal: um olhar crítico sobre a luta de comunidades tradicionais e dos povos originários. In: **SEMEANDO MUDANÇAS: JORNADAS DE ESPERANÇA E AÇÃO COLETIVA**. Brasília: SINUS, 27 maio 2023. p. 12-40. ISBN 978-65-00-70054-1.
- AMADO, Luiz Henrique Eloy. O direito originário dos povos indígenas. **Site Apib**, [s.l.], 2020. Disponível em: <https://apiboficial.org/2020/10/20/o-direito-originario-dos-povosindigenas/>. Acesso em: 02 ago. 2024.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **O Estado dos Direitos Humanos no Mundo: Informe 2017/2018**. 2018. Disponível em: <https://anistia.org/wp-content/uploads/2018/02/informe2017-18-online1.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2023.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013. *E-book*.
- BADIN, Luiz Armando. **Sobre o conceito constitucional de terra indígena**. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, a. 51, n. 190, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r21410.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2024.

BRASIL. **Agravo em recurso extraordinário no 803462/MS – Mato Grosso do Sul**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 12 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Alegações Finais Escritas: Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil**. Brasília [online]: abril 2017. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/pueblo\\_Xukuru\\_miembros\\_br/alefest.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/pueblo_Xukuru_miembros_br/alefest.pdf). Acesso em: 06 jun. 2024.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo N. 64, de 1949**. Aprova a Carta da Organização dos Estados Unidos Americanos entre e o Brasil e outros países, 1949. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1940-1949/decretolegislativo-64-7-dezembro-1949-351121-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Decreto N. 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1998, em São Salvador. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm). Acesso em: 05 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Decreto N. 4.463, de 08 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm). Acesso em: 05 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Decreto N. 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm).

BRASIL. **Embargos de declaração em embargos de declaração contra recurso ordinário em mandado de segurança n. 29087/ DF – Distrito Federal.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2014b-2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10763641>. Acesso em: 12 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Lei, n. 601,** de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Presidência da República, Brasília, 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 06 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. **Lei, n. 14.701,** de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis n.ºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Presidência da República, Brasília, 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2023-2026/2023/Lei/L1470](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L1470). Acesso em: 04 set. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição n. 3.388.** Acórdão de Relatoria do Ministro Roberto Barroso. Julgado em 23 de outubro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 12 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado n. 480 da Súmula do STF.** 10/12/1969, Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500). Acesso em: 12 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3.388.** Acórdão de Relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 19 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 12 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.017.365-SC. Acórdão de Relatoria do Ministro Edson Fachin. Julgado em 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/09/re-1017365-i.pdf?x36613>. Acesso em: 12 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança no 29.087-DF.** Acórdão de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Julgamento encerrado em 16 de outubro de 2014c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 12 ago. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência. Vol.20. Janeiro, Fevereiro e Março de 1962. **Recurso Extraordinário n. 44.585**. de Relatoria para o Acórdão do Ministro Victor Nunes Leal, no Mandado de Segurança interposto pelo Serviço de Proteção aos Índios contra a Lei estadual no 1.077/50, que reduziu o território indígena do Povo Kandiwéu. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/020_1.pdf). Acesso em: 08 ago. 2024.

BUERGENTHAL, Thomas; SHELTON, Dinah; STEWART, David. **International Human Rights (in a Nutshell)**. 4. ed. St. Paul, MN: West Publishing Co./Thomson Reuters Business, 2009. Disponível em: [https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=faculty\\_publications](https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=faculty_publications). Acesso em: 04 ago. 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. - 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional no 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. *E-book*.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARDOSO SQUEFF, Tatiana de A. F. R.; DASSOLER DAMASCENO, Gabriel Pedro. Decolonizing International Law: between demystifications and resignifications. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, [S. l.], v. 16, n. 32, p. 182–205, 2024. DOI: 10.14295/rbhcs.v16i32.16555. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/16555>. Acesso em: 23 ago. 2024.

CARVALHO, Saló de; GOYES, David R.; WEIS, Valeria Vegh. Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. **Politics And Indigenous Victimization: The Case Of Brazil: Oxford Academic**. Oxford, Inglaterra, p. 251-271. 24 ago. 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/bjc/article/61/1/251/5896392>. Acesso em: 14 jul. 2023.

CERNA, Christina M. **Regional Human Rights Systems**. 5a ed. Nova Iorque: Routledge, 2016. *E-book*.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. *E-book*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos No. 11: povos indígenas e tribais / Corte Interamericana de Direitos Humanos. -- San José, C.R. : 2022. Tradução de María Helena Rangel, p.44-105.

\_\_\_\_\_. **Caso Andrade Salmón vs. Bolívia**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 01-12-2016.

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai**. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146 (par.117-134)

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai**. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146 par. 131

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai.** Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C No. 214, par. 111-113.

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai.** Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C No. 125 (par.140-151)

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua.** Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79 (par.148-151)

\_\_\_\_\_. **Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C No. 124 (par.128-135)

\_\_\_\_\_. **Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador.** Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245 (par.147-162 e 159-200)

\_\_\_\_\_. **Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros Vs. Brasil.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C No. 346.

\_\_\_\_\_. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No. 172 (par.118-132)

\_\_\_\_\_. **Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C No. 284 (par.135-137, 116 e 233-251)

\_\_\_\_\_. **Caso Palarma Iribane vs. Chile.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22-11-2005.

COSTA, Natália Albuquerque Dino de Castro e. Segurar o céu, a terra e os direitos: o que falta para uma política de segurança pública para e com os povos indígenas no Brasil. 2023. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materias pueblo indígenas y tribales”. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables: Manual.DHES. Red Derechos Humanos Y Educación Superior.** 2014.

FREITAS JÚNIOR, Luís. O direito fundamental dos índios à posse das suas terras. 2010. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil:** passado, presente e futuro. São Paulo: Contexto, 2012. *E-book*.

GONÇALVES, Oliveira Thomas. Princípios processuais, materiais e indicativos do direito internacional dos direitos humanos: A subsidiariedade e a livre escolha, a universalidade e a superioridade normativa e a interpretação pro homine e a interpretação evolutiva. In: OLIVEIRA, Márcio Luís de. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos:** Interface com o direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. *E-book*.



LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. A afirmação dos princípios gerais e os sujeitos do direito internacional público no século XXI. **Pensar**, Fortaleza, v. 27, n. 2, p. 1-13, abr./jun. 2022

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O Regime da Vanguarda do Direito Internacional Público**: ciência, direitos humanos, meio-ambiente, migrações, povos indígenas e trabalho decente. Brasília: Trampolim jurídico, 2021.

LIBOIS, Rachel Dantas; SILVA, Robson José da. Marco temporal, Supremo Tribunal Federal e direitos dos povos indígenas: um retrocesso anunciado. **PerCursos**, Florianópolis, v. 22, n. 48, p. 399-429, 2021. DOI: 10.5965/1984724622482021399. Disponível em: <https://periodicos.udesc.br/index.php/percursos/article/view/19147>. Acesso em: 29 jul. 2024

LIMA, Thiago Pereira da Silva. A proteção aos trabalhadores em condição migratória não documentada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 2024. 70 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 221-234, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92744>. Acesso em: 03 ago. 2024.

MASSAÚ, Guilherme Camargo.; COELHO, Gabriel Bandeira. O Memorial Constitucional e a Questão Indígena no Brasil / The Memorial Constitutional and Indigenous Issues in Brazil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 149-172, 2014. DOI: 10.18593/ejll.v16i1.4023. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/4023>. Acesso em: 02 ago. 2024.

MAUÉS, Antonio Moreira. O direito à vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ**. Centro de Estudos Aperfeiçoamento Funcional. **Revista Do Ministério Público Estado do Pará**. Ano 2, Volume 2. Belém: AVISI-Agência de Comunicação Ltda, 2007.

MAZZUOLI, Valerio. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

MONTEIRO, Michelle Alves; CARDOSO SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. Brasil, um país de todos? A questão territorial indígena no ordenamento jurídico brasileiro e a construção de um estado plurinacional. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 6, n. 13, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45215/28958>. Acesso em: 23 ago. 2024.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**. Número 201 jan./mar. 2014, p. 193 - 214.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do. Indígenas e sistema de justiça: indicadores do monitoramento do impacto do caso Xukuru no Brasil. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 2, p. 189-231, jul./dez. 2022.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de; NASCIMENTO, Anne Heloíse Barbosa do. Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 621-646, 7 nov. 2021. Centro de Ensino Unificado de Brasília. <http://dx.doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7843>. Acesso em: 03 ago. 2024.

NOGUEIRA, Francisca Maria Benício Maia. Marco temporal na jurisprudência indígena: uma análise do diálogo de cortes. 2022. 107 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Bogotá, Colômbia, 1948a. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.pdf](https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf).

\_\_\_\_\_. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf). Acesso em: 14 jul. 2024.

\_\_\_\_\_. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, Colômbia, 1948. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2024.

\_\_\_\_\_. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Santo Domingo, República Dominicana, 2016. Disponível em: [https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND\\_POR.pdf](https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf). Acesso em: 04 set. 2024.

\_\_\_\_\_. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. São Salvador, El Salvador, 1988. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp>. Acesso em: 14 jul. 2024.

OLIVEIRA, Geovanna Ribeiro. A influência das decisões da Corte IDH na produção legislativa federal brasileira : uma análise sob a ótica da teoria dos sistemas. 2022. 153 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Aracê – Direitos Humanos em Revista**, São Paulo, v. 4, n. 5, p. 242-262, fev. 2017. Semestral. Disponível em: <https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144/79>. Acesso em: 15 jul. 2023.

PEREIRA, Fernanda Menezes; COSTA, Taiz Marrão Batista da. O Regime Constitucional das Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Povos Indígenas: aspectos da defesa pela AGU perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Publicações da Escola da Agu: Os direitos dos povos indígenas: complexidades, controvérsias e perspectivas constitucionais**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 233-251, mar. 2019. ISSN-2236-4374.

PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. A fixação do marco temporal de ocupação de terras indígenas no Brasil à luz do princípio da primazia da norma mais favorável. 2017. 106 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas)- Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 12 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

SANTOS, Samara Carvalho. A judicialização da questão territorial indígena: uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil. 2020. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SILVA, Anderson Santos da. Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos: em busca de um diálogo permanente, profundo e crítico. **REJuriSTJ**, Brasília, ano 2, n. 2, p. 63-90, dez. 2021. Artigo recebido em 19.11.2020 e aprovado em 03.09.2021. Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica/article/download/289/34>. Acesso em: 31 jul. 2024.

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. **Serviço Social & Sociedade** [online]. 2018, n. 133, p. 480-500. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.155>. Acesso em: 12 ago. 2024. ISSN 2317-6318.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. 354 p. ISBN 978-85-61651-10-7. E-book.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. Comentários do artigo 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo Saraiva/Almedina, 2013a. E-book.

VIEGAS, Daniel Pinheiro. A tradicionalidade da ocupação indígena e a constituição de 1988: a territorialização como instituto jurídico-constitucional. 2015. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2015.

VIRGÍLIO, Jefferson. **A tese do marco temporal: o caso da aco 1100 e a terra indígena laklãnõ**. 2022. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Graduação em Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022. Cap. 3. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/243969>. Acesso em: 15 jul. 2023.