

6

PUBLICUM

O direito à terra indígena sob a perspectiva da CF/88 e dos direitos humanos e sua respectiva aplicação no caso Guyraroká em Mato Grosso do Sul

Silvia Dettmer Araújo

Doutora em Direito Constitucional, pela Universidade Pontifícia Católica de São Paulo (PUC/ SP). Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS/ CPTL), Campo Grande/MS, Brasil. E-mail: silviadettmer@globo.com.

Julia Thais de Assis Moraes

Graduanda do Curso de Direito Bacharelado UFMS/CPTL, Campo Grande/MS, Brasil, 10º Semestre, vinculada ao Projeto de Iniciação Científica "Uma análise dos direitos constitucionais reconhecidos ao Índios na perspectiva das etnias guarani kaiowá e ofaié". E-mail: juliamoraes094@outlook.com.

Resumo

o presente artigo visa analisar a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) denominada marco temporal, empregada para solucionar os casos de demarcação de terras indígenas. O referido marco normativo se apresentará sob duas perspectivas: a constitucional, utilizando a Constituição Federal de 1988 como parâmetro interno; e, no âmbito internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos será utilizada como orientadora da temática na esfera dos direitos humanos, pois elege critérios legais a serem seguidos nos procedimentos que reconheçam as terras originárias. O diálogo entre a atual constituição e a esfera internacional se faz imperativa, em virtude do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações em que a República Federativa do Brasil seja parte, previsto na atual constituição - princípio que culminou na ratificação do citado pacto normativo. O caso Guyraroká, referente ao povo guarani-kaiowá, situado em Mato Grosso do Sul será explorado a fim de demonstrar como se deu a interpretação constitucional e também dos direitos humanos. Empregou-se o método exploratório, qualitativo e bibliográfico.

Palavras-chave

Constituição Federal de 1988; Convenção Americana de direitos humanos; Tese do marco temporal; Demarcação de terras indígenas; Terra Guyráoka.

The indigenous land rights under the perspective of CF/88 and human rights and their respective application in the case of Guyraroka in Mato Grosso do Sul

Abstract

This article aims to analyze the thesis adopted by the Federal Supreme Court (STF), termed the temporal framework, used to solve the cases of demarcation of indigenous lands. This normative framework will be presented from two perspectives, the constitutional one, using the 1988 Federal Constitution as an internal parameter. And, in the international context, the perspective related to human rights represented by the American Convention on Human Rights, which elects legal criteria to be followed in procedures that recognize the originating lands. Dialogue between the present constitution and the international sphere is imperative, because of the principle of the prevalence of human rights in relations in which the Federative Republic of Brazil is a party. This principle culminated in the ratification of the aforementioned normative pact. The Guyrároka case of the Guarani-Kaiowá people in Mato Grosso do Sul will be explored in order to demonstrate how the thesis of the temporal framework was applied and how it was interpreted in the face of human rights. The exploratory, qualitative and bibliographic method was used.

Keywords

Federal Constitution of 1988; American Convention on Human Rights; Thesis of the time frame; Demarcation of indigenous lands; Guyrároka land.

Sumário

Introdução; 1. O Direito à Terra Indígena no Brasil; 2. Conceito de terra indígena conforme a Constituição de 1988; 3. Conceito de terra indígena na esfera dos direitos humanos; 4. Tese do Marco Temporal, uma contradição com a Constituição Federal de 1988; 5. A tese do marco temporal na perspectiva dos direitos humanos; 6. O caso Guyrároka, dos Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul; 7. A aplicação da tese do marco temporal no caso Guyrároka, como uma afronta ao texto constitucional de 1988; 8. Anulação da terra indígena Guyraroka: desrespeito aos direitos humanos da propriedade indígena; Conclusão; Referências.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, demonstra valores supremos de um Estado Democrático de Direito, tais como o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Valores que representam uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, visando edificar a harmonia social. Assim,

se compromete com as ordens interna e internacional a solucionar pacificamente as controvérsias sociais (PIOVESAN FLÁVIA, 2016, p.220).

A controvérsia social neste trabalho é a demarcação de terras indígenas, que se encontram em uma situação precária diante da ausência de amparo jurídico capaz de solucionar suas demarcações. De um lado, o texto constitucional reconhece o direito dos indígenas a terem suas terras demarcadas e protegidas pelo Estado. Por outro, a jurisprudência pátria interpreta a lei maior de modo a restringir uma interpretação favorável a este direito fundamental, em razão da tese do marco temporal.

Em consequência dessa tese restritiva, recentemente houve a decretação da nulidade de diversas demarcações de terras indígenas, como a terra indígena Guyraroká, do povo guarani-kaiowá, localizado em Mato Grosso do Sul, formando-se uma controvérsia jurídica no que tange à prescrição constitucional a respeito do assunto, principalmente quando se analisa essas decisões a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil.

O capítulo VIII da vigente Constituição é destinado a assegurar os direitos fundamentais dos indígenas, e, dentre eles, o principal é o direito à terra. Trata-se de direito elementar para que possam desfrutar de seus costumes, línguas, crenças e tradições, que proporcionam o exercício do direito à autodeterminação (BARBIERI, 2008, p. 69). A autodeterminação é o direito de exercitarem a cultura indígena, de ser indígena, e, conseqüentemente, serem reconhecidos pelo Estado como tal.

As terras de ocupação tradicional são necessárias à reprodução física e cultural dos povos indígenas, e compreendem todas aquelas que sejam essenciais aos costumes físicos, culturais e sociais desses povos (CARNEIRO DA CUNHA, 1998, p. 141-142).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também chamada de Pacto de San José da Costa Rica, é o mais relevante e efetivo instrumento internacional de proteção aos direitos humanos no continente americano (CARVALHO RAMOS, 2009, p. 68). O Estado brasileiro se vinculou às obrigações previstas na Convenção no ano de 1992, em conformidade com o princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º, II, da CF/88.

Entretanto, passou-se um período contraditório de seis anos no qual o Estado havia se comprometido com as obrigações internacionais previstas na CADH e, ao mesmo tempo, não havia se manifestado sobre a anuência da supervisão judicial (PEGORARI BRUNO, 2017, p. 64). Cabe ressaltar que o reconhecimento da jurisdição vinculada ao documento citado não se dá automaticamente, devendo o Estado declarar espontaneamente o reconhecimento da jurisdição no momento de sua ratificação ou em outro qualquer.

A interpretação do artigo 21¹ da referida Convenção diante dos direitos humanos se faz mais extensiva e favorável a esse grupo vulnerável. Sendo o direito de propriedade um direito que compreende todos direitos inerentes dos membros das comunidades indígenas, concebe-se a propriedade indígena a partir da relação cultural, espiritual e material desses povos com os territórios ancestrais (PEREIRA, 2002, p. 54)

Enquanto essa relação existir, o direito de reivindicar seus territórios permanece vigente, inclusive nos casos em que a comunidade se encontra afastada de suas terras tradicionais por questões alheias à sua vontade, como ocorre em decorrência das expulsões (SCHETTINI ANDREA, 2012, p. 63-86).

O texto constitucional conceitua terra indígena como um direito originário, imprescindível à sobrevivência da comunidade de acordo com seus usos e costumes. Contudo, a tese do marco temporal, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, não permite uma interpretação favorável aos direitos indígenas, trazendo uma solução que esvazia o passado brasileiro indigenista e o caráter originário de seus direitos (SILVA, 2016, p. 78)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) elucida critérios a serem seguidos para determinar se uma terra é tradicional ou não. Critérios construídos a partir de seu artigo 21, que proporcionou a criação de uma rica jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos, a qual, por meio de argumentos mais coerentes com a história indígena, respondeu casos internacionais emblemáticos acerca do reconhecimento de terras indígenas com decisões mais equitativas (SCHETTINI ANDREA, 2012, p. 63-86).

A tese do marco temporal adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em grande parte dos casos de demarcação de terras indígenas se torna uma interpretação restritiva do § 1º do artigo 231² do texto constitucional, e se configura ainda mais destoante dos direitos indígenas quando analisada à luz do Tribunal Internacional de Direitos Humanos, que se fundamenta no Pacto de San José da Costa Rica, como será demonstrado ao longo deste trabalho.

1. O Direito à Terra Indígena no Brasil

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar tratamento constitucional ao direito à terra pertencente aos povos indígenas (nomeados, à época, silvícolas). Adotou expressamente a teoria

¹ Artigo 21 Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. Convenção Americana de Direitos Humanos, 1992, República Federativa do Brasil.

² 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. Constituição Federal, 1988, República Federativa do Brasil.

do indigenato, sendo o Estado quem tutelava os direitos e interesses indígenas. Determinou que as terras ocupadas por índios seriam propriedade da União (CAVALCANTE, 2013, p. 158-239).

Art. 5º - Compete privativamente à União:

(...)

XIX - legislar sobre:

(...)

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934)

Conferiu-se à terra indígena natureza jurídica de direito natural por ser um direito preexistente ao próprio reconhecimento constitucional. Constitui-se como um direito pertencente à comunidade indígena e anterior a qualquer ordenamento legal, e, portanto, originário (SILVA, 2016, p. 87).

A Constituição de 1937 conservou o direito à terra como sendo um direito originário, e apenas a União era competente para legislar acerca do mesmo (BARBIERI, 2008, p. 100). As constituições seguintes repetiram a regra da Constituição de 1934, adotando o indigenato como o parâmetro normativo a tratar a questão indígena.

Art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas. (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1937)

Em 1988, com a Constituição “Cidadã”, os direitos indígenas passam a ter um tratamento diferenciado, sendo a eles dedicado um capítulo exclusivo do rol normativo. O paradigma adotado é da constitucionalização dos direitos indígenas, dando ênfase à especificidade e à diferença do índio, respeitando sua cultura e hábitos próprios dentro da sociedade nacional (BARBIERI, 2008, p. 69).

O artigo 231 dispõe sobre o direito à terra como um direito originário exercido pelos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à união demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens (VITORELLI, 2016, p. 110). Determina também que os direitos sobre essas terras são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Assim, as terras indígenas foram mantidas como bens da União, devendo os índios e não índios observar as limitações previstas no texto constitucional.

2. Conceito de terra indígena conforme a Constituição de 1988

Terra indígena é um conceito jurídico brasileiro que tem sua origem na definição de direitos territoriais, direitos reconhecidos ao longo da história pelo Estado brasileiro por meio de diversos dispositivos legais (CARNEIRO DA CUNHA, 1993, p. 45).

A Constituição de 1988, no artigo 231, enumera os elementos necessários para caracterizar um território como tradicional, sendo estes a tradicionalidade, a ocupação permanente, a utilização do território para suas atividades produtivas e a imprescindibilidade da terra para a reprodução física de seus costumes.

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. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

A tradicionalidade é uma das características mais importantes para o reconhecimento de um território como tradicional, fundamentando-se nos modos, e não no tempo de ocupação indígena em uma determinada área. Portanto, a ocupação tradicional, segundo o conceito normativo, consiste no local onde se exercita os usos e costumes indígenas (OLIVEIRA FILHO, 1999, p. 111).

A ocupação em caráter permanente se remete a uma noção de fatores históricos, e não apenas a um marco temporal (VILLARES, 2009, p. 89), visto que o texto constitucional não menciona limite de tempo para o início de uma ocupação indígena.

O tempo de ocupação deve ser um ato concreto no que tange à reprodução cultural e ao modo de vida indígena, podendo se dar em poucos ou muitos anos (GONÇALVES, 1994, p. 79-87). A habitação permanente tem como função garantir a inalienabilidade e indisponibilidade das terras direcionadas às comunidades tradicionais.

A ocupação permanente não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat (SILVA, 2002, p. 115).

A utilização do território para suas atividades produtivas consiste no direito ao usufruto exclusivo, que é assegurado constitucionalmente aos índios, implicando na retirada de frutos dos recursos naturais de suas terras, utilidades e rendimentos possíveis (SANTILLI, 2010, p. 67). Contudo, essa retirada não pode alterar a substância ou comprometer a sustentabilidade ambiental do território.

O usufruto exclusivo permite que os índios desenvolvam suas próprias atividades produtivas, ainda que com finalidades comerciais. As atividades comerciais aliadas à preservação dos recursos ambientais existentes nas terras indígenas assegura a sobrevivência das próximas gerações bem como a manutenção da posse e do controle das comunidades indígenas sobre as

atividades e projetos desenvolvidos em suas terras (MAGALHÃES DIAS, 2003, p. 220). Assim, promovem sua autossustentação econômica e ambiental e sua não dependência em relação a terceiros.

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. (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988)

E, por fim, o território deve ser imprescindível para a reprodução de seus usos e costumes, sendo isso um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácitas ou abertamente aceitas pela comunidade, de natureza ritualística ou simbólica, fundadas em valores e normas de comportamento social, que culminam na repetição cultural pelas atuais e futuras gerações e ocasionam a continuidade de passado histórico apropriado (HOBSBAWM, 2008, p. 9).

3. Conceito de terra indígena na esfera dos direitos humanos

A compreensão de território tradicional no âmbito dos direitos humanos é trabalhada a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada Pacto de San José da Costa Rica. O fundamento jurídico que ampara o conceito de terra indígena é o artigo 21 da convenção, que se refere aos direitos e deveres inerentes à propriedade privada.

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. (Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969, República Federativa do Brasil).

O texto legal não faz menção expressa aos territórios tradicionais, mas foi crucial para que a Corte Internacional de Direitos Humanos realizasse uma interpretação extensiva do conceito de propriedade envolvendo também os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal (SCHETTINI ANDREA, 2012, p. 63-86), destacando a forma comunitária da propriedade coletiva, pertencente a todos que se vinculam àquela determinada comunidade que possui as mesmas tradições.

Além da noção coletiva de propriedade, a estreita relação que estabelecem com a terra, como base de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sobrevivência deve ser reconhecida e compreendida. A relação com a terra para os povos indígenas, na perspectiva da

Corte, consiste na conjunção dos elementos material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras (PEGORARI BRUNO, 2017, p. 80)

Ainda segundo a ótica da Corte Internacional de Direitos Humanos, o conceito de terra indígena funda-se no direito costumeiro destes povos, causando a desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida (GARCÍA HIERRO, 2004, p. 7). A propriedade comunal é configurada aos povos indígenas de acordo com a ocupação tradicional, considerando-se a memória coletiva das gerações presentes que se encontram, física ou espiritualmente, ligadas às terras reivindicadas.

Enquanto essa relação existir, o direito de reivindicar seus territórios permanece vigente, inclusive nos casos em que a comunidade se encontra afastada de suas terras tradicionais por questões alheias à sua vontade, como ocorre na grande maioria dos casos em que os indígenas são expulsos de suas terras (PEGORARI BRUNO, 2017, p. 80).

A tradicionalidade reside no modo tradicional como o território é concebido pela comunidade, e não no tempo cronológico da ocupação do territorial (SILVA, 2016, p. 782). Nesse sentido, o conceito desenvolvido a partir do artigo 21 da convenção e aperfeiçoado pela jurisprudência da Corte passa a ser consoante ao artigo 14 da Convenção nº 169 da OIT e com o artigo 26 da Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas, que reconhecem o direito desses povos a terem protegida a relação que mantêm com as terras tradicionalmente ocupadas e possuídas.

Art. 14 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. (Convenção 169 da OIT, 1989, República Federativa do Brasil)

Artigo 26 Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2006, República Federativa do Brasil)

A territorialidade tradicional segundo a concepção dos direitos humanos possui uma dimensão transgeracional e transfronteiriça que vai além das funções meramente econômicas da terra, sendo o território muito mais do que uma simples delimitação geográfica, e, sim, um referente espacial de sua identidade coletiva (TINEY, 2010, p. 9). Este também abrange o direito dos povos indígenas de gozarem livremente de sua propriedade e dos recursos naturais que ali se

encontram em conformidade com suas tradições e costumes (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 279).

As propriedades indígenas, na perspectiva dos direitos humanos, são protegidas por um extenso rol normativo, como a Convenção nº 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, as quais influem para interpretação do artigo 21 do Pacto de San José da Costa Rica (SCHETTINI ANDREA, 2012, p. 63-86) e permitem que a jurisprudência da Corte Americana de Direitos Humanos faça uma ampla análise desse direito. Isso, conseqüentemente, enriquece o conceito de território tradicional a ser aplicado aos casos concretos que vinculam os países signatários do Pacto como é o caso do Brasil.

4. Tese do Marco Temporal, uma contradição com a Constituição Federal de 1988

A tese do marco temporal se originou a partir do caso Raposa Serra do Sol, um *leading case* (VILLARES; YAMADA, 2010, p. 143-159) em matéria de demarcação de terras indígenas levado ao Supremo Tribunal Federal. O objeto da demanda consistia na tentativa de impugnação da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, que promoveu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, a partir do voto de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, pelo reconhecimento da legalidade do processo administrativo da demarcação. A partir da referida decisão, estabeleceu-se o chamado Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígenas, o qual criou parâmetros para a demarcação da terra naquele caso concreto, inovando o ordenamento jurídico (PEGORARI BRUNO, 2017, p. 76).

Nesse sentido, o Ministro Carlos Britto definiu quatro critérios para o reconhecimento de determinada terra como terra indígena (SUPREMO, 2009), sendo eles: o marco da tradicionalidade da ocupação; o marco temporal da ocupação; o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional, que descreve a utilidade prática a que deve servir a terra tradicionalmente ocupada, ressaltando o critério da ancestralidade; e, por fim, o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade, que consiste na aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria indígena, com um conteúdo extensivo. Contudo, serão destacados apenas os dois primeiros critérios, pois são os que estruturam a tese do marco temporal.

De acordo com o marco da tradicionalidade da ocupação, para que uma terra indígena possa ser considerada tradicional, as comunidades indígenas devem demonstrar o caráter de perdurabilidade de sua relação com a terra (SILVA, 2002 p.100) – caráter este demonstrado em sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica, com o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência.

O referido critério estabelece que os indígenas devem preencher, basicamente dois elementos: um imaterial (espiritual, ancestral, psicológico) e outro material (da relação direta com a terra, *e.g.*, pesca, caça etc.), sendo consoante a interpretação gramatical do artigo 231 da Constituição da República que estabelece em seu parágrafo 1º que:

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. (Constituição Federal de 1988, República Federativa do Brasil)

O segundo critério, denominado marco temporal da ocupação, estabelece que as terras indígenas serão aquelas nas quais houve efetiva ocupação pelas populações indígenas, na data da promulgação da Constituição, ou seja, 05 de outubro de 1988 (YAMADA, 2010, p. 151), parâmetro que restringe o direito à terra para quem do trazido gramaticalmente no próprio texto constitucional. A Constituição diz que são terras indígenas aquelas habitadas pelos índios em caráter permanente, mas não exige que eles a estivessem ocupando, necessariamente, na data da promulgação da Constituição, em virtude dos critérios trazidos pelo marco da tradicionalidade e também da possibilidade do esbulho renitente (PEGORARI BRUNO, 2017, p. 78).

O esbulho renitente consiste nas situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios e a elas foram impedidos de regressar, ainda que com a terra guardassem as condições necessárias – materiais e imateriais – para a configuração da ocupação tradicional. (LIMA, 2002, p. 117)

A data estabelecida torna-se arbitrária diante do passado indigenista brasileiro e o caráter originário dos direitos indígenas, configurando um grave vício da anti-historicidade, além de ignorar as graves violações históricas dos direitos humanos desses povos, tanto pelos particulares como pelo Estado (LIMA, 2002, p. 120).

A partir dessa decisão no caso Raposa Serra do Sol, estruturou-se a tese jurídica do marco temporal, fato que impulsionou sua aplicação a outros casos de demarcação de terras indígenas, como no caso Guyrároka, dos guarani-kaiowá em Mato Grosso do Sul, ainda que a decisão do Supremo tenha produzido efeitos restritos às partes processuais daquele caso concreto (PEGORARI BRUNO, 2017, p. 77).

5. A tese do marco temporal na perspectiva dos direitos humanos

Os parâmetros interpretativos de território tradicional foram percorridos no presente artigo. Neste momento, cabe confrontá-los com a tese do marco temporal, visando demonstrar que essa não respeita os direitos humanos indígenas.

No âmbito dos direitos humanos, representados pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela jurisprudência da Corte IDH, o conceito de propriedade comunal é desenvolvido de modo mais intenso (BRINGAS, 2008, p. 144), estabelecendo uma visão coletivista da terra como interpretação mais apta a solucionar os conflitos territoriais indígenas.

A Corte também delimita com mais cautela os elementos ou critérios materiais e imateriais da relação com a terra, tais quais o cultural, o espiritual, de sobrevivência, integridade e de relação intertemporal entre passado (gerações ancestrais) e futuro (gerações futuras).

E, em claro confronto com o critério do marco temporal da ocupação, tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral (THORNBERRY, 2002, p. 352), casos em que a comunidade terá o direito a recuperar suas terras, ou, se impossível sua recuperação, de obter terras iguais em extensão e qualidade. Ainda, se desejar, pode a comunidade obter, alternativamente, a indenização proporcional em dinheiro.

A Corte, para definir o limite temporal ao direito de recuperar a terra, sugere um método destoante do marco temporal. Deve-se, em primeiro lugar, analisar se as bases espirituais e materiais são mantidas em relação à terra (GELBSPAN PRIOSTE, 2013, p. 54). Para isto, analisa-se a relação de cada povo com a terra, observando se a tradição dos usos e costumes é respeitada no estabelecimento do vínculo. E, no caso em que o povo estiver impedido de relacionar-se com a terra, por qualquer motivo, o direito de recuperação persiste mesmo com o impedimento.

A ideia central reside somente no critério da tradicionalidade da ocupação, excluindo a noção de marco temporal, e ainda considera que a perda da propriedade pode afetar irremediavelmente a identidade cultural dos povos indígenas (GILBERT, 2013, p. 138).

Confrontada a tese do marco temporal com os elementos interpretativos empregados na esfera dos direitos humanos, percebe-se que a mesma está em desacordo com a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos feita pela Corte Interamericana, e, portanto, destoa do princípio previsto na atual Constituição Federal de prevalência dos direitos humanos nas relações da República Federativa do Brasil.

6. O caso Guyraroká, dos Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul

No ano de 2013 foi interposto no Supremo Tribunal Federal o Recurso Ordinário nº 29.087 contra um acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegava uma ordem de segurança pretendida por um agricultor de Mato Grosso do Sul. O recurso pleiteava a anulação da Portaria nº 3.219, de 2009, emitida pelo Ministro da Justiça.

A Portaria declarava a posse permanente da Terra Indígena Guyraroká pelos guarani-kaiowá que nela tradicionalmente habitavam, e onde se situava o imóvel rural supostamente titularizado pelo recorrente (SUPREMO, 2014, p. 30). Este alegava que a Portaria, apontada como ato coator, teria violado seu direito líquido e certo, pois teria declarado como terra indígena gleba de sua propriedade e sobre a qual exercia com exclusividade a posse, inexistindo índios no local ao menos desde o final da década de 1940.

O Ministro Lewandowski, que era relator do processo, optou por uma saída processual, afirmando que, para discutir questão de posse de terras submetidas a processo demarcatório, seria necessária dilação probatória. Assim, a ação não poderia ser decidida em sede de mandado de segurança. Ainda afirmou a inexistência de efeito vinculante *erga omnes* do caso Raposa Serra do Sol, não sendo possível a extensão dos critérios daquele caso para a demanda.

O Ministro Gilmar Mendes, após pedido de vista, trouxe um voto divergente e se tornou o novo relator do caso. A conclusão do referido ministro era de que os documentos (laudo da Funai) seriam suficientes para determinar que a comunidade indígena dos guarani-kaiowá não habitava a área declarada há mais de setenta anos (desde o final da década de 1940). Entendeu ser necessário conjugar as medidas que foram empregadas no emblemático caso Raposa Serra do Sol, em especial aquelas referentes à averiguação da posse tradicional indígena na região. Sugeriu que o preestabelecido marco temporal para configurar a posse, qual seja, a data da promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988), seria suficiente ao reconhecimento dos direitos às terras reivindicadas e não havia sido observado.

Ressalvou, também, que o título de propriedade, com mais de 25 anos, era uma prova cabal de que o recorrente era o legítimo proprietário da terra. Destacou, ainda, que o entendimento da Corte do STF no caso Raposa Serra do Sol deveria servir de apoio moral e persuasivo a todos os casos de demarcação de terras indígenas, ainda que sua produção de efeitos tenha sido *inter-partes*.

7. A aplicação da tese do marco temporal no caso Guyraroká, como uma afronta ao texto constitucional de 1988

A aplicação da tese do marco temporal no caso Guyraroká dos Guarani-Kaiowá, em Mato Grosso do Sul, torna-se contrária ao atual texto constitucional, visto que restringe o direito à terra indígena a um determinado marco temporal.

O critério do marco da tradicionalidade que integra a tese do marco temporal consiste na demonstração de continuidade na relação com a terra, no aspecto anímico e psíquico de continuidade etnográfica (CAVALCANTE, 2013). Contudo, o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência comunitária foi derrubado com base na súmula nº 650, que trata de aldeamentos extintos³.

A súmula nº 650 prevê que os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamento extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, sendo este um critério que leva em conta o conceito objetivo de posse - esclarecendo que a posse tradicional deve respeitar o marco temporal de 05 de outubro de 1988.

O critério da ocupação temporal, que também é um dos fundamentos da referida tese, condiciona a existência de terras indígena àquelas nas quais houve efetiva e permanente ocupação pelas populações tradicionais na data da promulgação da Constituição (05 de outubro de 1988).

Torna-se uma condicionante que ignora a possibilidade do chamado esbulho renitente, que gerou a expulsão dos indígenas de suas terras (PACHECO DE OLIVEIRA, 2013) e, na maioria dos casos, a elas foram impedidos de regressar, ainda que com a terra guardassem as condições necessárias para a configuração da ocupação tradicional.

Dessa forma, fica evidente que a tese do marco temporal cria obstáculos ao reconhecimento de um território como tradicional, configurando-se mais como um impeditivo ao exercício de um direito fundamental e, conseqüentemente, não possibilitando a efetividade do texto constitucional.

8. Anulação da terra indígena Guyraroká: desrespeito aos direitos humanos da propriedade indígena

³ Súmula 650. Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. Supremo Tribunal Federal, 2018, Brasil.

A anulação do reconhecimento da terra Guyaroká como não sendo um território tradicional ultrapassa a não observância dos direitos fundamentais indígenas e adentra também o desrespeito aos direitos humanos desses sujeitos. Também se torna contrária ao princípio da prevalência dos direitos humanos, pois foi a partir desse princípio que o Brasil se tornou signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Convenção possui um artigo que abrange o direito de propriedade dos indígenas e proporcionou a Corte Internacional de Direitos Humanos aperfeiçoar suas decisões em sede de propriedade comunal, visando uma maior proteção aos direitos humanos de uma minoria vulnerável (ABRAMOVICH, 2009, p. 22). Com isso, é nítido que a decisão do Supremo Tribunal Federal destoa dos critérios adotados pela esfera dos direitos humanos para decidir sobre o reconhecimento de terras indígenas.

A propriedade indígena na ótica dos direitos humanos possui a estreita relação com a terra, pois é o elemento fundante de sua cultura, vida espiritual, sua integridade e sobrevivência coletiva da comunidade (GARCÍA HIERRO, 2004, p. 7). Assim, a terra proporciona os elementos material e espiritual, que são necessários à transmissão do legado cultural para as próximas gerações.

No caso Guyaroká, a partir do laudo antropológico da Funai (PEREIRA, 2002), foram constatados os seguintes dados que comprovam a relação material e espiritual dos Guarani-Kaiowá com a terra que reivindicavam: a terra se encontrava em área ocupada pelos ancestrais dos Guarani-Kaiowá antes do período colonial, demonstrando a dimensão transgeracional do território, elementar para a identidade coletiva da comunidade. Os índios demonstravam vontade de retornar, comprovando haver um vínculo especial com a terra, sendo isso a prova de que a relação da comunidade com aquele determinado território nunca deixou de existir. E, enquanto houver essa vontade, significa que o direito de reivindicar seus territórios permanece vigente, ainda que a comunidade esteja afastada de suas terras tradicionais por questões alheias à sua vontade.

Constatou-se que a ocupação de caráter permanente da terra deixou de existir a partir da década de 1940, pelos seguintes motivos: as terras voltaram ao domínio da União e foram tituladas para posteriormente serem vendidas ou distribuídas pelo Estado do Mato Grosso do Sul aos colonos, motivos que demonstram a expulsão indígena por razões alheias à sua vontade e que não supriam a relação material e imaterial que possuíam com o território. Dentre os motivos também está o fato de que muitos índios se tornaram peões, permanecendo na terra de onde eram provenientes, mas sob a condição de mão-de-obra barata, demonstrando que o vínculo de tradicionalidade nunca deixou de existir.

A partir desses dados evidenciados e o conceito já demonstrado de terra na perspectiva dos direitos humanos, é perceptível que a tese do marco temporal é uma grave afronta aos direitos humanos dos indígenas (CIMI, 2018).

Além disso, o conceito ignorou todos os dados históricos capazes de demonstrar a tradicionalidade do território Guyraroká. Ainda provoca um cenário nebuloso em uma República que tem consagrado como princípio a prevalência dos direitos humanos nas relações em que for parte e que também é signatária de uma Convenção e, conseqüentemente, vinculada à Corte de Direitos Humanos, que preza pela proteção e reconhecimento de terras originárias.

Conclusão

O princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações em que a República do Brasil seja parte é um mandamento constitucional consagrado no inciso II artigo 4º devendo ser obrigatoriamente observado. No que se refere à sua execução no caso da terra indígena Guyraroká dos guarani-kaiowá, em Mato Grosso do Sul, foi ignorado, uma vez que sua aplicação consistiria no respeito ao artigo 21 da CADH, que protege a propriedade comunal, e, principalmente, à jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos, que estruturou decisões normativas mais favoráveis aos direitos humanos indígenas em relação ao direito à terra.

É preciso ressaltar que o descumprimento desta disposição constitucional leva, conseqüentemente, à não efetivação dos direitos fundamentais indígenas situados no capítulo VIII da Constituição Federal de 1988. Sendo o direito à terra indígena o direito que com mais intensidade não encontra proteção nas decisões dos tribunais, como no caso ilustrado por esse trabalho. Dessa forma, a tese do marco temporal contribui apenas para o enfraquecimento da efetividade dos direitos fundamentais da esfera indígena e ainda contraria os preceitos normativos de direitos humanos do Pacto de San José da Costa Rica que criou deveres e obrigações para o Brasil que o ratificou.

A tese do marco temporal se estruturou a partir do julgamento da terra indígena Raposa Serra do Sol no ano de 2005 e se fundamentou em quatro critérios interpretativos para definir se aquela terra seria tradicional ou não, sendo o marco da tradicionalidade da ocupação e o marco temporal da ocupação os principais. Os efeitos da tese tiveram eficácia apenas *inter-partes*. Contudo, a partir dessa decisão, os tribunais, inclusive o STF, passaram a aplicá-la indistintamente em todos os casos de demarcação de terras indígenas, não se vinculando aos dispositivos constitucionais e tampouco à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os direitos indígenas, sejam eles consubstanciados no texto constitucional ou em documentos de direitos humanos, devem ser efetivados por meio de decisões dos tribunais que os reconheçam e amparem a luta dessa minoria vulnerável. Tendo em vista que o preâmbulo da Constituição Federal já destaca o compromisso com os direitos humanos, esse, diante de uma decisão arbitrária e nebulosa como a anulação da terra Guyraroká dos guarani-kaiowá no Mato Grosso do Sul, é apenas um texto normatizado sem efetividade alguma.

Referências

ABRAMOVICH, Victor. 2009. **Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos**. SUR, São Paulo, v.6.n.11, p.7-39, dez. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm>. Acesso em 18 julho de 2018

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **A estrutura constitucional das relações internacionais e o sistema político brasileiro**. Contexto Internacional, Rio de Janeiro, n. 12, jul. /dez. 1990.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBIERI, S. R. J. **Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.

BRINGAS, Asier Martínez. 2006. **La desconstrucción del concepto de propiedad: una aproximación intercultural a los derechos territoriales indígenas**. Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, ano 4, n. 7, p. 123-148, jul. /dez.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2ª ed. atualizada e ampliada. San José/Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ ACNUR, 2004.

_____. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, vol. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Colonialismo, território e territorialidade: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul**. 2013. Tese (Doutorado em História)

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

_____. **O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do/ JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 805-850.262 ARACÊ – Direitos Humanos em Revista | Ano 4 | Número 5 | fevereiro 2017

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

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

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

CIMI. **Violência contra os Povos Indígenas no Brasil** – Dados de 2015. Relatório. 2016. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos: direitos dos povos indígenas**. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, v. 2. 506 p

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional**. In Revista Brasileira de Direito Constitucional, nº 3, jan./jun. 2004.

FERNANDES, B. G. A.. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2014.

GARCÍA HIERRO, Pedro. 2004. **Territórios indígenas: tocando a las puertas del derecho**. In: SURRALLÉS, Alexandro; GARCÍA HIERRO, Pedro (Dir.). Terra adentro: território indígena y percepcion del entorno. Copenhague: Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). p. 277-306

GELBSPAN, Thea; PRIOSTE, Fernando. G. V. **Terra na Luta por Justiça Social: Direitos humanos e as estratégias de Movimentos Sociais**. 1. ed. Curitiba: Terra de Direitos, 2013. v. 1. 124 p.

GILBERT, Jérémie. **Direito à terra como direito humano: argumentos em prol de um direito específico**. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 120-143, jun. 2013.

GONÇALVES, Wagner. **Terras de ocupação tradicional: aspectos práticos da perícia antropológica**. In: SILVA, O.S.; LUZ, L.; VIEIRA, C.M. (orgs.). A perícia antropológica e processos judiciais. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994. p. 75-83.

GOMES, Mércio Pereira. **O Índio na História: o povo Tenetehara em busca da liberdade**. Petrópolis: Vozes, 2002.

MAGALHÃES DIAS. Edvard (org). **Legislação Indigenista Brasileira Normas Correlatas**. Brasília: FUNAI/ CGDOC, 2003.

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

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, A. R.. **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: UFMG Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria. Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, igualdade e diferença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTILLI, Márcio. **Os Brasileiros e os Índios**. São Paulo: SENAC, 2000.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. **Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

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

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

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 124-141.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2018.37271.

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

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

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

VILLARES, Luiz Fernando, YAMADA, Érika Magami. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo Dia Era Dia de Índio. Revista Direito GV São Paulo. n. 11. Jan. – jun. 2010.

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

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

THORNBERRY, Patrick. 2002. **Indigenous peoples and human rights**. Nova York: Juris Publication; Manchester, UK: Manchester University Press.

YAMADA, Érika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. **Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio**. Revista de Direito GV, v. 6 (1), p. 143-158, 2010

WOLKMER, Antônio Carlos. **Os Novos Direitos no Brasil: Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva 2003..

Enviado em: 13.09.2018

Aprovado em: 31.10.2018