

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO AMBIENTAL, AGRÁRIO E SOCIOAMBIENTALISMO II

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

NIVALDO DOS SANTOS

NORMA SUELI PADILHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito ambiental, agrário e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Nivaldo Dos Santos; Norma Sueli Padilha – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-499-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito ambiental. 3. Socioambientalismo. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO AMBIENTAL, AGRÁRIO E SOCIOAMBIENTALISMO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A presente obra que ora temos a honra de apresentar é fruto de mais um evento patrocinado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Os artigos são oriundos do V Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Inovação, Direito e Sustentabilidade realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob os auspícios da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Ainda em decorrência da pandemia da COVID-19, que marcou uma crise, sem precedentes, na área de Saúde no Brasil, o evento foi realizado de forma virtual, por meio de um conjunto de ferramentas que permitiram a exibição de palestras, painéis, fóruns, assim como os grupos de trabalhos tradicionais e apresentações semelhantes às utilizadas durante os eventos presenciais, mas desta feita por meio da plataforma RNP (Rede Nacional de Ensino e Pesquisa), tudo após grande esforço da comissão organizadora do evento.

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado Direito Ambiental, Agrário e Socioambientalismo II e pela organização desta obra.

Assim, no dia 18 de junho de 2022, dezoito artigos ora selecionados foram apresentados e defendidos pelos seus autores, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

A presente obra se inicia com o artigo “A importância da mulher do campo para a agroecologia no Brasil de Maria Cecília de Moura Mota e Maraluce Maria Custódio que examina os principais aspectos que cercam a agroecologia, discorrendo sobre a inserção da mulher nesse novo modelo de interação entre a produção de alimentos e a sustentabilidade no Brasil.

Depois, o artigo de Renata Sanchez Guidugli Gusmão “A justiça restaurativa aplicada às questões ambientais: estudo dos danos ambientais na cidade de Cubatão – Ação Civil Pública Ambiental e o Termo de Ajustamento de Conduta” trata da justiça restaurativa como modelo de transformação social, com aplicação em diversas ambiências, e suas práticas podem ser eficazes para solução de diversos conflitos, incluindo também a área ambiental, a partir da análise da ação civil pública de Cubatão, que levou 30 (trinta) anos para ser julgada, demonstrando a ineficácia da judicialização de conflitos ambientais.

Em seguida, João Antônio Sartori Júnior apresenta o artigo “A função social registral como instrumento de efetivação dos direitos ambientais”, que analisa a função social nos dias, como instrumento de efetivação dos direitos e suas implicações na proteção dos direitos ambientais, destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia dos atos jurídicos.

Logo na sequência, em “Desenvolvimento sustentável e bem viver: diálogos entre a Agenda 2030 e as Cartas das mulheres negras e indígenas ao Estado Brasileiro”, Liz Elaine de Silvério e Oliveira Mendes, Marina Macedo Oliveira e Maurides Batista de Macedo Filha, trata dos conceitos de bem viver, previsto na Carta das Mulheres Negras e na Carta das Mulheres Indígenas ao Estado Brasileiro, e desenvolvimento sustentável, inserido na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, com o propósito de tencionar essas concepções de direitos humanos no que diz respeito à igualdade de gênero e à ação climática.

Ato contínuo, Heloíse Siqueira Garcia e Denise S. S. Garcia apresentam o artigo “Debatendo sobre a Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável: uma análise a partir dos objetivos do Desenvolvimento Sustentável”, no qual examinam os conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, que não devem ser tratados como sinônimos, além da compatibilidade de tais conceitos com os ODS. Ao final, no entender das autoras, os ODS estão alicerçados nos critérios de sustentabilidade.

Em “Da necessidade de averbação imobiliária do passivo ambiental relativo à contaminação dos solos”, Thiago de Miranda Carneiro e Ricardo Tadeu Dias Andrade buscam demonstrar a necessidade de averbação, no registro de imóveis, de informações relativas a restrições ambientais, como a contaminação dos solos, a fim de resguardar futuros possuidores e adquirentes da propriedade, contra danos causados por titulares anteriores.

No sétimo artigo intitulado Da (im)possibilidade de retificação administrativa, para incorporação de área, do registro de imóveis indígenas”, Thiago de Miranda Carneiro examina se a retificação administrativa de medidas de áreas imobiliárias, que eventualmente

resulte em incorporação de terreno, pode ser aplicada a terras indígenas adquiridas com medidas perimetrais incorretas. A hipótese levantada é favorável, por ser, o direito indígena, transindividual e de grupo vulnerável.

Depois, em “Breves reflexões sobre as mudanças climáticas e a responsabilidade estatal”, Mírian Barreta Palla enfatiza que as mudanças climáticas não podem mais ser consideradas como previsões ou eventos futuros, eis que suas consequências nocivas já são sentidas pelas comunidades, notadamente as que apresentam vulnerabilidade em outros aspectos, como econômicos, sociais e estruturais, agravando, ainda mais, a desigualdade.

O nono artigo de Luan Gaspar Santos e Deise Marcelino da Silva, “A Política Nacional de Irrigação e a disponibilidade hídrica: novas tecnologias na mitigação de impactos ambientais e na proteção da água” examinam a água como recurso natural essencial à sobrevivência humana e imprescindível em processos produtivos, em especial do agronegócio, em que a prática da irrigação é ferramenta para garantia e aumento de produtividade.

O décimo artigo de Gabriela Porto Siqueira e Silvio Bitencourt da Silva, “A teoria dos custos de transação na coordenação dos sistemas agroindustriais”, estudam o panorama dos custos de transação, as tecnologias digitais e as suas implicações na coordenação dos sistemas agroindustriais.

O décimo primeiro artigo “A padronização ambiental como ferramenta para a governança ambiental global” de Maria Isabel Leite Silva de Lima trata da governança ambiental global e da padronização ambiental privada, direcionada a empresas conforme os preceitos da sustentabilidade, destacando a importância da ISO da família 14000 sobre sistemas de gestão ambiental.

Depois, Eid Badr e Elaine Rodrigues Jerônimo Silva apresentam o artigo “Análise do serviço amazônico de ação, reflexão e educação socioambiental da ordem dos jesuítas do Brasil à luz da Política Nacional de Educação Ambiental” cuida da atuação do Serviço Amazônico de Ação, Reflexão e Educação Socioambiental (SARES), em 2021, à luz da Política Nacional de Educação Ambiental.

O artigo “A tese do “marco temporal” como parâmetro para a demarcação de terras indígenas no Brasil e o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH) de Elias José de Alcântara, Edson Rodrigues de Oliveira e Rodrigo Romano Torres aborda o problema da demarcação das terras indígenas no Brasil, tendo como referência a análise da tese do “Marco Temporal”, a partir da análise do processo de demarcação das terras

tradicionais pelo Povo Indígena Xokleng, que se encontra em curso no Supremo Tribunal Federal, bem como à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O décimo quarto artigo “A possível inserção do delito de ecocídio no estatuto de Roma e o Princípio da Legalidade Penal” de Sébastien Kiwonghi Bizawu e Rodrigo Romano Torres examina a importância do reconhecimento do ecocídio como crime contra o meio ambiente e suscetível de inserção no Estatuto de Roma para coibir a impunidade em face dos danos ambientais irreversíveis.

O décimo quinto artigo de Renato Pereira Mota e José do Carmo Alves Siqueira de “A regularização fundiária versus reforma agrária e o valor da terra nua” analisa se a Regularização Fundiária é contrária à Reforma Agrária e se o Valor da Terra Nua – VTN, poderá ou não favorecer à desestruturação fundiária brasileira, quando da titulação administrativa.

Depois, em “A responsabilidade civil ambiental punitiva no naufrágio de navios cargueiros” Raphael de Abreu Senna Caronti e Elcio Nacur Rezende analisam a evolução da responsabilidade civil, passando pela responsabilidade civil ambiental, para chegar na responsabilidade civil em naufrágios de navios mineradores, por meio do estudo de caso envolvendo a Vale do Rio Doce e a Polaris Shipping.

Outrossim, em “A sustentabilidade como responsabilidade socioambiental na institucionalização de contratações públicas”, Ivone Oliveira Soares, Flavio Henrique Rosa e Ulisses Espartacus de Souza Costa tratam da sustentabilidade nos processos licitatórios, bem como das cláusulas nos editais licitatórios voltadas para a aquisição de bens, serviços e obras, que envolvam a sustentabilidade.

Por fim, em “Notas sobre a regulamentação do mercado de crédito de carbono no Brasil”, Álvaro Amaral de França Couto Palma de Jorge estuda o mercado de crédito de carbono no Brasil, a partir da leitura dos acordos das Nações Unidas, da redução progressiva de emissão de gases de efeito estufa (GEEs), especialmente o gás carbônico (CO₂) e os principais pontos do Projeto de Lei (PL) no 528/2021, atualmente em discussão no Congresso Nacional.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma prazenteira e tranquila leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho - UNINOVE

Prof^a. Dra. Norma Sueli Padilha - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos – Universidade Federal de Goiás - UFG

**A TESE DO “MARCO TEMPORAL” COMO PARÂMETRO PARA A
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL E O PAPEL DA CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH).**

**THE “MARCO TEMPORAL” THESIS AS A PARAMETER FOR THE
DEMARCATON OF INDIGENOUS LANDS IN BRAZIL AND THE ROLE OF THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN (I/A COURT H.R)**

**Elias José de Alcântara
Edson Rodrigues de Oliveira
Rodrigo Romano Torres**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo abordar o problema da demarcação das terras indígenas no Brasil, tendo como referência a análise da tese do “Marco Temporal”. A metodologia utilizada é a bibliográfica, baseada em estudo de caso, por meio da análise do processo de demarcação das terras tradicionais pelo Povo Indígena Xokleng, que se encontra em curso no Supremo Tribunal Federal, bem como à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando à compreensão e identificação das diferentes teses e fundamentos para definir uma solução adequada para o problema com base nas disposições constitucionais.

Palavras-chave: Demarcação, Terras indígenas, Marco temporal, corte interamericana direitos humanos, Povo xokleng

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to address the problem of the demarcation of indigenous lands in Brazil, having as a reference the analysis of the “Marco Temporal” thesis. The methodology used is bibliographical, based on a case study, through the analysis of the process of demarcation of traditional lands by the Xokleng Indigenous People, which is ongoing in the Supremo Tribunal Federal, as well as in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of Rights Humans, aiming at understanding and identifying the different theses and foundations to define an adequate solution to the problem based on the constitutional provisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Demarcation, Indigenous lands, “marco temporal”, Inter-american court of human, Rights, Xokleng people

1. Introdução

O processo de formulação de políticas públicas de demarcação de terras indígenas no Brasil sempre esteve inserido num contexto histórico de lutas por parte das comunidades indígenas, num complexo sistema de interesses antagônicos relacionados ao meio ambiente, fatores econômicos e sociais.

Para os povos indígenas, a luta nunca se restringiu numa simples relação de posse da terra como um mero fator de produção, ao contrário, a relação com a terra reflete uma dimensão maior, que abrange aspectos relacionados à dimensão física, mas também com profunda relação sistêmica com o meio ambiente, que se torna um instrumento promotor da identidade cultural da comunidade indígena.

De acordo com os ecossistemas, a relação construída se distinguia, exigindo condutas adaptativas em conformidade com a disponibilidade dos recursos naturais, fato que exigia uma postura nômade para a obtenção de que necessitam, por meio da caça, pesca ou coleta de frutas, ou mesmo a fixação no território, utilizando o plantio para a obtenção de alimentos, bem como utilização dos recursos naturais para sobrevivência.

Todavia, não há como ignorar que como fator de produção, a terra também se relaciona com outras dimensões, que sempre foram objetos de divergência e conflitos, especialmente, enquanto fator econômico.

Sob esse aspecto, importa destacar que desde o período colonial, o território brasileiro ocupado originalmente pelos indígenas sempre foi alvo de longa exploração, que acarretaram graves danos ambientais e uma enorme desconstrução cultural das comunidades tradicionais, fato que criou uma estrutura social de dominação, caracterizada pela concentração de latifúndios.

Em comum na história de diversos grupos étnicos latino americanos de matriz indígena, constatamos a presença da exploração, violência, escravidão e perseguições, cuja organização social e cultural em torno da territorialidade como espaço geográfico que lhes atribuía dignidade e identidade, caracterizada pela reivindicação da demarcação de seus territórios, sempre foi objeto de conflito político e econômico.

Nesta conjuntura, a questão da demarcação dos territórios indígenas, nunca foi prioridade na definição das políticas públicas de Estado, fato que acarretou o surgimento de diversos conflitos sociais e uma efetiva disfuncionalidade no enfrentamento do tema, em razão das soluções distintas dos órgãos governamentais em face aos interesses das

comunidades indígenas, exigindo-se a participação do Poder Judiciário, visando uma prestação jurisdicional para a solução dos conflitos sociais.

Atualmente, em tramitação no Supremo Tribunal Federal temos o Recurso com Repercussão Geral tratando da tese do *Marco Temporal*, como critério objetivo para a demarcação de terras indígenas, cujo julgamento acarretará consequências diretas na definição e no reconhecimento do direito fundamental à terra das comunidades indígenas, devido ao Parecer nº 01/22007, expedido pela Advocacia Geral da União, posicionar pela desconstituição da existência de quaisquer processos de demarcação de territórios indígenas, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, por se tratar de um direito fundamental, buscaremos analisar a questão das políticas públicas referente à demarcação das terras indígenas no Brasil, à luz das disposições constitucionais e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como em face da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que trataram de conflitos semelhantes, com o objetivo de compreender e identificar as diretrizes adotadas nas decisões que poderiam contribuir com a construção de um entendimento consolidado sobre a matéria.

Assim, propomos investigar e encontrar uma resposta satisfatória para a seguinte problematização: Em que medida a jurisprudência da CIDH pode contribuir para a construção de uma tese jurídica para a solução de conflitos relacionados à demarcação de terras indígenas no Brasil? Em razão das divergências na aplicação do marco temporal, no âmbito administrativo e judicial, certamente, a posição do Supremo Tribunal Federal será fundamental para chegarmos a um consenso. Desta forma, a pesquisa será desenvolvida por meio de um método de abordagem empírico-qualitativo, por meio de revisão bibliográfica documental, com base na análise comparativa entre as decisões da CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos) e as decisões precedentes do STF, bem como dos atos normativos expedidos pelo Poder Executivo. Iniciamos à análise abordando os precedentes jurisdicionais da Suprema Corte do país.

2. Precedentes jurisdicionais no STF

A demarcação de terras indígenas sempre figurou como uma das principais pautas de reivindicação das comunidades indígenas no Brasil. Em face, a vulnerabilidade das comunidades indígenas a intervenção do Poder Público na proteção de seus interesses se tornou imprescindível como um instrumento de tutela de seus direitos.

Por si só, percebe-se que as demarcações de terras indígenas exercem um papel fundamental na proteção do ecossistema em que se localizam, devido à relação das comunidades indígenas com o meio ambiente, pautado na adoção de um manejo sustentável que conserva a fauna e a flora da região, figurando como um fator inibidor e preventivo do desmatamento.

Neste sentido, afirma (OIVEDO, 2018, p.1), além das baixas taxas de desmatamento no interior das Terras Indígenas, a destruição da paisagem onde estes territórios estão inseridos é inibida. Em um raio de 10 km de distância observa-se 7% de área florestal desmatada, e em um raio de 25 km de distância, a proporção de área florestal desmatada é de quase 12%.

Neste contexto, a promulgação da Constituição Federal de 1988, representou uma grande conquista ao reconhecer expressamente 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.

Na prática, porém, a realidade dos fatos se distingue das disposições constitucionais e legais, quanto à tutela de tais direitos, pois inúmeros conflitos continuaram a eclodir em todo território nacional, relacionados à demarcação dos territórios das comunidades indígenas.

Para (SAMPAIO; THOMÉ, 2018; p. 240) no Brasil, constata-se clara tendência de recuo nos níveis de proteção do meio ambiente, implementada ora por normas jurídicas, ora por atos administrativos flagrantemente contrários às determinações constitucionais garantidoras do equilíbrio ecológico.

Caso paradigmático, consistiu na prestação jurisdicional proveniente do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento de uma ação judicial que tinha por objetivo o pedido de demarcação do território denominada “Raposa Serra do Sol”, o qual se tornou um parâmetro em relação à política indigenista brasileira, por ter a Suprema Corte do país enfrentado o problema quanto à demarcação de territórios indígenas, ocasião em que posicionou pela legalidade do ato administrativo que demarcou a terra indígena, rejeitando a alegação de violação da soberania do país, pelo fato de se tratar de terra localizada em fronteira com outros países, bem como refutou o argumento de ofensa ao princípio federativo ou obstáculo ao desenvolvimento do país.

Salienta-se, contudo, que a partir deste julgamento, iniciou-se a adoção da linha argumentativa tendo por base a tese do “marco temporal”, nos termos do caso da TI Raposa Serra do Sol (PET 3.388/RR) adotada pelo Supremo tribunal Federal.

Cabe destacar, porém, que mesmo antes de qualquer pacificação na esfera jurídica. A tese passou a ser adotada no âmbito da Administração Pública Federal, com fundamento na publicação do Parecer Normativo Vinculante nº 01/2017/GAB/CGU/AGU (GMF-05), datado de 19 de julho de 2017, no sentido de determinar que seja observado, respeitado e dado efetivo cumprimento a todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)".

No julgado, a Corte Suprema, estabeleceu alguns critérios para estabelecer o reconhecimento e a demarcação de terras indígenas no país, dentre eles um marco temporal, que fixa a data da promulgação da Constituição Federal de 1988, como um critério temporal para definir quais são os territórios indígenas.

De fato, ao analisar de forma sistemática a decisão, percebe-se claramente uma disfuncionalidade do Judiciário em tentar suprimir a omissão do Legislativo ao mesmo tempo que busca limitar a atuação do Executivo, por meio do estabelecimento de critérios destituído e fundamental constitucional, fato que acarretou, por óbvio, apenas mais insegurança jurídica.

Inobstante, não haver uma pacificação jurídica sobre a tese adotada, ocorreu que os fundamentos da decisão foram apropriados pelo Executivo, o qual sob o argumento de atribuir segurança jurídica, acolheu o parecer jurídico expedido pela Advocacia Geral da União, no sentido de que os argumentos adotados para o julgamento da lide da Terra indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, deveria ser adotado como parâmetro, especialmente, no que se refere ao critério do marco temporal, cujos fundamentos atendem perfeitamente os interesses contrários a demarcação de novas terras indígenas.

Por conseguinte, inúmeros processos de demarcação tiveram sua tramitação suspensa na esfera administrativa em razão da adoção da linha de entendimento do Marco Temporal adotado pelo parecer da Advocacia Geral da União, que passaram a ser utilizados como fundamentos para a reivindicação de terras já ocupadas por comunidades indígenas. Neste contexto, encontra-se a ação judicial proposta pela Fundação de Amparo

Tecnológico ao Meio Ambiente (Fatma) em desfavor da comunidade indígena Xokleng, em Santa Catarina, que foi definida pelo STF, em abri/2019, como recurso de Repercussão Geral (RE 1.017.365) para decidir se o marco temporal valerá para casos semelhantes.

3. COMUNIDADE XOKLENG

Há pesquisas arqueológicas fundadas em artefatos antigos que comprovam que a região correspondente ao território brasileiro era ocupada por centenas de povos indígenas, cujos registros refletem à existência de diversas comunidades com um efetivo grau de desenvolvimento e organização social, que era constituída por cerca de três milhões de indivíduos na época do descobrimento, conforme dados da FUNAI, apesar haver estudos apontando uma população ainda maior.

Os povos indígenas formavam diversas famílias linguísticas, tendo sido classificadas mais de 40 famílias linguísticas no mapa etno histórico do Brasil (NIMUENDAJU, 1944, p.1). Da análise da região sul descrita no mapa, verifica-se que o povo Xokleng (Botocudos) adota a língua Laklãnõ pertencente à família linguística Gê; expressão que também passou a ser utilizada para se autodenominarem povo “Laklãnõ.

Segundo GAKRAN (2005, p. 14), abordando sobre o tema, em pesquisa realizada pelo próprio povo

a comunidade chegou a um consenso de autodenominar-se "Laklãnõ" = "povo que vive onde nasce o sol, ou gente do sol (ou, ainda, povo ligeiro)". Do ponto de vista lingüístico, sugere-se que a tradução literal mais apropriada seja próxima de "os que são descendentes do Sol" (ou, mais tecnicamente, do ponto de vista antropológico, e numa forma fonética similar ao idioma indígena: "os do clã do Sol"). Assim, o termo "Laklãnõ" vem ganhando espaço político, interno e externo, através do movimento de recuperação do idioma, incluindo a escrita de mitos antigos e o ensino bilíngüe.

Acontece, porém, que o mesmo modelo de desenvolvimento adotado pelos colonizadores, desde o descobrimento, pautado na colonização e exploração da natureza para fins econômicos, conforme foi exemplo o comércio internacional do pau-brasil, utilizado como matéria prima para obtenção de pigmentos, também foi adotado na colonização do sul do país, caracterizado pela exploração dos recursos naturais, perseguições e violência contra as comunidades indígenas.

E, neste contexto, a colonização de imigrantes europeus fomentada pelo poder público, impactou diretamente o modo de vida e a cultura do povo Xokleng/Laklãnõ em razão dos conflitos pela posse da terra, fato que levaram a sua expulsão dos territórios

originários, imputando-lhes diversas externalidades negativas decorrente dos conflitos de conquistas e posse dos seus territórios, quando não foram escravizados e até mesmo vítimas de extermínio, sob o argumento de os índios representarem um perigo para os colonos.

Para (OLIVEIRA; FREIRE, 2019, p.30) as “*guerras justas*” para aprisionamento dos índios *hostis* tinham sua legislação baseada num imaginário difuso sobre práticas indígenas “bárbaras”– canibalismo, poligamia etc. Tal imaginário era sempre acionado em defesa dos interesses econômicos dos colonos.

De fato, a bandeira do desenvolvimento apregoado pelos não índios acarretou um enorme desequilíbrio a cultura e a estrutura social do povo Xokleng, que além da violência também foram expostos a inúmeras doenças, como varíola, sarampo e tuberculose que disseminaram famílias inteiras.

Infelizmente, contudo, inobstante o transcurso de um lapso de tempo tão grande, percebe-se que as cicatrizes e fissuras do processo de colonização e o modelo desenvolvimentista exploratório adotado na região sul do Brasil, que atingiram a comunidade Xokleng ainda se encontram abertas.

Atualmente, o povo Xokleng se encontra localizado na Terra Indígena Laklãnõ Ibirama, situado nos municípios de Doutor Pedrinho, Itaiópolis, José Boiteux e Vitor Meireles, todos no Estado de Santa Catarina; os quais vivem em aldeias distintas, especificamente, Seàe, Pavão, Palmerinha, Figueira, Coqueiro, Bugio e Toldo (GAKRAN (2005b, p.15).

No início de 1926, Bulcão Viana, governador em exercício de Santa Catarina, assina o Decreto nº 15, de 03 de abril de 1926, regulamentando quase cinco mil hectares para a utilização do SPI e dos indígenas. (Hoerhann, 2005, p.179). Todavia, passaram-se mais de três décadas para que o governo estadual demarcasse de fato as terras, fato que ocorreu somente em 1956, ocasião em que demarcou um total de 14.156,58 hectares, cuja inscrição em cartório somente ocorreu em 1965, período em que grande parte do território foi invadido expropriado das comunidades indígenas.

E, somente em 2003, por meio da Portaria nº 1128, o Ministério da Justiça declarou o território de posse permanente dos povos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani, reconhecendo o território com uma área de 37 mil hectares, que ainda não foi demarcada em razão de novos conflitos judiciais, inclusive, com instituição de direito público que reivindicam a reintegração de posse de área pertencente ao território originário das comunidades indígenas. (FUNAI, 2020)

Com uma trajetória repleta de fatos e acontecimentos violentos, as comunidades indígenas Xokleng, encontram-se num processo de aculturação devido ao contato com não-índios e fatores que levaram a perda de sua identidade, especialmente, quanto à expulsão de seu povo dos territórios originários.

Todavia, a identidade de nação indígena Xokleng resiste, mesmo após séculos de exploração, fortalecendo sua identidade étnica que luta pela reconstrução de sua história e resgate de sua cultura ancestral, especialmente, quanto ao reconhecimento do direito à terra originária em que habitavam.

Neste contexto, os índios Xokleng da TI Ibirama se configuram como grandes vítimas de um processo de colonização e de uma política pública de crescimento econômico ecologicamente degradante e arbitrário. Desta forma, diante de tantas adversidades, não lhe restava outra possibilidade senão em lutar pela defesa de seus direitos e pela sobrevivência física e cultural de seus membros, na esperança de garantir melhor qualidade de vida para as futuras gerações num meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao longo do tempo, marcado por tantas lutas e adversidades, vislumbramos uma solução definitiva com base na decisão da Suprema corte de justiça do país sobre a matéria, cujos efeitos também se estenderam para outros povos indígenas, também vítimas de processo de colonização arbitrário e violento. Passaremos a seguir, a analisar o processo judicial em tramitação no Supremo Tribunal Federal, bem como seus precedentes jurisprudenciais relacionados a matéria.

4. CASO XOKLENG

A tramitação do processo perante o Supremo Tribunal Federal se refere à interposição de um Recurso Extraordinário (RE) 1017365 pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, em face ao acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região, que confirmou a sentença de primeira instância, que julgou procedente a ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina (Fatma) em território indígena tradicionalmente ocupado pelo povo Xokleng, com expresse reconhecimento por meio de decisão administrativa.

O Tribunal Regional Federal que julgou procedente a ação, fundamentou sua decisão com base na afirmação de turbação no exercício da posse da área da reserva biológica pelos indígenas, não existindo provas nos autos, que permitam inferir que as

terras referidas na petição sejam tradicionalmente ocupadas pelos índios, cuja demarcação se encontra ainda em tramitação, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal. Vejamos, trecho da decisão:

“ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA PELA FATMA EM FACE DE INDÍGENAS. RESERVA IBIRAMA LA KLANÕ. REGULARIZAÇÃO DA ÁREA EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA PROPOSTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANUTENÇÃO/REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA

1. Inexiste conexão entre a presente ação e da ação cível originária n. 1.100, que se encontra em trâmite perante o e. Supremo Tribunal Federal. A referida ação questiona a Portaria nº 1.128/2003 do Ministro da Justiça, acerca da demarcação dos limites da Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ e a presente ação busca a reintegração de posse de área pertencente à FATMA.

2. A União é parte passiva legítima em ação que discute posse sobre área objeto também em demarcação de reserva indígena.

3. Mantida sentença que concede a manutenção/reintegração de posse de área reconhecida como reserva ecológica, ainda que atrelada ou lindeira à área que se encontra em processo de delimitação de reserva indígena. Aplicação do princípio da razoabilidade, sendo impossível a imposição de perda da posse ao proprietário, sem o devido processo legal e respectiva indenização, ausente delimitação da área da reserva como sendo indígena.”

Em face à decisão, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI interpôs recurso extraordinário com base nas disposições do art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se ofensa aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV do texto constitucional.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A recorrente alega que houve negativa de prestação jurisdicional, pois não houve enfrentamento das alegações no recurso de embargos de declaração que havia interposto, o qual foi julgado parcialmente procedente apenas para fins de prequestionamento. E, no mérito, alega que a área objeto da lide já foi reconhecida administrativamente como de tradicional ocupação indígena, e que o acórdão recorrido afastou-se da hermenêutica contida no artigo 231, caput e §§, da Constituição Federal ao privilegiar o direito de posse daquele que consta como proprietário no registro de imóveis em detrimento do direito originário dos índios.

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.

§ 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 a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 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.

Trouxe também como fundamento a alegação de se tratar de um direito imprescritível da comunidade indígena, cujas terras são inalienáveis e indisponíveis, não sendo cabível, diante de todo o ordenamento jurídico, que se compreenda que os direitos indígenas ao usufruto das terras, ou quaisquer outros que a Constituição lhes confira, decorram da demarcação administrativa da área, pois os títulos de domínio referentes às terras de ocupação dos índios são imponíveis a eles.

Ao analisar o mérito do acórdão, quanto ao pedido de repercussão geral da questão constitucional, houve o acolhimento nos termos seguintes:

“A inconformidade da Recorrente merece ser conhecida e provida, uma vez que é visível que a decisão proferida pelo acórdão regional, ora atacado, viola disposições da Constituição Federal causando grande ônus à União. Trata-se de dar aos artigos constitucionais abaixo consignados o seu alcance devido. Demonstra-se a relevância jurídica da questão, por um lado, pelo flagrante risco da criação de precedentes que fomentem situação de absoluta instabilidade e vulnerabilidade dos atos administrativos editados com âmbito nacional, após regular processo administrativo de demarcação de terras indígenas, com manifesto prejuízo à comunidade indígena em questão que possui direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e colocando em risco a execução da política indigenista no Brasil. Além disso, terá a relevância de definir o perfil do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988. Como se não bastasse, o efeito multiplicador é evidente no referido caso, ou seja, caso atendida a pretensão da parte recorrida, poderá haver, em breve, um lote de liminares no mesmo sentido. Assim, o vultoso número de processos justifica por si só a relevância social, mas a ameaça de multiplicação de decisões neste mesmo sentido em outros Tribunais e no Tribunal a quo. Resta, assim, preenchido o requisito da repercussão geral da questão constitucional.”

No caso em análise, o objeto de controvérsia se deve ao fato de que a Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina (Fatma) reivindica parte do território já demarcado como terra indígena. Nos termos da Portaria nº 1.128/200, que foi objeto de impugnação na ACO nº 1.110 do STF, do Ministro de Estado da Justiça, que trata da definição de limites da Terra Indígena IBIRAMA-LA KLÃNÕ, declarou a posse permanente dos grupos indígenas XOKLENG, KAIGANG e GUARANI a terra indígena IBIRAMALA

KLÃNÕ, com superfície aproximada de 37.108 hectares no Estado de Santa Catarina, conforme delimitações descritas no ato.

Na prática, a questão objeto de controvérsia se refere à correta interpretação da extensão das disposições do artigo 231, da Constituição Federal, oportunidade em que assevera os seguintes argumentos:

A Constituição Federal acolheu a teoria do indigenato, na qual a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita e, por conseguinte, originária. De fato, com o advento da Carta Magna, foram reconhecidos os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupavam, independentemente de título ou reconhecimento formal. Dentro deste contexto, o processo de demarcação das terras indígenas em si, não possui natureza constitutiva, mas sim declaratória, com o desiderato de delimitar espacialmente os referidos territórios, possibilitando o exercício das prerrogativas constitucionais conferidas aos índios, daí porque rejeita-se de plano o argumento do acórdão de que a cadeia dominial das terras controvertidas remonta oitenta anos.

Por si só, o fato de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a repercussão geral da matéria, caracteriza a presença efetiva dos requisitos constitucionais e sua importância, inclusive, já tratada em outras ações que tramitaram na corte, como foi o caso do processo *Raposa Serra do Sol* (Pet 3.388), que teve por objeto a demarcação de terras indígenas, que resultou na fixação de alguns requisitos para o reconhecimento da terra tradicionalmente ocupada pelo índios, que apesar de figurar como um avanço no tratamento do tema, não foi suficiente, atribuir segurança jurídica e uma solução definitiva para o problema, pois não teve efeito erga omnes.

Por conseguinte, inúmeros outros conflitos eclodem, tendo por objeto a demarcação de terras ou a violação dos território já demarcados, entre as comunidades indígenas e nãoíndios que reivindicam o direito à propriedade de determinadas áreas, reconhecidas como de ocupação tradicional pelos povos indígenas. Ao mesmo tempo, que se percebe a insurgência de diversos movimentos e atos administrativos que se opõem a concretização de tais direitos.

Neste contexto, exemplo típico, são as inúmeras invasões aos territórios indígenas na região norte do país, em razão de conflitos com grileiros que invadem as áreas efetuando a exploração do ecossistema de forma criminosa, pois além de efetuar corte de milhares de árvores em área de proteção, utilizam de um manejo inadequado por meio de queimadas que destroem toda a biodiversidade da região.

Outro fator significativo, consiste na expedição de atos normativos por órgãos governamentais, que são adotados como instrumentos de flexibilização dos direitos indígenas, caracterizando como um verdadeiro retrocesso no sistema de proteção. Sob

esse aspecto, podemos mencionar a promulgação pela FUNAI da Instrução Normativa nº 09, datado de 16 de abril de 2020, por violar o princípio da publicidade e segurança jurídica, desconsiderando o direito das comunidades indígenas sobre os territórios já demarcados, delimitados, bem como das interditadas, com fator restritivo para utilização e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados.

Em razão de diversas frentes de conflitos e divergências institucionais sobre o tema, em maio/2020, o STF suspendeu os efeitos do Parecer 01/2017 da Advocacia-Geral da União (AGU), por meio de liminar expedida pelo ministro Edson Fachim, uma vez que a determinação de aplicação da tese do marco temporal que estava sendo utilizada para inviabilizar a demarcação das terras tradicionais ocupadas pelas comunidades indígenas, havia se configurado como um fator de extrema polêmica.

Apesar de não ser uma decisão definitiva, a liminar impede que entidades da Administração Pública Federal e do Judiciário de primeira instância adotem o parecer como fundamento para novas decisões sobre a matéria, até que o mérito seja definitivamente julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

5. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ao analisarmos a jurisprudência internacional, especialmente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se uma evidente posição no sentido de reconhecer que os danos ambientais têm um enorme potencial para a violação dos direitos humanos, como um fator condicionante para a existência de um substrato mínimo necessário para a garantia e implementação de outros direitos, cujos fundamentos se encontram em diversos diplomas normativos.

Sob esse aspecto, apesar da constituição de todo um sistema de proteção a nível internacional, composto por uma Corte de Justiça e de uma Comissão de Direitos Humanos, constata-se que a efetiva implementação de seus objetivos, depara-se com inúmeros obstáculos, devido às distintas violações dos direitos humanos ocorridos em diversos países do continente americano.

Em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe mencionar que o Brasil somente reconheceu a jurisdição da Corte, a partir de 10 de dezembro de 1998, quando houve o reconhecimento formal do dever de respeitar as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, cuja adesão ocorreu em 25 de setembro de

1992, assumindo o compromisso de promover os direitos assegurados, bem como investigar, julgar e punir os responsáveis por eventuais violações.

Sob esse aspecto, para que haja a atuação da Corte, faz-se necessário o atendimento de alguns critérios de admissibilidade, consistentes em síntese em exaurimento dos recursos internos, inexistência de litispendência internacional ou ausência de manifestação prévia de outro organismo internacional, legitimidade do peticionário e o atendimento do princípio da razoabilidade.

No que se refere ao exaurimento dos recursos internos, como instrumento de tutela dos direitos violados, ressalta-se que é possível superar tal requisitos, na lição de (TRINDADE, 2002, p. 16) ao afirmar que o esgotamento dos recursos internos pode ser afastado, no caso concreto, caso haja demora injustificada, ineficiência do recurso ou inexistência de normas internas de defesa dos direitos humanos.

Os direitos tutelados pelo sistema interamericano de direitos humanos, por meio da CIDH e da IDH são abrangentes, com ênfase na tutela dos direitos à vida, a integridade pessoal, saúde, a proteção da família, a liberdade de religião e expressão, a propriedade, a circulação e residência, a informação, a participação e acesso ao Judiciário, todos previstos no texto convencional.

Todavia, ainda assim, não há previsão expressa de tutela do direito ambiental. Neste contexto, destaca-se que a posição consolidada no âmbito da corte é no sentido de reconhecer o direito ao meio ambiente sadio como um direito humano, mas de forma reflexa, pois sua proteção se efetiva de forma indireta, por meio da garantia do direito à vida e à saúde, bem como dos direitos humanos previstos na convenção.

Segundo (SAMPAIO, 2018, p.31) a demarcação de terras dos povos tradicionais e indígenas é outro elemento importante de proteção reflexa do meio ambiente. No mesmo sentido, (PIOVESAN, 2009, p. 9) “*os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si*”. Nesta linha, todo um arcabouço jurisprudencial foi desenvolvido pela CIDH no sentido de atribuir a máxima efetiva aos direitos ambientais decorrentes dos demais direitos humanos violados.

Não podemos ignorar que as massivas intervenções humanas no ambiente levaram a um quadro tóxico de periclitção à saúde e à vida, com sérios reflexos à igualdade, denunciados pelos anseios de justiça ambiental, mobilizando energia de organização da sociedade e de lutas jurídicas e sociais, políticas e, por vezes, físicas que

exigiram um arbitramento político e constitucional, dada a proporção a que chegaram (Rezende e Sampaio, 2019)

Desta forma, inúmeras denúncias apresentadas a Corte têm sido admitidas e processadas, tendo por objeto a violação ao meio ambiente sadio e equilibrado, cuja relação direta com a violação de outros direitos humanos igualmente tutelados e previstos nas normas convencionais são objetivo de tutela e proteção.

E, certamente, dentre as decisões mais emblemáticas da Corte, temos as lides envolvendo comunidades indígenas, ocasião em que identificamos diversas situações em que a Corte foi instada a manifestar pela violação dos direitos humanos, especificamente, direito à vida, a informação, a saúde e a propriedade, cujo pano de fundo reflete questões relacionadas à proteção ambiental.

No esteio da linha de proteção ao direito à terra das comunidades indígenas, podemos destacar a demanda entre o Estado Paraguai x Comunidade Indígena Xákmok Kásek¹, que reivindicava o direito de propriedade ancestral e a posse do território, fato que ameaçava a sobrevivência dos membros do povo e a sua integridade cultural. Pela relevância, cabe enfatizar também a lide entre a comunidade Kichwa de Sarayaku x Equador², que consistiu na determinação da Corte de Justiça na obrigação de implementar estudo de impacto ambiental, com base no princípio da precaução, norteado pela boa fé e por uma consulta prévia e livre.

Neste sentido, um caso que figura como paradigma, para que se possa compreender o sistema de proteção dos direitos humanos na Corte, referente à proteção ambiental, trata-se da lide envolvendo o Estado do Paraguai e o povo indígena Yake Axa³, devido à violação dos direitos à vida, às garantias judiciais, à propriedade e à proteção judicial, cuja denúncia se fundou na alegação de ausência de reconhecimento das terras ocupadas pela Comunidade indígena.

No mérito do caso, a Justiça entendeu que

“a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituída a partir de sua íntima relação com as propriedades tradicionais e seus respectivos recursos naturais, não meramente por esses serem seu principal meio de subsistência, mas também por constituírem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade, e, portanto, de sua identidade cultural”.

¹ CIDH. Relatório nº 11/03, datado de 20 de fevereiro de 2003, a Comissão aprovou mediante o qual declarou admissível esta petição. Posteriormente, aprovou o Relatório de Mérito nº 30/08, em 17 de julho de 2008. Povo indígena Xákmok Kásek Paraguai.

² CIDH. Denúncia nº 12.465. recebida na Secretaria da Comissão em 19 de dezembro de 2003. Povo indígena Kichwa de Sarayaku, Equador.

³ CIDH. Denúncia nº 12.313, recebida na Secretaria da Comissão em 10 de janeiro de 2000. Povo indígena Yake Axa, Paraguai.

O que reflete o alinhamento com as disposições da Convenção n. 169, OIT, ao dispor sobre a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados se revise sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, que devem ser respeitados pelos Estados Nacionais.

Desta forma, percebe-se que o tratamento atribuído aos casos que tem por objeto litígios envolvendo comunidades indígenas, busca atribuir um efetivo sistema de proteção dos direitos por meio da adoção de uma jurisprudência da corte, fundada em princípios jurídicos como prevenção e precaução, que se tornam parâmetros para a interpretação das disposições convencionais que imputam deveres e obrigações aos Estados membros.

Sob os princípios da prevenção precaução, cabe mencionar que para o primeiro fundamento de sua aplicação ocorre em função da certeza científica sobre o dano ambiental, o que impõe a sua realização, condicionada a adoção das medidas cabíveis que evitem ou reduzam os danos previstos. Já em relação ao princípio da precaução impera a incerteza científica sobre o dano ambiental.

O princípio da precaução preconiza a implementação de medidas hábeis a impedir a degradação ambiental, nas situações de perigo de dano grave e irreversível decorrentes de atividades ou técnicas cujos impactos ainda não podem ser claramente identificados pela ciência. A cautela deve orientar as ações do poder público, sempre que houver incerteza científica em relação aos impactos ambientais de determinado empreendimento. (SILVA; DIZ, 2018, p. 42)

Outro caso significativo, foi a lide entre a Comunidade Mayagna Awas Tingni x o Estado de Nicarágua⁴, tendo por objeto a demarcação de seu território comunal, pois apesar da Constituição e a legislação do país reconhecer expressamente o direito à propriedade ancestral, o Estado não adotou as providências para efetivamente implementar a demarcação das terras. Em 23 de junho de 2006, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte uma demanda contra o Estado do Suriname, tendo por objeto a denúncia de violações cometidas pelo Estado contra a comunidade tribal Saramaka⁵ que vive na região superior do Rio Suriname, devido ao fato de não ter adotado as medidas efetivas para reconhecer seu direito ao uso e gozo do território que tradicionalmente usaram e ocuparam.

Em relação aos povos indígenas localizados no Brasil, a CIDH também possui precedentes jurisdicionais relevante. Neste sentido, cita-se, por exemplo, o caso do povo indígena Xucuru⁶, cujo objeto se referia a violação do direito à propriedade coletiva e a

⁴ CIDH, Denúncia nº 11.577, recebida na Secretaria da Comissão em 2 de outubro de 1995. Povo indígena Mayagna Awas Tingni. Nicarágua.

⁵ CIDH. Denúncia número 12.338 remetida à Secretaria da Comissão em 27 de outubro de 2000. Povo indígena Saramaka. Suriname.

⁶

integridade pessoal da comunidade indígena, tendo por fundamento a longa demora na tramitação do processo administrativo para o reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais, fato que impedia o gozo pacífico do seu direito de propriedade.

No que se refere à aplicação da tese do Marco Temporal, salienta-se que a CIDH expressamente manifestou sua preocupação, advertindo o Brasil sobre as consequências danosas aos direitos humanos dos povos indígenas, considerando os precedentes já ocorridos, quanto à adoção das tese, nos processos de demarcação das terras Limão Verde e Buritim do povo Terena, assim como a terra Guyraroká do povo Guarani Kaiowá, localizadas em Mato Grosso do Sul.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já adotou a tese na decisão referente ao povo indígena Guyraroká, fato que acarretou a anulação do processo de demarcação, com base em relatório de identificação e delimitação de 25 de novembro de 2004, criando uma situação de enorme insegurança jurídica para a comunidade indígena, que passou a ocupar cerca de 5% do território original de suas terras tradicionais.

Cabe destacar que a CIDH, expressamente, manifestou sua posição afirmando que a tese é contrária as diretrizes e normas internacionais e interamericanas de direitos humanos, em particular a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, por ignorar no fundamento das decisões o fato de os povos indígenas terem sido expulsos dos seus territórios, por meio de um processo de violência e violação de seus direitos humanos fundamentais, razão pela qual não é plausível exigir a ocupação dos territórios na data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a CIDH destaca que cabe ao poder público o dever de proteger o vínculo que os povos indígenas possui com suas terras e territórios, assim como com os recursos naturais e elementos incorpóreos que deles derivam, afirmando que a necessidade da proteção do direito de propriedade coletiva, uso e desfrute sobre o território, como condição para a própria sobrevivência, os quais possuem o direito de propriedade por prazo indeterminado, desse que caracteriza a relação intrínseca do modo de vida indígena com seus territórios ancestrais.

Salienta-se que em todos nos precedentes que tramitaram na CIDH, os Estados Nacionais foram responsabilizados pela violação do direito à propriedade, consagrado no

CIDH, Relatório No. 44/15, Caso 12.728. Mérito. Povo indígena Xucuru. Brasil. 28 de julho de 2015.

artigo XXIII da Declaração Americana e no artigo 21 da Convenção Americana, assim como pelo direito à integridade pessoal, dos direitos às garantias e à proteção judiciais. Adotando como fundamento uma concepção ampla e autônoma dos tratados internacionais de direitos humanos, cuja interpretação deve se adequar à evolução dos tempos e, em particular, às condições atuais de vida.

Por conseguinte, a Comissão Interamericana convoca os Estados partes, a diligenciarem na adoção dos instrumentos jurídicos adequados para rever e alterar eventuais teses jurídicas, como a preconizada por meio do denominado "marco temporal", haja vista sua incompatibilidade com as diretrizes e obrigações internacionais relativas aos direitos humanos dos povos indígenas e tribais, bem como a abster se de quaisquer medidas que violem o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado de forma eficaz e oportuna.

Sob esse aspecto, considerando a posição da Corte de que se impõe aos Estados membros da OEA, a obrigação de tutelar os direitos humanos em dimensões distintas, especificamente, quanto a regulação, monitoramento, estudo de impactos e superação de obstáculos estruturais. A decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à comunidade Xokleng⁷ de fato se tornará um paradigma para a solução das inúmeras lides em curso no âmbito administrativo e na esfera judicial que tem por objetos interesses de dezenas de povos indígenas no Brasil.

Parâmetros consolidados para a tutela dos direitos dos povos indígenas, se encontram postos, especialmente, pela jurisprudência da CIDH, no sentido de assegurar a proteção do direito à vida e à saúde, bem como do direito à propriedade dos povos tradicionais e indígenas, os quais podem ser fortalecidos com a incorporação no direito interno pelo STF, atribuindo um novo patamar na proteção dos direitos fundamentais dos povos indígenas no Brasil.

Espera-se que de fato o ordenamento jurídico interno entregue uma solução jurídica adequada e tempestiva, que seja apta a atribuir segurança jurídica e tutelar os direitos constitucionais expressamente garantidos as comunidades indígenas tradicionais que ocupam o território brasileiro.

⁷ STF. Recurso Extraordinário (RE) 1017365. Brasil.

6. Conclusão

A defesa do direito à terra tradicionalmente ocupada pela comunidade Xokleng reflete o anseio e a luta de diversos povos indígenas no Brasil, cuja relação ultrapassa a mera relação econômica, mas se caracteriza como um elemento construtor da identidade social e cultural de um povo que manteve uma relação profunda com o meio ambiente e com o território, que determina seu modo de ser e de viver.

Ao longo do tempo, o povo Xokleng foi vítima de um arbitrário processo de colonização, pautado na exploração e violação de seus direitos fundamentais, cuja manifestação mais significativa se expressa na reivindicação do direito à demarcação de seu território, representado pelas terras tradicionalmente ocupadas pelos seus antepassados.

Em razão de interesses antagônicos, seja pela riqueza da biodiversidade ou pelo potencial de exploração econômica, inúmeras lides surgem em todo o país, tendo por objeto a demarcação de territórios indígenas, haja vista a omissão ou disfuncionalidade do poder público em não atribuir uma solução definitiva para os conflitos.

Neste contexto, a tramitação no Supremo Tribunal Federal de ação com “Repercussão Geral” tratando da tese do “*marco temporal*”, tendo por objeto a demarcação do território indígena da comunidade Xokleng, tornou-se um fator de enorme expectativa para toda a sociedade, haja vista as distintas interpretações na esfera administrativa e judicial tratando da matéria.

A consolidação de uma tese sobre o marco temporal pelo Supremo Tribunal Federal, contribuirá para a construção de um substrato de segurança jurídica, consubstanciado nas disposições constitucionais, que desde o julgado da PET. 3388/RR sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol passou a ser caracterizado como um fator negativo para o reconhecimento para a demarcação dos territórios de dezenas de comunidades indígenas no Brasil.

Em relação aos precedentes jurisprudenciais decorrentes de diversas decisões da CIDH, constatou-se que há uma efetiva posição que reconhece o direito à vida, às garantias judiciais, à propriedade e à proteção judicial, bem como o direito a posse dos indígenas as terras tradicionalmente ocupadas como um fator condicionante para sua identidade étnica e cultural, restando formalmente reconhecido pelas normas convencionais o direito de propriedade das comunidades indígenas sobre tais territórios, cabendo ao Estado o dever de reconhecer e proteger tais direitos. Ressalta-se, porém, que

em regra a própria CIDH, aplica o princípio da complementariedade, que informar a transversalidade do sistema interamericano por atuar de forma coadjuvante nas jurisdições nacionais, pois não as substitui.

Desta forma, apesar de se encontrar expressamente previsto no texto constitucional a tutela do direito à demarcação das terras tradicionais das comunidades indígenas, percebe-se que se construiu uma hermenêutica tendo como parâmetro o marco temporal que se tornou um fator obstativo da concretização dos valores constitucionais. Neste contexto, o entendimento consolidado da jurisprudência da CIDH, no sentido de assegurar a proteção do direito à vida e à saúde, bem como do direito à propriedade dos povos tradicionais e indígenas, torna-se um luminar que poderia de fato auxiliar a construção de um novo entendimento sobre a matéria.

Em razão da suspensão do julgamento, com caráter de repercussão geral, espera-se que de fato os Ministros do Supremo Tribunal Federal cumpram como suas atribuições institucionais e com se dever de prestar uma prestação jurisdicional célere sobre à matéria, a qual esteja fundamentada nas disposições constitucionais e convencionais que tutela os direitos humanos. Agora nos resta, acompanhar atentos aos acontecimentos e aguardar por uma justa decisão!

7. Referências bibliográficas

BIZAW, Sébastien Kiwonghi; TOLEDO, André de Paiva; O Brasil em São José da costa rica: 20 anos de reconhecimento da jurisdição contenciosa da corte interamericana de direitos humanos. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.15, n.33, p.13-50, Setembro/Dezembro de 2018.

BRASIL. 6ª Câmara de coordenação e revisão - populações indígenas e comunidades tradicionais nota técnica N° 1/2020/6ª CCR/MPF - Marco temporal, Disponível em: [document11.pdf \(mpf.mp.br\)](#); acesso: 02 de novembro de 2020.

BRASIL. Parecer Normativo Vinculante n° 01/2017/GAB/CGU/AGU (GMF-05), PROCESSO: 00400.002203/2016-01. Disponível em: [Parecer GMF-05 \(planalto.gov.br\)](#); acesso: 02 de novembro de 2020;

BRASIL. Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)". Disponível em: [paginador. jsp \(stf.jus.br\)](#); Acesso: 02 de novembro de 2020.

BRASIL. Terras indígenas – reintegração de posse – deferimento na origem – recurso Extraordinário – repercussão geral configurada. Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)". Disponível em: [Plenário Virtual :: STF - Supremo Tribunal Federal](#); Acesso: 02 de novembro de 2020;

BRASIL. Ação Cível Originária (ACO) 1100. Disponível em: [paginador.jsp \(stf.jus.br\)](#); Acesso: 02 de novembro de 2020.

HOERHANN, Rafael Casanova de Lima e Silva. O serviço de proteção aos índios e a desintegração cultural dos Xokleng (1927 – 1954), UFSC/CFCH/PPGH, Florianópolis – Santa Catarina, 2012.

OIEDO, Antônio. Demarcação de Terras Indígenas é decisiva para conter o desmatamento e regular o clima. Disponível em: [Demarcação de Terras indígenas é decisão para conter o desmatamento e regular o clima. Isa Instituto Socioambiental](#); acessos em 18 de outubro de 2020.

OLIVEIRA, José Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha; Os índios do Brasil em 1500 - A Presença Indígena na Formação do Brasil, Série Vias dos Saberes nº 2, novembro de 2006, Brasília – DF.

SAMPAIO, José Adércio Leite; REZENDE, Elcio Nacur, meio ambiente: um direito fundamental de segunda categoria *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.17, n.38, p.273-289, Maio/Agosto de 2020

SAMPAIO, José Adércio Leite; THOMÉ, Romeu. A vedação de retrocesso socioambiental e a sociedade de risco. In: MURTA, Antonio Carlos Diniz; PADILHA, Norma Sueli. (Org.). *I Encontro de Internacionalização do CONPEDI - Barcelona - Espanha - Direito administrativo, direito tributário, direito ambiental e sustentabilidade*. 1ed.Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v. 1, p. 237-270.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Proteção do Meio Ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *RDU, Porto Alegre, Volume 14, n. 77, 2017, 27-46, set-out 2017b*.

SILVA, José Afonso da; Parecer Jurídico sobre Marco Temporal 1988, disponível em: [Scanned Document \(mpf.mp.br\)](#); acesso: 02 de novembro de 2020;

THOMÉ, Romeu. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. *Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito*, v.15, n.32, p.39-66, maio/agosto de 2018. Disponível em < <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1317> >