

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS I**

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

SUSANA CATARINA SIMÕES DE ALMEIDA

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Maria Creusa De Araújo Borges; Susana Catarina Simões de Almeida; Vladmir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-989-6

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

O GT Direito Internacional dos Direitos Humanos, coordenado pelos professores Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB, Brasil), Vladimir Oliveira da Silveira (UFMS, Brasil) e Susana Catarina Simões de Almeida (Instituto Jurídico Portucalense, Portugal), reúne os textos apresentados no VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado em 2024, sob o tema mais abrangente da Pesquisa Jurídica na Perspectiva da Transdisciplinaridade. O debate se dividiu em três blocos, conforme o núcleo temático dos artigos: no primeiro bloco, foram apresentados os artigos que problematizaram as relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Mudanças Climáticas. Por sua vez, no segundo bloco, teve lugar a discussão sobre os desafios migratórios e suas questões no marco dos conflitos armados, dos impactos da pandemia de COVID-19 e da problemática de promoção da igualdade de gênero. Por fim, e não menos importante, foram problematizadas questões concernentes aos desafios emergentes e as possíveis respostas dos tribunais para a solução dos problemas que impactam na dignidade da pessoa humana no cenário de recrudescimento dos conflitos armados e de violações de direitos humanos de grupos vulneráveis. Destaca-se a trajetória do GT nos eventos do CONPEDI, como um lócus dinâmico e transfronteiriço de socialização das pesquisas no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Enfatiza-se, também, a tarefa empreendida por todos os pesquisadores de problematizar temas da pesquisa jurídica considerados de vanguarda e que suscitam a necessidade de respostas eficazes desde uma perspectiva transdisciplinar e de articulação teórico-prática.

A (IN)CONVENCIONALIDADE DA LEI DO MARCO TEMPORAL

THE (IN)CONVENTIONALITY OF THE TIME MARK LAW

Gilberto Starck ¹

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori ²

Resumo

O presente artigo busca analisar a Lei do Marco temporal frente os compromissos assumidos pelo Brasil no campo internacional em matéria de direitos humanos. A pesquisa é qualitativa, a partir de revisão bibliográfica, documental e da análise da jurisprudência interna e internacional. Na primeira parte do artigo, é mostrado como a tese do marco temporal transitou do campo do Judiciário para o Legislativo. Na segunda parte, é desenvolvido debate com o entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos possessórios indígenas e a tese do marco temporal. Para então, verificar-se a convencionalidade da Lei do Marco Temporal a partir dos compromissos assumidos pelo Brasil no campo internacional. Como será demonstrado, para além da constitucionalidade, cabe analisar a convencionalidade da Lei 14.701/2023, ao passo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não estabelece a necessidade de posse para fins de reconhecimento e demarcação de terras indígenas, tendo como norte a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil.

Palavras-chave: Lei do marco temporal, Terras indígenas, Controle de convencionalidade, Corte interamericana de direitos humanos, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to analyze the Temporal Framework Law in light of the commitments made by Brazil in the international field in terms of human rights. The research is qualitative, based on a bibliographic and documentary review and analysis of domestic and international jurisprudence. In the first part of the article, it is shown how the time frame thesis moved from the Judiciary to the Legislative field. In the second part, a debate is developed with the jurisprudential understanding of the Inter-American Court of Human Rights on indigenous possessory rights and the time frame thesis. To then verify the conventionality of the Temporal Framework Law based on the commitments assumed by Brazil in the international field. As will be demonstrated, in addition to constitutionality, it is worth analyzing the conventionality of Law 14,701/2023, while the Inter-American Court of Human Rights does

¹ Mestrando em Direito na linha de pesquisa Sociedade e Fragmentação do Direito pela Universidade La Salle, na condição de bolsista CAPES. Especialista em Direitos Humanos e Políticas Públicas (UNISINOS).

² Mestre e Doutora em Direito pela UFSC -Florianópolis/SC. Atualmente é docente da Universidade La Salle (Unilasalle -Canoas - RS).

not establish the need for possession for the purposes of recognizing and demarcating indigenous lands, having the American Convention as its guide. of Human Rights, ratified by Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Time frame law, Indigenous lands, Conventionality control, Inter-american court of human rights, Human rights

1. INTRODUÇÃO

Os povos indígenas brasileiros sofrem sistemáticas violações aos direitos humanos desde o início da colonização pelos países europeus. Desde então, as comunidades indígenas já foram escravizadas, usadas como força em guerras, e hoje lutam pela sobrevivência física e cultural que depende essencialmente da garantia do acesso à terra.

Somente quando estão em suas terras, os povos indígenas têm acesso aos direitos humanos básicos essenciais para a manutenção da vida física e da sua cultura. Diante disso, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 é um marco para a proteção dos povos indígenas ao reconhecer o direito às terras tradicionais e a possibilidade de viver conforme seus modos de Ser e de Estar no mundo.

No plano do direito internacional há o reconhecimento da adequação da legislação interna com os tratados e convenções de direitos humanos voltados à proteção dos povos indígenas, inclusive especificamente na questão do reconhecimento e demarcação das terras tradicionais.

Todavia, diante de um marco protetivo forte, de tempos em tempos, surgem tentativas de relativização da proteção constitucional direcionada às comunidades indígenas. A exemplo, pode-se mencionar a CPI da Funai, a PEC 215, as tentativas de criminalização de defensores dos direitos originários e, nos últimos tempos, a tese do marco temporal.

A tese do marco temporal é um entendimento jurisprudencial apresentado durante o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol. Pela tese, para que seja reconhecida como terra indígena passível de demarcação, há necessidade de comprovação da posse pelos povos indígenas quando da Promulgação da Constituição Federal, ou seja, 05 de outubro de 1988, ou ainda que se prove o esbulho renitente.

Como será visto adiante, depois de analisado pelo Judiciário brasileiro, a tese do marco temporal voltou a ser pauta de discussão no campo legislativo. Os mesmos critérios apresentados no Supremo Tribunal Federal avançaram na seara do Legislativo com vários desdobramentos.

O presente artigo visa: apresentar a discussão do marco temporal pelo Judiciário e Legislativo brasileiro, especificamente traçando um percurso histórico de como o debate avançou entre os Poderes; confrontar o posicionamento jurisprudencial da Corte

Interamericana de Direitos Humanos com a chamada Lei do Marco Temporal, a fim de analisar a convencionalidade da legislação interna frente os compromissos assumidos pelo Brasil no plano regional e internacional.

A pesquisa se deu a partir de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. Primeiramente, foi analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especificamente o Caso Raposa Serra do Sol (Petição 3.388/RO), os Embargos de Declaração à Petição 3.388/RO e o Recurso Extraordinário (RE) 1017365.

Em seguida, analisa-se a tramitação do Projeto de Lei 2.903/2023, o qual deu origem à Lei 14.701/2023, para então, confrontar com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir dos resultados encontrados, verifica-se em que medida a Lei do Marco temporal é ou não convencional.

2. O MARCO TEMPORAL

Neste tópico, será apresentada a discussão sobre o marco temporal no Judiciário e no Legislativo brasileiro. Como será visto, primeiramente houve a tentativa de estabelecimento da tese do marco temporal como entendimento jurisprudencial e, em seguida, de se definir por meio de Lei, a adoção de 05 de outubro de 1988 como critério para reconhecimento e demarcação de terra indígena.

2.1. A DISCUSSÃO DO MARCO TEMPORAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A tese do marco temporal é um entendimento jurisprudencial que surgiu durante discussão do Caso Raposa Serra do Sol¹ em 2009, no julgamento da Petição 3.388/RO pelo Supremo Tribunal Federal (BBC, 2014, s/p). Cabe mencionar que o propósito do presente artigo não é esmiuçar os pormenores do caso em si, mas tratar especificamente de como a discussão do marco temporal evolui no cenário interno.

Todavia é crucial explicar que o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol perdurou por muitos anos, com vários hiatos e pedidos de vistas. As dezenove condicionantes para o

¹Detalhes do julgamento podem ser encontrados em: <https://www.bbc.com/portuguese/lg/noticias/2009/03/090317_raposaqandacq>.

reconhecimento de terra indígena passível de demarcação são apresentadas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito.

O Ministro justifica a adoção da necessidade de comprovação da posse da terra pelos indígenas quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, usando os conceitos de segurança jurídica e das dificuldades temporais de uma busca imemorial da ocupação indígena. A tese do marco temporal aparece no seguinte trecho de seu voto:

(...) as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988. O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não índios após sua entrada em vigor (Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 150).

O posicionamento de Menezes de Direito foi seguido por outros Ministros que ao final do processo julgaram a ação parcialmente procedente, com a fixação das dezenove condicionantes e a tese do marco temporal.

Em 2012, em sede de embargos de declaração sob a relatoria do Ministro Barroso, foi mantida a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol bem como persistiram as condicionantes apresentadas na decisão de 2009, porém, sem efeitos vinculantes.

Ademais, em 2017, durante o Governo Temer, a Advocacia-Geral da União aprovou o parecer no Processo nº GMF – 05, 00400.002203/2016-01, no qual consta que toda a Administração Pública deve respeitar e dar efetivo cumprimento às condicionantes definidas no Caso Raposa Serra do Sol. Conforme:

Como se vê, a Corte Suprema tem entendimento muito consolidado a respeito de dois tópicos fundamentais para a demarcação das terras indígenas: 1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena; 2) a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas (Casa Civil, 2017, s/p).

O entendimento de fato foi usado para discussão de processos já concluídos e outros em andamento, sem levar em conta que a Constituição Federal não menciona a necessidade de comprovação de posse em determinada data para fins de reconhecimento e demarcação de terras indígenas.

Importante trazer neste momento o entendimento de José Afonso da Silva, para quem o direito dos indígenas sobre suas terras é imemorial, fundado no fato de terem sido eles os primeiros donos, a Constituição de 1988 é o “último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabelece o acórdão na Pet. 3.388” (Silva, 2016, p. 09).

De fato, em 21 de setembro de 2023, durante o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, com Repercussão Geral (Tema 1.031), o Supremo Tribunal Federal, por 9 votos a 2, rejeitou a tese do marco temporal. O Recurso está relacionado com o pedido formulado pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina (IMA), de reintegração de posse de uma área localizada na Reserva Biológica de Sassafrás (SC), a qual foi declarada pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) como de tradicional ocupação indígena² (STF, 2023, s/p).

Na decisão, o Plenário do STF entendeu que a data da promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988, não pode ser utilizada para definir a ocupação tradicional das terras indígenas para fins de reconhecimento e demarcação. Este era o cenário da discussão da tese do marco temporal no Judiciário brasileiro no final de 2023.

Porém, como será visto a seguir, a tese volta a ser pauta de discussão agora no Legislativo, via Projeto de Lei que, entre outras coisas, busca estabelecer a necessidade de comprovação da posse da terra em 05 de outubro de 1988 ou o renitente esbulho. Portanto, a bancada ruralista e ligada ao agronegócio buscou uma nova alternativa frente ao reconhecimento pelo Supremo dos direitos constitucionalmente garantidos. Face à teoria do direito se estabelece um conflito entre uma decisão judicial com força de Repercussão Geral e uma lei posterior, infraconstitucional, com teor distinto.

² “Caso sobre povo Xokleng: O STF julgou o RE (Recurso Extraordinário) 1.017.365, que é um processo que discute um pedido de reintegração de posse movido pelo Instituto do Meio a Ambiente de Santa Catarina (IMA) contra a Funai e indígenas do povo Xokleng. O caso chegou na Corte em 2016. No julgamento, os ministros decidiram que casos judiciais envolvendo demarcações de terras indígenas não devem seguir a tese do marco temporal. O julgamento se encerra em uma semana marcada por uma coincidência simbólica: no dia 22 de setembro, sexta-feira, o contato forçado do povo Xokleng completa 109 anos. De acordo com CIMI (Conselho Indigenista Missionário), foi nesta data, em 1914, que os líderes Kovi Pathé e Vomblé Kuzu partiram de um acampamento Xokleng para se encontrarem com os funcionários enviados pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI), fundado apenas quatro anos antes pelo Marechal Cândido Rondon.” (<https://www.conectas.org/noticias/em-vitoria-dos-povos-indigenas-stf-rejeita-a-tese-do-marco-temporal/>)

2.2 A DISCUSSÃO DO MARCO TEMPORAL NO LEGISLATIVO BRASILEIRO

A tese do marco temporal também percorre um caminho no Legislativo brasileiro. Em 27 de setembro de 2023, o Plenário do Senado aprovou o Projeto de Lei 2.903/2023 que regulamenta os direitos possessórios indígenas (Senado Federal, 2023, s/p).

Seguindo o que já havia sido exposto durante o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol como condicionante para o reconhecimento e demarcação de terra indígena, o Projeto visava regulamentar o art. 231 da Constituição Federal de 1988. Entre os pontos levantados no Projeto estão a necessidade de comprovação da posse da terra em 05 de outubro de 1988 para fins demarcatórios, e a possibilidade de exploração econômica de terras indígenas, em cooperação ou contração de não indígenas (Senado Federal, 2023, s/p).

Cabe mencionar que a aprovação do Projeto no Senado Federal se deu uma semana após a decisão do STF em sede de Recurso Extraordinário que afastou a tese do marco temporal levando em conta os critérios constitucionais.

Em 23 de outubro de 2023, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva sancionou com 34 vetos a recém criada Lei 14.701/2023 aprovada pelo Congresso Nacional (Presidência da República, 2023, s/p). Na argumentação dos vetos, a Presidência argumenta que a iniciativa legislativa contraria o interesse público e incorre em vício de inconstitucionalidade (Senado Federal, 2023, s/p).

Além do veto à tese do marco temporal, também foram vetados: a possibilidade de exploração de terras indígenas, em cooperação ou com a contratação de não indígenas; a permissão para instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares; a ampliação da possibilidade de indenização às ocupações de boa fé; o trecho que impedia a ampliação de terras indígenas já demarcadas e a adequação de processos demarcatórios em andamento nas regras da nova Lei (Senado Federal, 2023, s/p).

Em 14 de dezembro de 2023, o Congresso Nacional derrubou os vetos ao marco temporal das terras indígenas. O placar registrado foi 53 pela rejeição dos vetos e 19 pela manutenção no Senado, e 321 votos pela derrubada e 137 pela manutenção na Câmara dos Deputados (Senado Federal, 2023, s/p).

O apoio à rejeição dos vetos veio principalmente de políticos ligados à chamada bancada ruralista. Entre os argumentos expostos estão a defesa da obrigação do Senado em legislar, o respeito aos produtores reais e indígenas e a segurança jurídica. Por outro lado,

senadores que votaram pela manutenção dos vetos, referem que a Lei 14.701/2023 contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal, portanto, inconstitucional (Senado Federal, 2023, s/p).

Diante da rejeição dos vetos presidenciais, a tese do marco temporal voltou ao Supremo Tribunal Federal em 2024. Até o momento, três ações diversas chegaram ao STF, agora sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o qual votou a favor do marco temporal nos julgados anteriores.

O PT, PCdoB e PV protocolaram Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) para anulação da derrubada dos vetos presidenciais e retirada dos trechos da lei em desacordo com a jurisprudência do Supremo firmada no segundo semestre de 2023. Já na outra ADIN, protocolada pelo PSOL, Rede e Movimento Indígena representado pela APIB, busca-se a anulação completa da Lei do Marco Temporal (Brasil de Fato, 2024, s/p).

Por outro lado, as bancadas que comemoram a derrubada dos vetos presidenciais pelo Congresso e com forte ligação com o agronegócio, a bancada ruralista, com os partidos PP, PL e Republicanos solicitam a validade do marco temporal.

Nesse sentido, mais uma vez caberá ao Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade do marco temporal que agora chega à Corte por meio do processo legislativo. O fato é que os Poderes estão em “queda de braço” frente à decisão de inconstitucionalidade do marco temporal proferida pelo STF em 2023, e a sequência de aprovação no Congresso Federal, sanção com vetos presidenciais e derrubada de vetos pelo Congresso na Lei 14.701/2023.

3. ANÁLISE DA CONVENCIONALIDADE DA LEI DO MARCO TEMPORAL

Como demonstra a análise realizada no Tópico 2, a adoção da tese do marco temporal é um objetivo de setores como o agronegócio e a bancada ruralista. A adoção do marco temporal representa a relativização do marco constitucional forte em termos de proteção dos direitos indígenas criado em 1988, o qual é motivo de reconhecimento inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma-se que o problema do Brasil não é a questão normativa, reconhece-se que a legislação interna está de acordo com os Tratados e Convenções que versam sobre direitos humanos. De fato, a

normativa interna reconhece o modo de ser e de estar das comunidades indígenas assegurada a sua relação especial com a terra (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018, p. 17), o problema está na efetivação e na insegurança jurídica gerada pelas inúmeras tentativas de relativização ou desfazimento do marco protetivo constitucional garantido aos povos indígenas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisões sobre direitos possessórios indígenas em que se discute a dimensão do direito das comunidades tradicionais sobre suas terras, inclusive nos critérios de lapso temporal e da exigibilidade da posse para fins de reconhecimento e demarcação, tendo como norte a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Por isso, serão trazidos os principais pontos das decisões proferidas em casos que discutem o direito à terra pelos povos indígenas, para análise do cenário vivido pelas comunidades tradicionais do Brasil.

3.1 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH SOBRE DIREITOS POSSESSÓRIOS INDÍGENAS

Um dos pontos iniciais trazidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos refere-se à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³, a qual precisa ser levada em conta nos processos que debatem a questão possessória indígena, em virtude da relação diversa que os povos indígenas possuem com a terra, para além do conceito clássico de propriedade e das relações de produção.

No julgamento do Caso Paraguai x Comunidade Indígena Sawhoyamaya, a Corte IDH reconheceu que é preciso analisar a posse das terras indígenas para além do conceito clássico de propriedade. Refere ainda que, mesmo que povos indígenas tenham saído de suas terras em razão da violência sofrida ou voluntariamente por um lapso temporal, o direito à terra permanece. Portanto, não há necessidade de prova de posse da terra em determinado período

³ Artigo 3º da Convenção 169 da OIT: “ Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.” Disponível em: (<<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>>).

para que seja reconhecido o direito tradicional para fins de demarcação (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006, p. 72).

Este ponto da sentença proferida pela Corte IDH é fundamental haja vista que a tese do marco temporal requer a necessidade de prova da posse quando da Promulgação da Constituição Federal de 1988, a saber, 05 de outubro de 1988, ou “que se prove que os índios tenham sido impedidos de ocupá-las por “renitente esbulho”, ou seja, porque o grupo foi expulso à força e comprovadamente tentou retornar à área e foi impedido” (BRAGATO, 2016, p. 54).

Do mesmo modo, é problemática a exigência de comprovação do renitente esbulho, como prova da judicialização do conflito pelas razões de que por muito tempo os indígenas foram tutelados, e até mesmo porque há exigência de requisito que não faz parte da cultura e organização desses povos. Mais uma vez, se adotam critérios discriminatórios ao exigir a comprovação de algo que é predominante uma visão eurocêntrica.

O posicionamento acima volta a ser mencionado durante a decisão do Caso Suriname x Comunidade Indígena Moiwana. No julgado, é afirmado que os Estados que ratificaram a Convenção Americana têm o dever de proteger e efetivar os direitos indígenas em âmbito interno. O direito à terra não pode ser retirado quando não há ocupação das terras na medida em que se reconhece que o direito à terra está centrado na Comunidade e não no indivíduo (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2005, p. 59).

Durante a análise do Caso Brasil x Comunidade Indígena Xucurú, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que os Estados sob sua jurisdição precisam agir para promover a segurança jurídica do usufruto das terras indígenas, com garantia da estabilidade e reconhecimento da prevalência do direito originário sob qualquer outro título (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018, p. 31).

Um dos pontos mais importantes deste julgado se refere ao reconhecimento da proteção constitucional brasileira direcionada aos povos indígenas, o que justamente está em risco diante da derrubada dos vetos da Lei do Marco Temporal pelo Congresso Nacional. Como visto, a tese do marco temporal adota critérios que não estão expressos na Constituição Federal, não se coadunam com a recente jurisprudência do STF, nem mesmo com a interpretação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe referir, que o Brasil escolheu se submeter às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual

estabelece no art. 68, o dever dos Estados de respeitar e cumprir as decisões proferidas pelo órgão internacional (Ribeiro; Silva, 2024, p. 98).

As decisões vistas aqui estão fundamentadas na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Nº 678, de 06 de novembro de 1992 (Casa Civil, 2023, s/p). Inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem recebido casos em que é nítido o viés discriminatório nas práticas dos Estados e que refletem graves violações aos direitos humanos de indígenas e quilombolas. (CADEMARTORI; LUZ, 2019, p. 08).

Nisso, para além do controle de constitucionalidade, a legislação interna precisa levar em conta os tratados e convenções sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, por meio do instituto do controle de convencionalidade, conforme a seguir.

3. 2 A (IN)CONVENCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL

A respeito do controle de convencionalidade cabe trazer os ensinamentos de Mazzuoli, para quem:

À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5o , § 2o) ou material e formalmente constitucionais (art. 5o , § 3o),³ é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país(MAZZUOLI, 2009, p. 114).

A partir da instituição do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, passa a existir a necessidade de verificação da dupla compatibilidade material vertical. Ao passo em que os tratados e convenções sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil precisam ser levados em conta durante a produção normativa interna, pois são paradigma para a produção infraconstitucional (MAZZUOLI, 2009, p. 114).

Levando-se em conta as decisões trazidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos possessórios indígenas, embasadas na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, tem-se um ponto de abertura para a aplicação do instituto do controle de convencionalidade à Lei Nº 14. 701, de 20 de outubro de 2023.

Entre as razões que pode-se referir a inconveniência da Lei do Marco Temporal, encontra-se a adoção da necessidade de comprovação da posse da terra pelas comunidades indígenas em determinado período, ou a prova judicializada do conflito territorial. Como visto, trata-se de requisitos que conflitam com os direitos assegurados aos povos indígenas pela Constituição Federal de 1988 e pelos tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Brasil, na medida em que não há imposição de referida comprovação como dita a tese do marco temporal.

No Brasil, a iniciativa em relativizar ou desfazer os marcos protetivos das terras tradicionais indígenas é recorrente, com impactos negativos à sobrevivência física e cultural desses povos. A prova disso está na centena de processos de demarcatórios que permanecem suspensos durante a discussão sobre a adoção ou não da tese do marco temporal, vide Recurso Extraordinário (RE) 1017365, julgamento que perdurou por vários anos, com vários hiatos em razão dos pedidos de vistas.

Enquanto isso, o estudo realizado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), afirma que mais de 40% das terras indígenas seguem sem providência, e somente 1,23 % foram homologadas (Conselho Indigenista Missionário, 2024, s/p). Para entender como a discussão sobre o marco temporal impacta na promoção dos direitos humanos dos povos indígenas, é fundamental se atentar ao quadro de demarcações de terras indígenas por gestão presidencial, a partir da Promulgação da Constituição Federal de 1988.

No levantamento realizado pelo Jornal Nexo, durante o Governo Sarney (1988) foram demarcadas 67 terras indígenas; Governo Collor (1990) 112; Governo Itamar (1992) 16; primeiro mandato do Governo FHC (1995), 114; segundo mandato do Governo FHC (1999), 31; primeiro mandato do Governo Lula (2003), 66; segundo mandato do Governo Lula (2007), 22; primeiro mandato do Governo Dilma (2011), 11; segundo mandato do Governo Dilma (2015), 10; Governo Temer (2016), 01; Governo Bolsonaro 2019, 0, e por fim, terceiro mandato Governo Lula (2023), até o momento, 06 (Nexo Jornal, 2023, s/p).

Na análise dos dados trazidos pelo Relatório do Jornal Nexo, verifica-se que desde 2018 não eram demarcadas terras indígenas no Brasil. Portanto, um longo período de abandono da política indigenista no Brasil. Pode-se referir que neste mesmo período se intensificaram as discussões sobre a adoção do marco temporal como critério para reconhecimento e demarcação, sendo inclusive objeto de Parecer da AGU durante o Governo Temer pela utilização dos critérios firmados no Caso Raposa Serra do Sol.

Ao mesmo tempo, os conflitos territoriais entre índios e não-índios se intensificam pelo Brasil, com graves violações a direitos humanos básicos das comunidades tradicionais. O “Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil”, organizado pelo CIMI, traz a análise do quadriênio da Gestão Bolsonaro (2019-2022), e aponta que:

Em relação aos conflitos por direitos territoriais, ou seja, envolvendo ataques, pressões e disputas sobre os territórios indígenas, houve o registro de 407 casos; com relação aos casos de invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio indígena, foram 1.133; em relação aos crimes contra a pessoa, apenas abordando os dados de assassinatos de indígenas, registramos 795 óbitos; por omissão do poder público, registramos ainda um número cruel: 3.552 crianças indígenas de até quatro anos de idade morreram nestes quatro anos (Conselho Indigenista Missionário, 2023, p. 13).

Diante disso, não há como dissociar o impacto das ações do poder público com as violações de direitos humanos sofridas pelos povos indígenas no Brasil. Se por um lado, o Governo que findou em 2022 não demarcou nem uma terra indígena durante os quatro anos de gestão, o estudo do CIMI demonstra o aumento dos conflitos possessórios no mesmo período.

Portanto, consequência também das ações do poder público, que insiste em agir conforme a visão de desenvolvimento colonialista, o qual suprime diferenças culturais e impõe uma forma de ser que restringe a diversidade (Silva, 2023, p. 20). A própria tese do marco temporal exige a comprovação da posse ou do esbulho renitente, dentro de uma lógica eurocêntrica, onde o acesso ao sistema judiciário é um procedimento comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tese do marco temporal surgiu em 2009, durante o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol. Apesar da confirmação do entendimento jurisprudencial em 2012, foi declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2023.

Coincidência ou não, semanas depois de proferida a decisão do STF, a tese do marco temporal foi aprovada pelo Congresso Nacional, tendo inclusive derrubado os vetos presidenciais.

Em vista disso, a discussão sobre a possibilidade de adoção da tese do marco temporal volta ao Judiciário em 2024 e, ao que tudo indica, é um dos grandes objetivos dos setores ligados ao agronegócio e à bancada ruralista.

Ao longo do presente artigo buscou-se apresentar o caminho percorrido na discussão, ao mesmo tempo em que foram sendo proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que desfazem totalmente a necessidade dos requisitos da comprovação da posse ou do esbulho renitente, para fins de reconhecimento e demarcação de terra indígena, como requer a tese do marco temporal.

Se por um lado, o Brasil tem uma legislação interna reconhecida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos como protetora dos direitos dos povos indígenas, fica evidenciado o objetivo por parte de setores e políticos em desfazer ou relativizar a proteção constitucional garantida às comunidades indígenas, em diferentes Poderes.

O que pode ser atravancado pela adoção do instituto do controle de convencionalidade, uma vez que a Lei 14.701/2023 pode passar pela verificação da dupla compatibilidade material vertical, denotando que a legislação infraconstitucional viola preceitos assumidos pelo Brasil a partir da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, para além da inconstitucionalidade já declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a tese do marco temporal inserida na Lei 14.701/2023 é inconvencional, na medida em que os critérios adotados conflitam com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo como fundamento a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BBC BRASIL. *Entenda a polêmica em torno da reserva Raposa Serra do Sol*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/lg/noticias/2009/03/090317_raposaqandacq>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL DE FATO. *Marco temporal volta ao STF com três ações diferentes e Gilmar Mendes relator*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2024/01/04/marco-temporal-volta-ao-stf-com-tres-aco-es-dif-erentes-e-gilmar-mendes-relator-entenda>>. Acesso em: 29 mar. 2024.

CASA CIVIL. *Decreto 678, de 06 de novembro de 1992*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 03 abr. 2024.

CASA CIVIL. *Parecer nº GMF – 05*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm>. Acesso em: 01 abr. 2024.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. *Em vitória dos povos indígenas, STF rejeita tese do marco temporal*. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/em-vitoria-dos-povos-indigenas-stf-rejeita-a-tese-do-marco-temporal/>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. *Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-ci-mi.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2024.

ENGELMANN, W.; ROCHA, L. S.; STRECK, L. L. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado/ Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO (FEDESP). *A Questão do Direito Indígena no Brasil Face ao Mundo*. 1. ed. Brasília: IPDMS, 19 mar. 2024. Disponível em: <https://forumjustica.com.br/biblioteca/a-questao-do-direito-indigena-no-brasil-face-ao-mundo/>. Acesso em: 1 abr. 2024. ISBN 978-65-991210-2-9.

LUZ, M. R.; CADEMARTORI, D. M. L. de. *Direitos Humanos e Movimentos Sociais Quilombolas na perspectiva da Corte IDH*. Revista Direito & Paz. Unisal, Lorena (SP), v. 1, n. 40, p. 38-58, 2019.

MAZZUOLI, V. O. *Teoria geral do controle de convencionalidade*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 03 abr. 2024.

NEXO JORNAL. *A homologação de terras indígenas no Brasil, por governo*. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2023/05/10/a-homologacao-de-terras-indigenas-no-brasil-por-governo>. Acesso em: 03 abr. 2024.

OAS. *Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2024.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei Nº 14. 701, de 20 de outubro de 2023*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14701.htm. Acesso em: 29 mar. 2024.

SENADO FEDERAL. *Aprovado no Senado, marco temporal para terras indígenas segue para sanção*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/aprovado-no-senado-marco-temporal-para-terras-indigenas-segue-para-sancao>. Acesso em: 29 mar. 2023.

SENADO FEDERAL. *Congresso Nacional derruba veto ao marco temporal para terras indígenas*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/12/14/congresso-derruba-veto-ao-marco-temporal-para-terras-indigenas>. Acesso em: 29 mar. 2024.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 2903, de 2023*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888>. Acesso em: 29 de mar. 2024.

SENADO FEDERAL. *Terras indígenas: Lula veta marco temporal aprovado no Congresso Nacional*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/10/23/terras-indigenas-lula-veta-marco-temporal-aprovado-pelo-congresso#:~:text=Lula%20decidiu%20vetar%20ainda%20trecho,tra%C3%A7os%20culturais%20da%20comunidade%20ou>. Acesso em: 29 mar. 2024.

SILVA, J. A. *Parecer marco temporal*. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2024.

SILVA, R. M. *Os indígenas do Rio Grande do Sul e a ditadura Civil-Militar (1964- 1985): um período de intensificação de um habitus colonial violador de direitos*. 2023. 248 f. Tese (doutorado em Direito) - Universidade La Salle, Canoas, 2023. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11690/3767>. Acesso em: 03 abr. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição 3.388-4*. Relator: Min. Ayres Britto, julgado em 19/03/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 30 mar. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF derruba tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=514552&ori=1>>. Acesso em: 29 mar. 2024.