

Os Povos Originários No Brasil e o Marco Temporal para Demarcação de Terras como Retrocesso

Los Pueblos Originales en Brasil y el Plazo para la Demarcación de Tierras como un Retroceso

Sérgio Tibiricá Amaral¹ , Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiricá Amaral² 
Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. - Brasil



Para citaciones: Tibiricá Amaral, S. & De Toledo Pennacchi, M. (2022). Os Povos Originários No Brasil e o Marco Temporal para Demarcação de Terras como Retrocesso. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 14(27), 20-46.
<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3807>

Recibido: 30 de octubre de 2021

Aprobado: 10 de diciembre de 2021

Editor: Fernando Luna Salas. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2022. Tibiricá Amaral, S. & De Toledo Pennacchi, M. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMO

A tese do “marco temporal” defende que somente os povos indígenas que comprovarem que possuíam as terras ou que seus ancestrais as habitavam em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, teriam direito a demarcação das terras. Essa tese, não leva em conta as diversas etnias, povos, línguas e culturas que existem espalhadas pelo Brasil. Além do mais, o conceito de posse para os povos indígenas é completamente diferente do conceito de posse trazido pelo Código Civil, pois, para o indígena, a conservação da terra é um modo de vida, que garante a subsistência e preservação da cultura indígenas, através da preservação da floresta. Diferentemente, do conceito trazido pelo Código Civil, que mercantiliza a terra para exploração de seus recursos naturais. É preciso lembrar que essas terras pertencem aos povos originários, eles são os reais donos das terras brasileiras, de modo que, não há que se falar em reintegração de posse em favor dos fazendeiros, e, ainda, caso houvesse uma eventual privatização das terras indígenas, esses povos deveriam ser indenizados, além de receber pela exploração econômica de suas terras. Portanto, é preciso distinguir os tipos de terras ancestrais, e a importância de sua regularização. Além do mais, a jurisprudência da Corte Interamericana corrobora o entendimento de que não deve existir um marco temporal para a ocupação indígena, tendo em vista que, ela é anterior a criação do próprio Estado Brasileiro.

¹ Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar, Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. Professor do Programa de Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado da ITE-Bauru. Docente Titular das disciplinas das disciplinas de Teoria do Estado e Direito Internacional Público e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Coordenador do Grupo de Pesquisa da Toledo Presidente Prudente “Estado e Sociedade”. Membro da Asociación Mundial de Justiça Constitucional e vogal para o Brasil. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. coord.direito@toledoprudente.edu.br

² Bacharel em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário, desde 2019. Advogada militante. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo IBET/Toledo. Mestranda em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Bolsista do Conselho Nacional de Pesquisa do Ministério da Educação do Brasil (CNPq) por dois anos: em 2014/2015 com a temática Ativismo Judicial como garantia do Estado Democrático de Direito e 2015/2016 sob a temática Liberdade de Expressão e os Direitos relativos à manifestação do pensamento na Rede Mundial de Computadores. Estagiária na Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Presidente Prudente, entre janeiro de 2019 e outubro de 2019. fer.tpta@gmail.com

Palavras-chave: Povos originarios; demarcação das terras ancestrais; marco temporal e vedação de retrocesso.

RESUMEN

La tesis del "hito temporal" sostiene que sólo tendrían derecho a demarcar la tierra los pueblos indígenas que puedan demostrar que eran propietarios de la misma o que sus antepasados la habitaban el 5 de octubre de 1988, fecha de promulgación de la Constitución. Esta tesis no tiene en cuenta las diversas etnias, pueblos, lenguas y culturas que existen en todo Brasil. Además, el concepto de posesión para los pueblos indígenas es completamente diferente al concepto de posesión establecido en el Código Civil, porque, para los indígenas, la conservación de la tierra es una forma de vida, que garantiza la subsistencia y la preservación de la cultura indígena, a través de la preservación del bosque. Esto es diferente del concepto que aporta el Código Civil, que comercializa la tierra para la explotación de sus recursos naturales. Es necesario recordar que estas tierras pertenecen a los pueblos originarios, ellos son los verdaderos dueños de las tierras brasileñas, por lo que no se puede hablar de reposición a favor de los ganaderos y, además, en el caso de una eventual privatización de las tierras indígenas, estos pueblos deben ser indemnizados, además de recibir una compensación por la explotación económica de sus tierras. Por lo tanto, es necesario distinguir los tipos de tierras ancestrales y la importancia de su regularización. Además, la jurisprudencia de la Corte Interamericana corrobora el entendimiento de que no debe haber un límite de tiempo para la ocupación indígena, dado que es anterior a la creación del propio Estado brasileño.

Palabras clave: Pueblos originales; demarcación de tierras ancestrales; plazo y prohibición de regresión.

1. Introdução

A abordagem versou sobre os direitos de tempos imemoriais à terra dos povos que habitavam a América antes de Cristóvão Colombo e alguns instrumentos protetivos nas leis, na Constituição do Brasil de 1988 e nos tratados internacionais de direitos humanos da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos diante do chamado marco temporal de demarcação. O chamado "Marco temporal" é uma tese jurídica que estabelece que os povos originários ou tribais, anteriormente denominados indígenas só têm direito à demarcação de suas terras se provarem que a ocupavam no dia da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988). No entanto, o Supremo Tribunal Federal estuda a questão, que deve ser decidida talvez em 2022. O presente artigo abordou a possibilidade da efetivação do marco temporal, antes de uma decisão

vinculante do STF. Optou-se pela tese contrária de um lapso temporal, pois se trata de um retrocesso nos direitos de tempos ancestrais. Num capítulo discorreu-se sobre os tipos de territórios existentes em terras brasileiras e as diferenças culturais dos povos. O Brasil possui uma larga extensão de terras demarcadas e há os conflitos históricos pela posse da terra. O marco constituinte estabelece que só podem ser demarcados territórios dos povos que conseguirem demonstrar que estavam na referida terra, em 5 de outubro de 1988. Há a possibilidade de se comprovar conflito pela posse das terras, onde enterram seus mortos, praticam sua religião e buscam alimentos. A decisão é importante pois quando se rompem os vínculos com a terra, as comunidades, passam a ser marginalizadas e ficam ameaçadas de extinção por interesses econômicos. Por isso, a proteção ampla em nível internacional também é necessária. Por meio do método dedutivo, buscou-se demonstrar que o marco temporal seria um retrocesso.

A Constituição surge, como abordado, como ponto de partida para a defesa dos povos originários, mas há tratados em nível da Organização das Nações Unidas e a Declaração Americana sobre os Povos Indígenas da OEA visando proteção de bens do território, o idioma, os usos e costumes e a não discriminação. Mas, como ficará demonstrado, que a Constituição não estabelece lapso temporal.

Os tratados buscam superar práticas discriminatórias que afetam os povos originários e assegurar que participem da tomada de decisões que impactam suas vidas. São avanços dos direitos humanos dos povos indígenas, seja a nível individual seja a nível coletivo, como o de direito à livre-determinação. Há nos tratados direitos culturais que estão ligados às terras ancestrais, bem como a garantia da organização coletiva e o caráter pluricultural e multilíngue dos povos originários, bem como a auto identificação das pessoas, proteção especial aos povos que vivem de forma voluntária, isolados de outras civilizações.

2. Os povos originários no Brasil e marco temporal

A atual legislação do Brasil tem vários direitos como o artigo 231 da Constituição de 1988 que garante a posse das terras indígenas, como um direito originário, ou seja, que antecede a formação do Estado brasileiro.

O entendimento doutrinário do marco temporal está em vigor desde 2009, quando o Supremo Tribunal Federal julgou uma ação que questionava o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, uma demarcação de cerca de 1,7 milhões de hectares para cerca de 18 mil índios no Estado de Roraima. Mas, há um projeto de lei, o PL nº 490/2007, que determina que devem ter direito às terras consideradas ancestrais somente os povos que as estivessem

ocupando no dia da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988.

O caso em julgamento em setembro de 2021 é Recurso Especial com a chamada repercussão geral 1.017.365, processo que trata de uma ação de reintegração de posse movida pelo governo de Santa Catarina contra o povo Xokleng, referente à Terra Indígena (TI) Ibirama-Laklãnõ, onde também vivem indígenas Guarani e Kaingang.

A Lei n.º 6001(19/12/1973) definiu como 'índios': "os povos que habitavam a América Pré-Colombiana", sendo que atualmente a denominação correta é a de "povos originários" ou "povos que habitavam a América pré-colombiana".

A demarcação no Brasil interessa de 206 ou até 305 povos ou etnias (mais de mil nações), com cerca de 274 línguas faladas, sendo que o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, não atualizado devido a pandemia, registra que cerca de 17,5% da população indígena não fala português.

Os traços culturais são diferenciados e os idiomas desses povos originários podem ser divididos em quatro grupos ou troncos linguísticos: Caraíba ou Cariba, Naruaque ou Naipure, tronco macro "G" e Tupy-Guarani. Existem línguas isoladas que fora desses grupos, como as faladas pelos lanomâmis, que estão numa reserva de 9,4 milhões de hectares, um território que é maior que Portugal.

Vivem em território brasileiro mais de 896 mil índios, representando cerca de 0,4% da população brasileira, segundo dados do último Censo de 2010. Os resultados do Censo Demográfico 2010 revelam que 817 mil pessoas se autodeclararam indígenas e que o crescimento no período 2000/2010, 84 mil indígenas, representando 11,4%, não foi tão expressivo quanto o verificado no período anterior, 1991/2000, 440 mil indígenas, aproximadamente 150% . Há ainda os que vivem isolados e apenas são calculados sem serem visitados. Destes, 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais, aproximadamente a 0,47% da população do país.

Os povos originários vivem espalhados por todo o território nacional, principalmente em 688 Terras Indígenas e em várias áreas urbanas, sendo que são 547 áreas demarcadas, algo em torno de 94,3 milhões de hectares, ocupando cerca de 11 a 15 por cento do território brasileiro. Há também 77 referências de grupos indígenas não-contatados, das quais 30 foram confirmadas. Sessenta por cento dos povos originários está na Amazônia Legal e ocupam 12,33 do território.

Os membros das várias etnias são seres humanos originários do continente e do Brasil com suas complexidades como quaisquer outros indivíduos, tendo seu desenvolvimento biológico, psicológico, histórico e social. Possuem sua identidade cultural que está, por sua vez, influencia na maior ou menor interação social com os demais brasileiros. A interação interna na tribo é muito mais intensa pelo fato de uma convivência em comunidades proporcionar certa uniformidade, ou seja, o saber indígena é transmitido de geração a geração, indiscriminadamente. Todos aprendem a caçar, conhecem os seus mitos tribais e cultivam suas crenças, embora o cristianismo se faça presente devido aos anos de contato cultural. Os costumes são repassados cotidianamente, pois o processo de aprendizagem é natural e feito na convivência. Importante ressaltar que alguns grupos estão espalhados por países, o que pode ser constatado por exemplo pelo idioma da etnia tupi-guarani que é falado na Argentina, na Bolívia, no Brasil e no Paraguai, onde é a segunda língua oficial.

As discussões feitas no julgamento apontam que no Brasil e em outros Estados faltam definições legais das terras originárias, mas no Brasil há grande extensões.

Por outro lado, o Instituto Mato-Grossense de Economia Agropecuária, Imea avaliou o risco potencial econômico e social caso a tese do ministro Edson Fachin prevaleça. Segundo o levantamento, o impacto econômico nas regiões onde pode ocorrer expansão de terras indígenas demarcadas chegaria a R\$ 1,95 bilhão, com a perda de mais de 9 mil empregos diretos e indiretos.

Os tratados trazem definições legais de políticas para as comunidades tradicionais e um aporte importante que diz que são esses grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social e religiosa.

Os povos originários são “minorias”. A exceção é no antigo extra território do império Inca localizado no planalto andino, a Bolívia cuja população indígena declarada é de 62% dos 11,3 milhões de bolivianos. Entre eles, principalmente os povos aimará e quíchua, sendo estes últimos os descendentes dos incas.

Ser minoria exige no Brasil que sejam feitas ações afirmativas, que são políticas públicas visando acabar com a desigualdade e também por meio dos tratados internacionais. Ainda esses povos são hipossuficientes, cuja significação do termo pode variar conforme o contexto cultural vigente em

determinado lugar. Mas, em geral, refere-se a um conjunto de pessoas que, ainda que não sejam minorias em termos numéricos, estão em uma situação de desvantagem ou vulnerabilidade e têm menos poder que o grupo dominante. Afirma-se ainda que esses grupos se diferenciam do restante da população em razão de características linguísticas, culturais, religiosas, entre outras. Mas, todos precisam de território.

Os dispositivos brasileiros foram complementados pelos tratados do Direito Internacional dos Direitos Humanos com uma série de direitos específicos em razão das peculiaridades do seu modo de vida. O Brasil ratificou todos tratados sobre o assunto, inclusive do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, formado pela Comissão e pela Corte. Como esclarece Norberto Bobbio(2004, p. 45.), “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.”.

O artigo 1.1 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de forma taxativa, esclarece que a Carta se aplica aos povos indígenas das Américas. O art. 1.2 afirma que “a auto identificação como povos indígenas será um critério fundamental para determinar a quem se aplica a presente Declaração”.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, segundo Fergus Mackey(2002, p.121) prevê sua aplicação aos povos tribais, tais como, entre outros, os Morrons da Guiana e da Jamaica, os Afro-Equatorianos, os Quilombos no Brasil e os Cimarrones na Colômbia. Estabeleceu-se um conjunto de critérios objetivos e subjetivos que serão conjuntamente aplicados para identificar os povos originários e tribais, meramente para identificar e distinguir essas populações, ampliando as demarcações para os grupos, indígenas e tribais, como os quilombolas no Brasil, embora estes já tivessem proteção constitucional.

3. Direitos culturais e à identidade étnica

A Declaração sobre os Povos Indígenas ajuda a definir os critérios para os direitos culturais, ao ensino bilingue e o direito à identidade étnica que serão abordados, mas sempre importante perceber a questão da terra. Os direitos às terras ancestrais estão relacionados com a cultura, com os animais e com a água. Existe na cultura Baniwa que explica isso, por exemplo, na criação do mundo havia disputa entre seres vivos em relação ao quem seriam humanos e animais vivos em relação ao quem seriam humanos e anima.

Podemos tomar como exemplo o povo Baniwa para quem as terras ancestrais são parte de um complexo e completo mundo, *hekoapi* em Baniwa. A terra é a parte central, metade, do meio do mundo. Para cima da terra há muitas outras camadas (céus), *apakomanai* em Baniwa, *iarodattinai*, lugares de outras vidas, lugares de almas e espíritos de animais, animais como pássaros, macacos e outros. A última, acima do sol é do criador do mundo e da terra, ninguém pode vê-lo, somente escuta-lo. Para baixo da terra existe outra camada, *Wapinakoa* em Baniwa, lugar de ossos dos mortos humanos, talvez inferno. A terra é de onde os indígenas têm conhecimentos e se relaciona com outras camadas ou céus do mundo tanto para cima e para baixo há milênios.

O direito à identidade como etnia deve ser entendido como o direito individual de ser reconhecido como povo originário (no caso do indivíduo), ou como direito coletivo de uma comunidade tribal (no caso do grupo) ocupar um espaço ancestral. Portanto, relacionando-se com os conceitos de identidade étnica de cada uma das tribos e às definições de conjunto desses diferentes povos, a terra tem papel vital. As duas definições são vitais pois a partir delas são identificados os sujeitos desses direitos de grupos, que também são individuais.

A escolha do povo Baniwa, do tronco linguístico Aruaque, se dá por estarem presentes em países vizinhos. O território tradicional desse povo fica no rio Içana, mas também espalhados em todo o rio Negro, nos municípios de São Gabriel da Cachoeira, Santa Isabel do Rio Negro, Barcelos e Manaus. Uma parte desse povo está na Colômbia e Venezuela. O grupo se autodenomina Medzeniakona.

O direito à terra e outros direitos surgem no Brasil com a Constituição de 1988, que trouxe a previsão de direitos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Hoje, os critérios para definição desses povos adotados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) se baseia na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73).

João Pacheco de Oliveira explica que uma coletividade se auto identifique como membro, sendo índios “todos os indivíduos que são por ela reconhecidos enquanto membros desse grupo étnico”. Para essa conceituação, que se reflete no plano jurídico-administrativo, não tem importância alguma saber se tal população apresenta características ‘primitivas’, se mantém os traços físicos ou a carga genética de populações pré-colombianas, ou ainda se preserva os elementos de sua cultura original. Deve-se verificar a aplicação de um ‘status jurídico’, que não se articula com

critérios biológicos nem com a persistência de padrões culturais, mas tão somente com a continuidade de uma auto definição coletiva.

Importante ressaltar que há membros dessas várias etnias nos Parlamentos (Congresso Federal, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais) e outros que como advogados frequentam os tribunais superiores, ocupam cargos na FUNAI, são parte do Exército Brasileiro e alguns são empresários que pilotam até suas próprias aeronaves. A proteção especial não está diretamente ligada às características de primitividade contidas na imagem genérica que se tem sobre esses povos. Não existem razões para se acreditar que os povos originários devam continuar vivendo da mesma maneira que seus antepassados, mas há o direito ao livre desenvolvimento cultural e o direito à uma educação compatível com as peculiaridades das comunidades. Desde o período colonial, os povos originários por vezes sofreram um processo de aculturação, as vezes como política do Estado brasileiro, por meio havia a negação de suas culturas particulares e da imposição da “cultura ocidental”, pois estavam dentro de um processo necessário de integração.

A Constituição de 1988 reconhece o direito das comunidades indígenas à, seus costumes, organização social, línguas, crenças e tradições, cabendo à União o dever de proteger e fazer respeitar todos estes bens (Art. 231, *caput*).

“Os valores culturais de cada povo, seus usos, costumes e tradições, identificam-no e distinguem-no dos demais, sendo esta identidade representada por bens, materiais ou imateriais, que se tornam juridicamente protegidos em virtude da lei. O interesse cultural de que se revestem alguns bens assume tamanha relevância para determinada sociedade que sua proteção se impõe ao ordenamento jurídico, como forma de assegurar e garantir a garantir a distinção étnica”.

Ainda com base na Lei Maior surge a proteção dos direitos culturais desses povos originários se insere, também, na proteção mais ampla acerca do patrimônio cultural brasileiro, conforme dispões o art. 216 *caput* da Lei Maior.

Essa proteção constitucional dos direitos culturais dos povos originários é algo complexo, pois envolve o modo de vida em grupo, sendo que para tanto se faz necessária uma terra ancestral. Não apenas elementos mais conhecidos como danças, artesanatos, músicas, mitos e práticas religiosas, sendo que muitas destas ocorrem em locais tidos como sagrados. Há celeumas sobre o direito indígena de preservar sua cultura como o direito à caça de animais, por exemplo. Assegura-se às comunidades sua

organização social e suas práticas culturais, bem como a caça e a pesca para sub existência.

A cultura dos povos originários vai além do traços mais evidentes, pois também faz parte a organização social, regras de conduta interna, entre outras tantas coisas, como as definições das lideranças, os chefes tribais. Alguns desses traços podem revelar-se de difícil compreensão dentro do direito positivo brasileiro, como a tradição poligâmica do povo Caiapó, que ocupa a região central do país, entre os rios Xingu e Tocantins, nos estados do Pará e Mato Grosso. No direito de família brasileiro, pode-se dizer que a monogamia é uma das vigas mestras, sendo a poligamia crime.

A poligamia é uma prática tradicional do povo Caiapó, mas não se tem notícia de qualquer processo criminal denunciando um índio por tal prática. A aceitação tácita do comportamento Caiapó encontra justificativas numa interpretação sistemática e principiológica da Constituição. Exemplo mais polêmico é a prática do infanticídio entre alguns povos originários. Ana Valéria Araújo Leitão (1993, p.237) revela que o povo Tapirapé, do estado do Mato Grosso, teve como prática e regra interna que nenhuma mulher podia ter mais do que três filhos vivos, de maneira que quando uma quarta criança nascia, esta era imediatamente enterrada após o parto. A determinação cultural foi seguida por todas mulheres da comunidade até 1954, quando a prática começou a diminuir devido à influência dos missionários católicos que começaram atuar nas aldeias.

A Constituição e a legislação infraconstitucional brasileira preservam à vida digna e repudiam qualquer prática considerada homicida. Nunca houve nenhuma denúncia de infanticídio contra integrantes dos povos originários.

A educação formal foi um veículo de discriminação importante, porque a educação tem a capacidade de influir sobre os costumes e sobre a maioria das manifestações ideológicas e culturais de seus educandos. Um tipo de educação institucional indiferente e padronizada para as especificidades culturais significa uma educação massificante, que anula a identidade étnica dos educandos originários porque desconsidera suas culturas, não reconhece seus idiomas e desconhece a organização social de suas comunidades.

Os pequenos dos povos originários se sentiam desconfortáveis na sala de aula, pois eram obrigados a estudar, onde sua língua própria não era reconhecida, onde sua cultura era desprezada. Isso afetava auto estima. Um trágico exemplo dos efeitos desse tipo de tratamento verifica-se no alto número de suicídios entre os indígenas.

O caso dos Guarani Kaiowá, do Mato Grosso do Sul, é elucidativo (PREZIA; HOORNAET,2000, p.213).

O Poder Constituinte de 1988 trouxe dispositivos:

“art. 210 - Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. (...)

§2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos de aprendizagem”.

“art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§1º. O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Fica assegurado aos povos originários o direito a uma educação intercultural e bilíngue, que permita a sua sobrevivência enquanto povos diferenciados culturalmente. Além disso, a educação indígena deve garantir aos membros das comunidades indígenas o acesso a uma educação que lhes permita o desenvolvimento como seres humanos, como indígenas e como brasileiros também.

Para James Tully(2002, s/n), professor de ciência política da universidade canadense de Victoria, a autodeterminação não pode ser pensada apenas no sentido de soberania e de constituição de Estados independentes. Ele argumenta que existem mais de quinze mil culturas no mundo que reivindicam reconhecimento e autodeterminação, de maneira que se tais reivindicações fossem resolvidas somente através da criação de Estados independentes, as consequências seriam impraticáveis. Ao mesmo tempo, Tully adverte para que isso não seja interpretado como se a configuração atual dos Estados devesse ser inalterável.

As várias etnias como parte do povo brasileiro têm o direito de participar da vida do Brasil, em todos os seus aspectos, e isso é possível por meio de uma “inclusão com sensibilidade para as diferenças” (HABERMAS,2018 p.166). A escola passa a ser um instrumento de valorização das línguas, dos saberes, das tradições e da história dos povos, deixando de impor os valores culturais da sociedade majoritária.

4. Os tipos de terras ancestrais coletivas

Os povos originários espalhados por todo o território brasileiro não compreendem a posse das suas terras ancestrais da mesma maneira do que estabelecido no Código Civil, por exemplo, mas também com fundamento no respeito às culturas e aos modos de vida dos povos originários. Se reconhecem os direitos deles à terra e aos recursos naturais, e a definir suas próprias prioridades para o desenvolvimento. Esse é um ponto fundamental para o entendimento do direito das comunidades indígenas às terras que tradicionalmente ocupam. Enquanto para a maioria dos brasileiros, a posse de terras tem um significado patrimonial, que se refere a direitos reais de poder sobre a coisa (MENDES JÚNIOR, 1912, p.62), para os indígenas a terra representa seu *habitat*, o local onde desenvolvem suas vidas e sobrevivem como povo, o que faz com que a discussão do STF seja vital.

A disputa no STF leva em conta que entre os anos de 2008 e 2009, a Corte (<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>) debruçou-se sobre o caso Raposa Serra do Sol, na Pet 3.388, decisão essa que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em Roraima, tentando assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional, bem como seu modo de vida, estabelecendo dezenove condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, no propósito de promover a pacificação da grave questão étnica e social.

O Brasil tem uma extensão territorial de cerca de 851 milhões de hectares, 8.547.403 quilômetros quadrados. As terras indígenas brasileira ocupam uma área de 991.498 quilômetros de extensão, maior que o território da França (543.965 quilômetros quadrados) e da Inglaterra (13.423 quilômetros quadrados) juntos.

Nos termos da legislação vigente (CF/88, Lei 6001/73– Estatuto do Índio, Decreto n.º 1775/96), as terras indígenas podem ser classificadas em quatro modalidades: 1) Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas, 2) Reservas Indígenas, 3) Terras Dominiais e 4) Interditadas. Há atualmente 52 áreas, sendo que dessas 39 estão regularizadas.

São “Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas” as que estão no artigo 231 da Constituição de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96, enquanto que as “Reservas Indígenas”, por sua vez, as terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação

tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional.

São denominadas de “Terras Dominiais” as de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil. Para o entendimento das etapas do processo são importantes as definições dos tipos de terras indígenas. Finalmente, são áreas “Interditadas” pela Funai aquelas destinadas à proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96, bem como todas as etapas do procedimento demarcatório das terras tradicionalmente ocupadas, abaixo descritas, vindo depois da “Interdição”. Para um melhor entendimento da questão das terras é necessário conhecer a terminologia utilizada pela própria FUNAI, que “delimitadas”, “declaradas”, “homologadas” e as “regularizadas”.

As terras “declaradas” são as que já obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento por parte dos técnicos e engenheiros. Já as “homologadas” são as que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial.

As “regularizadas” são aquelas que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União. Além dessas, existem as que estão “em estudo” para a realização de avaliações e pesquisas antropológicas e históricas, além de estudos fundiários, cartográficos e ambientais que fundamentam a identificação e a delimitação das terras indígenas.

As “delimitadas” são aquelas terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena. Além dessas, existem as que estão “em estudo” para a realização de avaliações e pesquisas antropológicas e históricas, além de estudos fundiários, cartográficos e ambientais.

O continente americano, maior massa territorial do planeta no sentido norte-sul, é composto por grandes bacias hidrográficas e terras férteis,

situação que permitiu diversos povos indígenas e tribais se formassem ao longo dos tempos, aos quais buscaram estabelecer-se em áreas ricas em recursos naturais vivos e inertes, incluindo campos com fauna e muita biodiversidade, que varia da Floresta Amazônica ao Pantanal, passando pela Mata Atlântica, no caso do Brasil. De acordo com *“Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil”*, o desejo de tais recursos pela sociedade não indígena tem resultado historicamente na remoção, destruição e até mesmo o extermínio de muitas comunidades tradicionais. (§ 179).

Quando o Estado brasileiro reconhece uma terra como sendo privada, essa fração territorial pode ser vendida ou alugada, o que pode prejudicar e até mesmo provocar um rompimento com as tradições daquela comunidade. Por isso, a FUNAI estabeleceu as várias etapas que vão desde delimitação, passando pela declaração, delimitação, homologação até alcançar a regularização.

Necessário que se regularize e se titule as terras coletivas tradicionais como de propriedade dos membros da comunidade ou, ao menos, como ocorre no Brasil, de propriedade da União, dando-lhes a terra em usufruto. Garantindo-se sempre o direito de uso e gozo das terras às comunidades tribais, para evitar ameaças.

A Convenção nº 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, sustenta, em seu artigo 13.1, que os Estados “deverão respeitar a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos indígenas, sua relação com as terras ou territórios, (...) e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”. O artigo 14.1 reconhece aos povos originários o direito de propriedade e de posse sobre suas terras que tradicionalmente ocupam.

Portanto, a base para a ausência de um prazo para demarcação das terras tradicionais dos povos originários estão nos tratados, que reconhecem o direito à autonomia, para conduzir suas vidas a seu modo específico, o que não quer significa dizer da mesma maneira dos seus antepassados e nos locais onde viviam estes.

A base em nível internacional está na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que contém cláusula que expressamente impede que tratados posteriores sejam “interpretados no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados”(art. 29, b). As terras visam assegurar às comunidades possibilidades de sobrevivência com dignidade

humana, o que pressupõe liberdade para desenvolver sua cultura, tradições, rituais religiosos e seus modos de organização econômica.

5. A jurisprudência da corte interamericana

A necessidade protetiva dos organismos internacionais fica demonstrada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nos julgamentos da Corte, resta claro que as comunidades originárias estabelecem uma relação diferente com suas terras ancestrais, pois as terras servem para existência e não há práticas mercantilistas da sociedade capitalista. A interpretação autêntica dos tratados em nível de OEA surge como instrumento de defesa diante das violações por parte do Estado.

Essas questões sociológicas e antropológicas estão presentes na jurisprudência da Corte Interamericana, como no caso Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua, em que se esclareceu que entre os índios existe uma tradição comunitária sobre a propriedade coletiva da terra, de forma que a terra não pertence a um só indivíduo, mas ao grupo e a sua comunidade.

A Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas, por sua vez, reconhece que para os povos tradicionais suas formas de controle e uso de terras e recursos naturais são uma condição necessária à sobrevivência, ao desenvolvimento, à organização social e ao bem-estar, tanto individual quanto coletivo. Portanto, trata-se de uma relação com a propriedade "*sui generis*" segundo os artigos XVIII e XXIV.

A Declaração traz direitos intrínsecos que derivam da estrutura econômica, política e cultural dos povos originários, como os direitos sobre os territórios, as terras tradicionais e recursos naturais; de outro, não esclarece que estes direitos intrínsecos derivam, na verdade, do status jurídico de povos com direito à livre determinação.

O Capítulo V "Direitos Sociais, Econômicos e de Propriedade", artigo XXIV da Declaração trata das formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural, direitos às terras, territórios e recursos:

Artículo XXIV. FORMAS TRADICIONALES DE PROPIEDAD Y SUPERVIVENCIA CULTURAL. DERECHO A TIERRAS, TERRITORIOS Y RECURSOS

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.

(**Aprobado** el 19 de abril de 2012 - Decimocuarta Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos)

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. (**Aprobado** el 24 de abril de 2015 – Decimoséptima Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos)

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. (**Aprobado** el 24 de abril de 2015 – Decimoséptima Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos)

4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. (**Aprobado** el 24 de abril de 2015 – Decimoséptima Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos)

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación. (**Aprobado** el 19 de mayo de 2016 – Decimonovena Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos)

Os dispositivos devem ser vistos como esclarecedores, pois a Declaração consolidou um entendimento da jurisprudência da Corte, sobre a relação das comunidades ancestrais com sua propriedade tradicional. Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, parecerista da Corte IDH”, no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, disse:

Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. (§ 83) (g.n.)

Da definição elencada decorre entender que o território habitado pelos povos indígenas corresponde, também, aos espaços geográficos utilizados para suas atividades culturais e de subsistência. Em outras palavras, a modalidade de posse aqui explanada se estende a circunstâncias mais abrangentes e dinâmicas, as quais preenchem a identidade cultural das comunidades indígenas. Em outras palavras, os sinais da posse estão presentes também na relação entre essas populações e a sua propriedade ancestral.

O direito às terras, territórios e recursos naturais é elencado no parágrafo segundo do art. XXIV da Declaração Americana sobre Direitos Indígenas. Ocorre que, se por um lado, estabelece o viés tradicional da ocupação e utilização da propriedade, por outro, o dispositivo não agrega a real base do direito indígena sobre suas propriedades ancestrais que é a ocupação imemorial ou a pré-existência indígena. José Afonso da Silva (2011, p. 858) define que o termo tradicionalmente refere-se "ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção" e pondera, ainda, que a expressão também se relaciona com a maneira em que eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e outras que possuem espaços em que possam se deslocar. Assim, a Declaração, *data vêniam*, não deu a devida atenção às características essenciais da posse territorial indígena que é a de ser primária e congênita a esses povos.

A Jurisprudência do SIDH está firmada de respeitar os direitos originários, os direitos históricos e a presença física das comunidades indígenas, as quais se organizam de formas diferenciadas, nos territórios tradicionais, desde tempos imemoriais (Caso Comunidade Indígena Kichwa de Sarayaku, § 83, item d)

No parágrafo terceiro, a Declaração tratou da abrangência da posse indígena, com observância à autodeterminação das comunidades. Sem, entretanto, excluir outras formas de ocupação ou utilização dos territórios e recursos naturais.

Neste caso, a Declaração segue uma tendência que a Corte já havia consolidado em sua jurisprudência ao estabelecer um conceito amplo de terra e territórios indígenas. Tem-se firmado, nos precedentes do Tribunal, conforme expôs Jo M. Pasqualucci (2006, p. 296) que aqueles espaços utilizados para as atividades culturais ou de subsistência das comunidades indígenas, tais como via de acesso, devem ser acrescentados ao espaço do território tradicional. Para além dessa hipótese, as terras coletivas ou terras comunais abrangem, tipicamente, uma área física composta por núcleo de

moradias, reservas naturais, jardins, plantações e os sítios próprios em que, geralmente, praticam suas tradições culturais.

Para isto, vale a consideração traçada pela Corte que, ainda sob a presidência de Antônio Augusto Cançado Trindade em caso *Mayagna Awas Tingni*, estabeleceu dois pressupostos para o conceito de terra coletiva, quais sejam: há o território que a comunidade considera comum, embora internamente haja mecanismos para repartir a utilização e ocupação eventuais entre os seus membros e que não permitem alienação a pessoas que não sejam membros da comunidade; e, também, há áreas que são somente para uso coletivo, também denominadas de *commons*, as quais não se dividem em parcelas. É comum as comunidades indígenas possuírem uma parte usada coletivamente, como *commons*, e ainda outra parte que pode ser dividida e distribuída em unidades domésticas ou familiares.

Não se pode, por sua vez, analisar na questão do marco temporal o clamor indígena por um viés reducionista, em que se veem, meramente, as questões da posse e da produção. Deve-se, entretanto, inter-relacioná-las com a forma peculiar em que as comunidades sobrevivem. Isto, porque, as terras ancestrais são instrumentos para preservar a cultura indígena e, por conseguinte, mantê-la viva durante as gerações porvindouras. E a produção, por sua vez, geralmente, restringe-se àquilo que é necessário para a subsistência das famílias. Isto foi considerado, com acuidade, pela jurisprudência do Tribunal Interamericano. (Yakye Axa § 21, V, d).

Em análise, levando em conta a manifestação do perito José Alberto Braunstein, a Corte, em decisão sobre a comunidade Yakye Axa (§ 38), traçou que a ocupação índia nem sempre é evidente pelo modo cultural de produção, isto, pois, as comunidades tradicionais não manifestam a ocupação pela transformação massiva da natureza, seja pelo desmatamento seja pela formação de pastagem. A ocupação se manifesta, por sua vez, de forma sutil, uma vez que os sinais da posse estão marcados de forma permanente na memória histórica destes povos. Fica patente, então, que há peculiaridades na maneira como as comunidades indígenas ocupam as terras ancestrais, que se difere, por sua vez, da ocupação não índia, a qual, na maioria das vezes, se dá por práticas de transformação massiva da natureza. No caso, incluem-se, como exemplo, a transformação das florestas em pastagens ou a devastação da mata para instalação de monocultura.

O parágrafo quarto, por sua vez, está diretamente ligado ao capítulo cinco, por tratarem da temática do reconhecimento e proteção jurídica das terras, territórios e recursos naturais.

Houve uma significativa mudança textual naquilo que se entendia como propriedade antes da Declaração Sobre Direitos Indígenas. A Corte decidiu

que durante os trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não fazia referência a “propriedade privada”, mas sim a “uso e gozo dos bens”. No entanto, segundo Jo M. Pasqualucci (2006, p. 296), a expressão “privada” somente foi deletada do inglês, mas em outros idiomas, o termo, ainda, persistia. Com efeito, entre os avanços formais, materializados pela Declaração sobre Direitos Indígenas, está o reconhecimento do direito à propriedade em sua dimensão coletiva. Isto, pois, antes de aprovação do texto, a jurisprudência da Corte se utilizava do artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ocorre que, o referido texto trazia, tão somente, o alcance do direito à propriedade privada.

Pode-se afirmar, ainda, que embora a Declaração se refira ao direito à propriedade em sua acepção privada, a Corte já vinha materializando, por uma interpretação dinâmica e sistemática, que os direitos humanos são complementares e que a propriedade privada não é absoluta e pode sofrer restrições e limitações de seu exercício, isto, pois, a própria Convenção já determinava que os dispositivos do Pacto devem ser interpretados junto a outros instrumentos de proteção dos direitos humanos que compõem o *corpus iures* internacional. Por conseguinte, fazendo-se uma interpretação dinâmica e sistemática dos artigos 21 e 29 (b) da CADH e a Convenção 169 da OIT, poder-se-ia sustentar que o Pacto protege não só a propriedade dos indivíduos em sua noção tradicional, como a propriedade coletiva. (Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai (§ 87))

Os órgãos do SIDH têm se atentado ao direito dos povos indígenas e tribais à propriedade comunal sobre suas terras e recursos naturais, como um direito em si, assim como da garantia de outros direitos básicos. Para a Comissão Interamericana, o gozo efetivo da propriedade comunal é determinante para a proteção de uma unidade econômica e a proteção dos direitos humanos de uma coletividade que baseia o seu desenvolvimento econômico, social e cultural na relação com a terra.

A própria Convenção Americana e a jurisprudência da Corte proveem as pautas para definir as restrições gerais admissíveis ao gozo e exercício destes direitos, as quais deverão ser estabelecidas pela *domestic law* dos Estados. (Yakye Axa (§ 140/146))

6. A exploração das terras ancestrais e o marco temporal

A Declaração sobre os Povos Indígenas optou por regular a exploração das terras ancestrais no artigo XXIX, que trata do Direito ao Desenvolvimento. Isto, porque a exploração das terras ancestrais afeta diretamente o direito ao desenvolvimento das comunidades índias. Uma vez que, de forma ou de

outra, a presença física de outros povos prejudica a livre dedicação dos índios às atividades econômicas tradicionais, o que prejudica a própria sobrevivência desses povos. Por isso, a ausência do marco temporal é muito importante.

Como defendeu a advogada Samara Pataxó na sua sustentação oral no STF, que encontro acolhimento no voto do relator, o ministro Edson Fachin, que diz em seu voto que "a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que (os indígenas) tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição) porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal".

Trata-se da interpretação do princípio da autodeterminação povos, de forma a conciliar o exercício desse direito pelos povos indígenas, com a preservação da integridade territorial do Estados. Até mesmo porque a constituição de Estados independentes a partir de cada um dos povos indígenas existentes a nível mundial, representaria uma multiplicação, sem precedentes, do número de Estados. Como adverte Gabi Wucher (2000, p. 70).

Um processo de "alargamento" do conteúdo do direito à autodeterminação que, paulatinamente, deixou de ser sinônimo necessário de independência, soberania e secessão, para incluir também, outras possibilidades em especial a ocupação da terra. São as alternativas que busquem uma coexistência pacífica entre grupos étnicos e a população, de modo a garantir-lhes o direito à autonomia no interior de suas terras demarcadas, e também, o direito de participar nas decisões políticas do Estado, sobretudo naquelas que lhes afetem direta ou indiretamente.

Trata-se do direito à autodeterminação sendo tomado como um instrumento para assegurar tanto a paz entre os Estados, no sentido de impedir a ingerência de uns nos outros, como a paz dentro dos Estados, no sentido de acomodar a diversidade étnica através de uma coexistência digna (sem subjugação) entre os diferentes grupos. Os conflitos envolvendo as comunidades indígenas decorrem, quase sempre, em razão da exploração ilegal, por não índios, dos territórios ancestrais. Por essa razão, a Comissão Interamericana, em documento denominado "*Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales*", esclareceu que é fundamental que se considere a situação e experiência históricas, culturais, sociais e econômicas das comunidades indígenas para que haja o pleno e efetivo gozo dos seus direitos humanos.

É concedida voz aos anseios das comunidades ancestrais, com o fim de preservar e assegurar os direitos sobre a propriedade ancestral, mas também aos Estados, conforme caso Kichwa Sarayaku. Essas opiniões são essenciais para a preservação das comunidades locais antes de explorar os solos ancestrais, como garantir o direito à consulta; a realização de estudo de impacto ambiental; e, se houver impacto, compartilhar, razoavelmente, os benefícios que se produzam da exploração dos recursos naturais. Caso tais procedimentos não sejam observados, a exploração vai estar eivada de ilegalidade. (§ 157)

Nesse sentido, a Declaração Americana sobre os Povos Indígenas estabeleceu que os Estados devem celebrar consultas e, ainda, cooperar, de boa-fé, com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de se obter o consentimento livre e informado das comunidades ancestrais antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou recursos naturais (Artigo XXIX.5). O dispositivo citado segue o artigo 32.2 da Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas de 2007, na tendência de trazer requisitos prévios para que se realizem explorações nos territórios índios traz a obrigação de efetuar um processo adequado e participativo.

A Declaração não contempla a participação dos Povos Indígenas nos benefícios da exploração que terceiros realizem nos territórios ancestrais, conforme esclarece o *Observatorio Ciudadano*. A não participação nos benefícios da exploração deslegitima, a princípio, a integral fruição do direito que as comunidades possuem sobre os seus territórios ancestrais, uma vez que na hipótese em que um terceiro explore e tenha lucro sobre a propriedade alheia, deve, por outro lado, reparar e remunerar os reais proprietários, seja em razão do lucro obtido seja em razão de eventuais danos ao bem utilizado.

8 Conclusões

Independentemente da decisão do julgamento do Supremo Tribunal Federal defende-se que as "terras indígenas" previstas na Constituição de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada.

Defende-se que com base nos tratados de direitos humanos estabelecer um marco temporal para a demarcação de terras violaria o princípio do não ao retrocesso.

No caso, os povos originários desfrutar de um espaço territorial é importante para lhes assegurar os meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural.

Os dispositivos da Constituição asseguram os direitos culturais e tradicionais, que estão intimamente ligados à posse da terra. Praticamente, todos os direitos estão ligados às terras ancestrais, como a caça e a pesca. Mas, os tratados também protegem esses grupos minoritários e hipossuficientes.

Como hipóteses não titulação das às terras ancestrais anteriores a promulgação da Constituição é possível que sobrevenham conflitos para obter o controle das terras ou das reservas naturais sobre as mesmas, sendo que a jurisprudência da Corte IDH é pacífica. A situação foi apreciada pela Corte Interamericana e, sem embargos, esse tipo de conflito, frequentemente, ocorre sobre a aquiescência dos Estados. Conforme caso Mayagna, o governo concede para terceiros a exploração sobre determinada área, consentindo que se explore as reservas naturais nas terras que historicamente estão na posse dos povos indígenas ou mesmo naquelas que já foram, até mesmo, demarcadas. Concorre, também, com o exposto, que esses contratos podem ser lucrativos para os governos nacionais que, por sua vez, facilitam o acordo.

Os tratados também determinam que a consciência da identidade indígena ou tribal deva ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da Convenção, incluindo o sentimento pela terra.

Como foi visto, a proteção dos povos originários brasileiros, depois de muitas lutas e avanços, ganhou uma garantia internacional de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas e de terem respeitados o seu estilo de vida tradicional e organização, diferentemente do restante da população do país. O desenvolvimento deve ser alcançado sem prejuízo de direitos longamente conquistados em nível internacional dos direitos, sob pena de um retrocesso inaceitável às categorias de pessoas protegidas por essa convenção internacional.

É, em suma, princípio geral de Direito aquele segundo o qual é vedado retroceder em matéria de direitos humanos.

Referências

- Accioly, H. Silva, G. e; Castella, P. (2011). Manual de direito internacional público. 19. ed. São Paulo: Saraiva.
- Cirino, P. (2013). A construção da Teoria do Indigenato: do Brasil colonial à Constituição republicana de 1988 - disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-construcao-da-teoria-do-indigenato-do-brasil-colonial-a-constituicao-republicana-de-1988,43728.html#_ftnref69
- IGWIA, Notificas. (2021). Análisis: Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA
- Araujo, A. (1993). Direitos culturais dos povos indígenas aspectos dos seu reconhecimento <in> Santilli Juliana (org). Os direitos indígenas e a Constituição Brasileira. Núcleo de Direitos Indígenas.
- Araujo, A. (1995). A defesa dos direitos indígenas no Judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas.
- Aylwin, J. (2004). Derechos Humanos Y Pueblos Indígenas Tendencias Internacionales Y Contexto Chileno. Ed. Universidad de La Frontera.
- Barile, D. (2013). A corte interamericana de Direitos Humanos e sua Jurisprudência.
- Barreto, H. (2004). Direitos indígenas: vetores constitucionais.
- Bobbio, Norberto. (2004). A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus.
- Burgenthal, T. (1998). International Human Rights. Minnesota.
- Carrasco, M. (2000). Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- Organizacion de los Estados Americanos, (30 de abril de 1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos - Estado de Firmas y Ratificaciones.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (29 de março de 2006). Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas, sentença
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (17 de junho de 2005). Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (31 de agosto de 2001)

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (s.f) Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua. Mérito, Reparaciones e Custas.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (28 de novembro de 2007). Caso do Povo Saramaka vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (27 de junho de 2012). Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas.

Martinez Cobo, J. (1987). *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos, (24 de agosto de 2010). Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas.

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (14 de outubro de 2014). Caso Povo Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas.

Convencion Americana Sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).

Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. (2011).

Cirino De Queiroz, P. (2010). A construção da Teoria do Indigenato: do Brasil colonial à Constituição republicana de 1988.

Organizacion de los Estados Americanos (2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Duprat, D. (2006). Terras indígenas e o judiciário.

Ferreira, A. (2009). Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba.

Gomes, L. y Mazzuoli, V. (2009). Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed., rev., atual. e ampl.

Gonçalves, L. y Silva, P. (2001). O jogo das diferenças: O multiculturalismo e seus contextos. 3.ed. Belo Horizonte:Autêntica.

González, H. (1999). Escuela, tradicion oral y educación propia entre los tikuna del trapecio amazônico colombiano. Manaus.

- Habermas, J. (2018). *A inclusão do outro*. São Paulo: Unesp, 1 ed.
- Henkin, L., et al. (1999) *Human rights*. New York: New York Foundation Press.
- Hesse, K. (1991). *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabril.
- Hepple, B. (2005). *Labour Laws and Global Trade*. Oxford: Hart Publishing.
- Husek, C. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- Luciano, G. dos S. (2006). *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*.
- Mackey, F. (2002). *Guide to Indigenous Peoples' Rights in the Inter-American Human Rights System*.
- Mazzuoli, V. (2007). *Curso de direito internacional público*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mendez, J. (1912). *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, São Paulo.
- Oliveira, J. (1995). *Muita terra para pouco índio? Uma introdução (crítica) ao indigenismo e à atualização do preconceito*. In: SILVA, Aracy L. da, GRUI\PIONI, Luís D. B. (Orgs.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus*. Brasília: MEC: MARI: UNESCO, 1995.
- Organizacion de las Naciones Unidas, (1982). *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo, 1982*.
- Pasqualucci, J. (2006). *The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System*.
- Pasqualucci, J. (2013). *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. University of South Dakota, School of Law.
- Pennings, F. e Bosse, C. (2011). *The Protection of Working Relationships – A Comparative Study*.
- Piovesan, F. (2012). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*.
- Pontes De Miranda, F. (2015). *Curso de Direito Internacional Público*, 9ª ed. Revista dos Tribunais.

- Prezia, B, Hoornaet, E. (2000). 500 anos de resistência, São Paulo: Editora FTD.
- Rezek, J. (2013) Direito internacional público: curso elementar. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva.
- Richard, K. (30 de junho de 2017). The League of Nations: From 1920 to 1946.
- Santilli, J. (s.f) As Minorias Étnicas e Nacionais e Sistemas Regionais (Europeu e Interamericano) de Proteção dos Direitos Humanos.
- Silva, J. (2011). Curso de direito constitucional positivo. 34. ed., rev. e atual.
- Trindade, A. (2003). Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 1. ed. Porto Alegre: Fabris.
- Trindade, A. (2012). A carta das nações unidas: uma leitura constitucional.
- Tibiriçá Amaral, S., & Ferreira Nunes, A. (2020). Sistematización del código de procedimiento constitucional brasileño : la consolidación de los derechos fundamentales en la ejecución de juicios internacionales de la corte interamericana de derechos humanos en Brasil. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 12(24), 210–229. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.12-num.24-2020-2672>
- Tully, J. (2002). Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity. Cambridge: Cambridge University Press.