

# OS DIREITOS TERRITORIAIS QUILOMBOLAS

## ALÉM DO MARCO TEMPORAL

Coordenadores  
Antonio Carlos Wolkmer  
Carlos Frederico Marés de Souza Filho  
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

© by Antonio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho,  
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

Editora da PUC Goiás  
Rua Colônia, Qd. 240-C, Lt. 26-29  
Chácara C2, Jardim Novo Mundo  
Cep. 74.713-200 – Goiânia – Goiás – Brasil  
Secretaria e Fax 62 3946-1814 – Revistas 62 3946-1815  
Coordenação 62 3946-1816 – Livraria 62 3946-1080  
www.pucgoias.edu.br/editora

Comissão Técnica

Biblioteca Central da PUC Goiás

*Normalização*

Karila Aparecida de Oliveira

*Revisão*

Humberto Melo

*Editoração Eletrônica e Arte Final de Capa*

Liana Amin Lima da Silva

*Foto de Capa*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, GO, Brasil

---

D598 Os direitos territoriais quilombolas: além do marco territorial/ Coordenadores, Antonio Carlos Wolkmer, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.-- Goiânia : Ed. da PUC Goiás, 2016. 196 p.; 22 cm

ISBN:978-85-7103-939-1

Inclui bibliografias

1. Comunidades de escravos fugitivos. 2. Quilombolas.  
3. Quilombos - História - Brasil. 4. Política e governo.  
5. Direito agrário. I. Wolkmer, Antônio Carlos. II. Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. III. Blanco Tarrega, Maria Cristina Vidotte. IV. Título.

CDU: 326

---

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, microfilmagem, gravação ou outro, sem escrita permissão do editor.

Impresso no Brasil

## SUMÁRIO

7	O QUE SÃO OS QUILOMBOS?
17	RELATO SOBRE A REALIDADE DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS NO BRASIL
25	OS KALUNGAS; POR UMA KALUNGA
31	INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, PLURALISMO JURÍDICO E A QUESTÃO QUILOMBOLAUMA ABORDAGEM DESCOLONIAL E INTERCULTURAL DO DECRETO Nº 4.887/2003 E DA ADI 3239
55	MARCO TEMPORAL COMO RETROCESSO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS
85	INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL COMO REFERÊNCIA HISTÓRICA PARA A CONSTITUIÇÃO DO DIREITO QUILOMBOLA
105	QUILOMBOLAS, LUTA POR TERRA E QUESTÕES RACIAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
125	A ODISSEIA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO DAS TERRITORIALIDADES: O TERRITÓRIO KALUNGA
149	O OUTRO LADO DA HISTÓRIA QUE NÃO FOI CONTADO: A CAPACIDADE DE REFUNDAÇÃO DO SENTIDO DA POLÍTICA NO BRASIL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DAS COMUNIDADES DE QUILOMBOS

# MARCO TEMPORAL COMO RETROCESSO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS

Liana Amin Lima da Silva<sup>11</sup>  
Carlos Frederico Marés de Souza Filho<sup>12</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Um grande avanço na legislação e na ação governamental brasileiras ocorreu em relação à proteção dos direitos dos povos e das populações tradicionais durante o processo de redemocratização (1980-1988), em função da mobilização e organização dos povos indígenas. Finalmente, coroando a mobilização, a Constituição brasileira de 1988 garantiu a integridade dos territórios indígenas e, pela primeira vez, desde a abolição da escravatura (1888), reconheceu a existência de comunidades quilombolas e seu direito a territórios.

Após 27 anos da promulgação da Constituição, uma investida do Poder Legislativo, acompanhada por decisões de relativização de direitos territoriais coletivos, vem ocorrendo com intensidade nos últimos anos. No campo legislativo há um conjunto de propostas de leis e de alterações da Constituição para reduzir o poder da administração de reconhecer e demarcar terras, reduzindo a possibilidade de efetivação do direito. Enquanto isso, as decisões judiciais, especialmente da Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal - STF), têm tentado relativizar alguns direitos. Um destes é a decisão de apenas reconhecer direitos territoriais de povos que estivessem em pleno

---

11 Doutoranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade (PUCPR). Bolsista PDSE-CAPES/estágio de doutorado na Universidade Nacional da Colômbia (UNAL). Professora colaboradora na Licenciatura Indígena em Políticas Educacionais e Desenvolvimento Sustentável (UFAM). Integrante do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica.

12 Professor Titular de Direito Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Líder do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica. Doutor em Direito pela UFPR.

gozo de posse das terras em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, sem levar em conta o contínuo e violento desapossamento de terras ocorrido no passado remoto e recente.

Alguns dos dispositivos propostos legislativamente são claramente inconstitucionais. Ocorre que o guardião da constitucionalidade é justamente o STF que, por sua vez, também tem tido uma política de fragilização de direitos, o que coloca em risco os avanços adquiridos na luta social.

Entre as ameaças de violação de direitos no Legislativo, destaca-se a proposta de emenda à Constituição, a PEC n. 215/2000, que pretende alterar a competência de demarcação de terras, estabelecendo que só o Congresso Nacional pode fazê-la, o que é inconstitucional por violar a separação de poderes. Há outros exemplos de maior ou menor repercussão, e todos dificultam ou diretamente propõem o uso não comunitário das terras<sup>13</sup>.

Além de não ser consultada, como determina a Convenção 169 da OIT, tem sido vedada a participação de representantes desses povos durante o processo legislativo, especialmente nos espaços das comissões, que tratam e aprovam a matéria no âmbito do Congresso Nacional. Esse fato gerou protestos e retomada da mobilização nacional indígena, que teve forte repressão policial na manifestação de dezembro de 2014<sup>14</sup>.

Sobre as decisões recentes do STF, que envolvem assuntos indígenas, dois casos são emblemáticos: o que foi favorável à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, dos povos Macuxi, Wapixana, In-

---

13 A PEC 237/2013 visa tornar possível a posse indireta de terras indígenas a produtores rurais na forma de concessão. Registram-se, entre os projetos de leis: o PL n. 1610/1996, que dispõe sobre mineração em terras indígenas; PL n. 273/2008, que trata das rodovias, ferrovias e hidrovias localizadas em terras indígenas como áreas de relevante interesse público da União, e, ainda, o PL n. 349/2013, que tem como objetivo impedir que terras ocupadas por indígenas em processo de retomada sejam demarcadas ou continuem os estudos para constituição como terras indígenas.

14 Notícias relacionadas: <http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/indigenas-sao-reprimidos-em-protesto-contr-a-pec-215-na-camara-e-seis-sao-presos-pela-policia>; <https://mobilizacaonacionalindigena.wordpress.com/2014/12/02/pec-215-relatorio-sob-suspeita-de-ter-sido-elaborado-pela-cna-pode-ser-votado-amanha/>.

gariko, Patamona e Taurepang de Roraima (2009), e o da Terra Indígena Caramuru Catarina Paraguasu, do povo Pataxó Hã-Hã-Hãe do sul da Bahia (2012). Em ambos, o STF confirmou a garantia constitucional do direito à terra indígena (art. 231, §1).

No caso Raposa Serra do Sol, o STF previu condicionantes que são restritivas aos direitos indígenas. No voto do relator ministro Ayres Britto, surgiu-se a tese do critério do “marco temporal” como requisito objetivo para comprovação da posse indígena, relativizando o direito originário à terra estabelecido na Constituição.

Posteriormente, sobre o caso Pataxó Hã-Hã-Hãe, julgado em 2012, o STF reconheceu o direito originário dos povos indígenas às terras tradicionais, em conformidade ao que dispõe o caput do art. 231 §6º, considerando nulos os títulos de propriedades de terras incidentes na Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu, apesar de os indígenas não estarem na terra em 1988, de onde haviam sido retirados forçosamente três décadas antes.

Apesar da decisão de 2012, tem ganhado força a tese negativa dos direitos entre juízes, legisladores e integrantes do Poder Executivo, interessados em minimizar direitos indígenas e de outras populações tradicionais, com o claro interesse de utilizar suas terras. A análise do marco temporal não resiste, porém, a uma análise isenta e mais aprofundada do direito das coletividades.

## 2 INDIGENATO: ENTRE O PASSADO, O PRESENTE E O FUTURO

O instituto do indigenato existe desde o período colonial, ao considerar as “*terras possuídas por hordas selvagens coletivamente organizadas*, cujas posses não estão sujeitas à legitimação, visto que o seu título não é a *ocupação*, mas o *indigenato* (Alvará de 1º de Abril de 1680)”<sup>15</sup>.

15 MENDES JUNIOR, João. Os Indígenas do Brasil. Seus Direitos individuais e políticos. Terceira Conferência. VII - Situação dos índios na República. Atribuições cumulativas da União e dos estados federados em relação aos índios. O Estado de São Paulo com a missão providencial análoga à do Apóstolo das Gentes. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912, p. 64.



Os indígenas foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras, como expressamente reconhecia o Alvará Régio. O fundamento do direito deles às terras está baseado no “indigenato”, que não é direito adquirido, e sim congênito<sup>16</sup>.

Tal direito – congênito e originário – dos indígenas sobre suas terras, independente de titulação ou reconhecimento formal, consagrado ainda no início do processo de colonização, foi mantido no sistema legal brasileiro, por meio da Lei de Terras de 1850 (Lei 601 de 1850), do Decreto 1318, de 30 de janeiro de 1854 (que regulamentou a Lei de Terras), da Lei nº 6.001/73, das Constituições de 1934, 1937 e 1946 e da Emenda de 1969. Nos anos 1990, a garantia do direito originário dos povos indígenas às suas terras passou a se alicerçar sobre o estudo minucioso da territorialidade dos diferentes povos indígenas, considerando-se não apenas seus usos passados e presentes, mas também a perspectiva de uso futuro, tudo isso “segundo seus usos, costumes e tradições”, conforme o artigo 231 do texto constitucional<sup>17</sup>.

O direito originário (expressão utilizada pela Constituição de 1988) sobre as terras que ocupam está intrinsecamente ligado ao direito de organização social própria, ao direito de se constituírem como sociedades tradicionais autônomas, que não é outra coisa senão o velho indigenato juridicamente muito mais bem composto. Agora, pode-se dizer que são direitos étnicos, reconhecidos internacionalmente.

Nesse sentido, Mendes Júnior afirmava sobre o princípio da autonomia das tribos: “[...] a verdade é que ficou firmado o princípio da autonomia das tribos, desde que o próprio rei de Portugal as declarava isentos de sua jurisdição [sic] (Provisão de 09 de

---

16 TOURINHO NETO, Fernando da Costa (Juiz). Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. Cartilha jurídica, n. 20. Brasília-DF: Poder Judiciário. Tribunal Federal da 1ª Região, 1993.

17 FUNAI. Direitos originários. Em que consiste o direito originário dos povos indígenas às terras que ocupam? Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>>.

março de 1718)”. E: “respeitando não só a autonomia como tribos enquanto não constituírem municipalmente, como também o seu domínio sobre as terras em que se acharem estabelecidos com posse congênita<sup>18</sup>.”

Para os povos indígenas, nunca houve uma preocupação em titular a terra nos moldes civilista, do direito das coisas, porque, para eles, a terra nunca teve esta concepção. “Nós não negociamos direitos territoriais porque a terra, para nós, representa a nossa vida. A terra é mãe, e mãe não se vende, *não se negocia. Mãe se cuida, mãe se defende, mãe se protege*” (Sonia Guajajara, representante da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, APIB, 2013)<sup>19</sup>.

Não quero chegar até o ponto de afirmar, como P.J. Proudhon, nos *Essais d'une philos, populaire*, que “o indigenato é a única fonte jurídica da posse territorial”; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os filósofos gregos afirmavam que o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. Conquanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na frase do Alv. 1º De Abril de 1680, “a primária, naturalmente e virtualmente reservada”, ou na frase de Aristoteles (Polit., I, n. 8) – “um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento”. Por conseguinte, o indigenato não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem<sup>20</sup>.

Assim como estabelece o art. 25 da Lei nº 6.001 de 1973 (Estatuto do Índio), a posse permanente das terras indígenas independará

18 MENDES JUNIOR, op.cit., p. 30; p. 67.

19 GUAJAJARA, Sonia. Discurso na Comissão Especial sobre a PEC 215. Mobilização Nacional Indígena convocada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, APIB, Brasília, 2013. In: Índio, Cidadão? O Filme. Direção por Rodrigo Arajeju, 2014. Disponível em: <<http://indiocidadao.org/>>.

20 MENDES JUNIOR, 1912, p. 58.



de sua demarcação. E, consagrado, desde então, está pela política indigenista do Estado brasileiro, de que a demarcação não dá nem tira direito, apenas evidencia os limites das terras indígenas.

Tourinho Neto, já na década de 1990, analisando o direito constitucional indígena, demonstrava que o “conceito de posse civil não pode ser aplicado aos índios. A posse deles é imemorial, dentro de uma visão sociológica e antropológica.” Explica ainda que:

para identificar se uma posse é indígena, é preciso observar se há, ainda, na área, palpitante influência indígena, demonstrativa de que, há não muitos anos, os índios ali tinham o seu habitat— tradicionalmente a ocupavam — e que dali foram expulsos, à força ou não<sup>21</sup>.

Nesse sentido, as lições de Zea (2005) sobre os conceitos antagônicos de civilização X barbárie apontam para a compreensão dos processos e das ideologias coloniais, que permanecem até os dias atuais no tratamento de subalternização das gentes latino-americanas.

Estados Unidos, de seu peculiar conceito de civilização, buscará impor-se sobre a barbárie, e mais do que sobre a barbárie, sobre a selvageria de povos nos quais verá algo menos que povos de homens, povos por isto de difícil incorporação à civilização da qual ela já é o centro, a civilização ocidental. Já não se falará de bárbaros, como parte da natureza da selva. De primitivos que não evoluíram biologicamente. Indígenas, gente que está ali, mas não se sabe o que é, nem se está seguro que forme parte da humanidade. Uma civilização que não contempla a incorporação de povos de etnia distinta. Uma civilização excludente<sup>22</sup>.

21 TOURINHO NETO, 1993, p. 25.

22 ZEA, Leopoldo. Discurso desde a marginalização e a barbárie; seguido de *A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p.185.

Essa visão marca a América inteira:

A aristocracia latifundiária da colônia, dona do poder, conservou intactos seus direitos feudais sobre a terra, e por consequência, sobre o índio. [...] A república devia elevar a condição do índio. E, contrariando seu dever, a república pauperizou o índio, agravou sua opressão e exasperou sua miséria. A república significou para os índios a ascensão da nova classe dominante que se apropriou sistematicamente de suas terras. Em uma raça com costume e alma agrárias, como a raça indígena, esse despojo foi a causa de uma dissolução material e moral. A terra sempre foi toda alegria do índio. O índio desposou a terra, sente que ‘a vida vem da terra’ e volta à terra. Finalmente, o índio pode ser indiferente a tudo, menos à posse da terra que suas mãos e seu alento lavraram e fecundaram religiosamente<sup>23</sup>.

O capítulo VIII da CF, intitulado “Dos Índios”, em seu art. 231, prevê o reconhecimento da organização social, os costumes, as crenças, tradições e os direitos originários das terras que os índios tradicionalmente ocupam.

O reconhecimento do direito originário deve ser feito com base no direito à memória, à verdade e à reparação, por meio dos depoimentos dos velhos, anciãos, rezadores, xamãs e sábios das aldeias. Alguns quase centenários ainda vivos são testemunhas de massacres ocorridos e da expulsão de suas comunidades da terra.

O contrário disso é o discurso anti-indígena, inconcebível, de contrapor o direito originário à impossibilidade de desapropriar todo o território nacional ou afetar grandes cidades como São Paulo ou Rio de Janeiro. O direito originário a terras não significa restaurar um passado já irreal, mas garantir um futuro possível. É surpreendente que a Corte

<sup>23</sup> MARIÁTEGUI, José Carlos. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. Tradução de Felipe José Lindoso. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Clacso, 2010, p. 63.

Constitucional reproduza discurso ideológico, leigo e vazio como este, que busca, pelo absurdo, esvaziar o conteúdo da Constituição<sup>24</sup>.

A Constituição, em 1988, apontou para uma perspectiva descolonial, ao não só permitir como também garantir que os povos indígenas, ou o que sobrou deles, pudessem seguir e existir com a liberdade de ser povo, culturalmente diferenciado da sociedade dominante<sup>25</sup>.

Os direitos territoriais das comunidades quilombolas, por sua vez, estão previstos no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ressalta-se ainda o capítulo III da CF, em seu art. 216, que dispõe que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver. Com base na previsão constitucional, portanto, considera-se a concepção de direitos étnicos em que são indissociáveis os direitos culturais e os direitos territoriais.

Para Walsh, ao se negarem como sujeitos individuais e se postularem como povos e nacionalidades com direitos coletivos, que, desde sua diferença cultural e epistêmica, propõem outras concepções de nação, democracia e conhecimento, não só para eles, mas para o conjunto da sociedade, perturbam a lógica multicultural do capitalismo global que parte da diversidade étnico-cultural, e não da diferença colonial<sup>26</sup>.

Aos povos indígenas, assegura-se o direito às terras, aos territórios e a outros recursos, devendo essa especial relação ser respeitada, a fim de se preservar as culturas e os valores espirituais, particularmente os aspectos coletivos dessa relação (arts. 26 e 27 da Declaração

---

24 A população indígena no Brasil não chega a 0,5% da população nacional, conforme CENSO 2010, tratando-se de minorias étnicas que nunca manifestaram interesse de reivindicar territórios de municípios, muito menos tornarem-se nações independentes, na concepção do direito internacional.

25 São 305 etnias indígenas no Brasil, falantes de 274 línguas, conforme CENSO 2010.

26 WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y (de)colonialidad*. Ensayos desde Abya Yala. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2012, p. 35.

das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas – ONU, 2007 – e arts. 13 e 14 da Convenção n. 169 – OIT, 1989)<sup>27</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH, 2001), julgando o caso *Mayagna Awas Tingni Indigenous vs. Nicaragua*, precedente a nível internacional, reconheceu que os povos indígenas, em virtude de sua existência, têm o direito de viver livremente em suas próprias terras e ter seus direitos ligados a ela. A Corte considera a estreita ligação dos povos com suas terras tradicionais, ampliando a interpretação do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) para atingir também os recursos naturais ligados à sua cultura e que se encontrem em seus territórios, assim como os elementos incorporados que se desprendam deles<sup>28</sup>.

A Corte passou a interpretar o art. 21 da Convenção Americana (Pacto de San José) à luz do art. 29.b da Convenção, o qual proíbe interpretar algum dispositivo da Convenção, no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido, de acordo com as leis internas do Estado em questão ou de acordo com outra convenção na qual seja parte o Estado. Destaca-se, ainda, a interpretação da Corte IDH em convergência com os princípios e direitos previstos na Convenção n. 169 da OIT e a Declaração da ONU de 2007.

---

27 A Convenção 169 da OIT foi ratificada pelo Brasil em 2002, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, sendo promulgada pelo Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004.

28 OEA. Corte IDH. Caso *Mayagna Awas Tingni Indigenous Community*. Comunicado à Imprensa n. 23, de 28 de setembro de 2001. Posteriormente a Corte IDH firmou o mesmo entendimento em casos similares: OEA. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentença de 17 de junho de 2005; OEA. Corte IDH. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Sentença de 29 de março de 2006, § 118; OEA. Corte IDH. Caso *Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. Sentença de 28 de novembro de 2007.

## 2.1 STF e a reafirmação do direito originário: Caso Pataxó Hã-Hã-Hãe (BA) e o Caso Krenak (MG)

Em ambos os casos, do povo Krenak, no estado de Minas Gerais, em 1993, e do povo Pataxó Hã-Hã-Hãe, na Bahia, em 2012, o STF entendeu que os povos haviam deixado há muito tempo suas terras, pressionados pelos respectivos governos estaduais, que chegaram a proceder às titulações como se terras devolutas fossem. O argumento dos julgamentos foi no sentido de que a comunidade e a terra estão umbilicalmente ligadas, de tal forma que a perda da terra pode levar à extinção da comunidade a longo prazo ou, dito consoante à norma constitucional, para garantir o direito à existência da comunidade, há que se garantir o direito à terra<sup>29</sup>

O caso recente dos Pataxós Hã-Hã-Hãe é um caso emblemático. O STF, ao julgá-lo parcialmente procedente (ACO n. 312, em 02 de maio de 2012), reafirmou o instituto do indigenato na ação que reivindicava a demarcação do território do povo Pataxó Hã-Hã-Hãe, no sul do estado da Bahia. Declarou, também, a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estivessem localizadas dentro da área da Reserva Indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu do Povo Pataxó Hã-Hã-Hãe.

A decisão confirmou o direito congênito dos povos indígenas às suas terras e efetivou o que dispõe o art. 231 da Constituição, reconhecendo que as terras indígenas são fundamentais para a sobrevivência física e cultural dos indígenas. O voto do Min. Ayres Brito ratificou o entendimento do valor intrínseco e transcendental da terra ancestral para os povos indígenas, considerando que “a terra é um totem horizontal, é um espírito protetor, é um ente com o qual ele mantém uma relação umbilical”. Afirmou ainda que, “para o índio, a terra não é um bem mercantil, passível de transação”. Vale destacar a relevância dessa decisão por ser posterior ao caso Raposa Serra do Sol que trataremos adiante.

---

29 V. MARES, *A constitucionalidade do direito quilombola*, 2015.

### 3 STF E A INVENÇÃO DO MARCO TEMPORAL

#### 3.1 Caso Raposa Serra do Sol (RR)

No caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (povos Ingarikó, Taurepang, Patamona, Wapixana e Macuxi)<sup>30</sup>, em Roraima, apesar de ter sido favorável à demarcação da terra indígena, num caso complexo em que envolve faixas de fronteiras, a decisão apresentou pontos polêmicos, como as 19 condicionantes propostas pelo Min. Menezes Direito.

Em relação às 19 condicionantes, o STF as considerou como necessárias para “explicitar o usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva graves controvérsias”. Contudo, considera-se uma interpretação restritiva da Constituição, pois o STF ignora o direito à consulta prévia, ao criar norma abstrata de conduta e apontar no sentido oposto do que dispõe a Convenção 169, seja por não mencionar o direito da consulta prévia ou violar expressamente no sentido de vedar o direito de consulta e consentimento.

O posicionamento do ministro Menezes Direito<sup>31</sup> acaba por demonstrar que o STF segue na contramão do que dispõe a Corte IDH sobre consulta e consentimento livre, prévio e informado.

---

30 Supremo Tribunal Federal (STF). Petição 3.388, Roraima, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/04/2009, Data de Publicação: DJe-071, DIVULG. 16/04/2009 (PUBLIC. 17/04/2009). Petição 3.388-4 Roraima. Referência à consulta prévia e Conv. 169 da OIT. Voto -Vista Min. Marco Aurelio. p. 62, 63, 66.

31 “Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção no 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional” (fl.408). Supremo Tribunal Federal (STF). Acórdão. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima; Julgamento Plenário, Data: 23/10/2013. Citações: parágrafos 67 (pág. 29).



Com base nas condicionantes fixadas pelo STF na Petição 3.388 (RR), o Advogado Geral da União, Luiz Inácio Adams, publicou a Portaria 303 da Advocacia Geral da União (AGU), de 16 de julho de 2012, dispondo sobre as “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, a fim de normatizar a atuação das unidades da AGU. A Portaria, apontada como inconstitucional, foi suspensa até o julgamento dos Embargos de Declaração pelo STF sobre os limites da decisão no caso Raposa Serra do Sol.

Em relação aos Embargos de Declaração, destacou-se o questionamento da Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat, de que “não cabe ao STF traçar parâmetros abstratos de conduta, máxime em contexto em que os mesmos não foram sequer objeto de discussão no curso da lide” (fl.10.158). Desse modo, o STF esclareceu que “a decisão proferida na Petição 3.388 não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas”.

Sobre as 19 condicionantes consideradas “pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação”, a Corte Constitucional apregou:

Embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões<sup>32</sup>

O ponto controverso que nos interessa e que vem refletindo em outros casos de demarcação de terras surgiu no voto do relator Ministro Carlos Ayres Britto. O relator fixou o marco temporal (marco objetivo) da ocupação para fins de demarcação das terras indígenas como sendo a data da promulgação da Constituição Federal, que deverá ser verificado conjuntamente com o marco da tradicionalidade.

---

<sup>32</sup> Supremo Tribunal Federal (STF). Acórdão. Embargos de Declaração na Petição 3.388 Roraima; Julgamento Plenário, Data: 23/10/2013. Citações: parágrafos 49, 55, 58 (pág. 21, 23, 25).

Ocorre que esse fundamento significa restrições aos direitos originários dos povos indígenas garantidos na própria Carta Constitucional, a exemplo do recente acórdão do STF, afetando os Guaranis Kaiowás (Terra Indígena Guyraroka – Mato Grosso do Sul). Nesse acórdão, a Segunda Turma “reafirma as diretrizes que o Plenário do STF estabeleceu na decisão proferida na Pet. 3.388/RR, notadamente aquela que definiu como marco temporal ineliminável, o dia 05/10/1988, data da promulgação da vigente Constituição da República”, declarando a nulidade do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Guyraroka<sup>33</sup>

Nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Ministra Cármen Lúcia, retomou-se o fundamento do “marco temporal”. Desconsidera-se que esses povos – Guarani Kaiowá (sul do Mato Grosso do Sul) e Avá Guarani (do oeste do Paraná) – foram expulsos de suas terras ancestrais no período da ditadura militar no Brasil (o que ficou evidente no Relatório da Comissão Nacional da Verdade Indígena, publicado em dezembro de 2014)<sup>34</sup>, e hoje muitas das comunidades se encontram em processo de reivindicação e reconquista de seus direitos originários que foram usurpados.

O voto do relator Min. Gilmar Mendes destaca que “o marco temporal relaciona-se com a existência da comunidade e a efetiva e formal ocupação fundiária”, não se compreendendo como posse imemorial.

Nesse sentido, o STF nega a existência jurídica de determinadas comunidades e povos, ao alegar que, mesmo que a proteção do direito à terra indígena já esteja garantida pela Constituição anterior, se considera a data da promulgação da CF para fins de verificação do fato em si da ocupação fundiária. Essa posição até o presente momento

---

33 Supremo Tribunal Federal (STF). Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087 DF, decisão em 16/09/2014. Inteiro teor do acórdão. Extrato de Ata: p. 71-73.

34 Texto 5: Violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. Expulsão, Remoção e Intrusão de Territórios Indígenas. In: Relatório: textos temáticos/Comissão Nacional da Verdade. Brasília: CNV, 2014. Vol. II, p. 208-217. Disponível em: <[http://www.cnv.gov.br/images/relatorio\\_final/Relatorio\\_Final\\_CNV\\_Volume\\_II.pdf](http://www.cnv.gov.br/images/relatorio_final/Relatorio_Final_CNV_Volume_II.pdf)>.

refletiu mais dois casos no que concerne a terras indígenas: Caso Guiraroka (Guarani Kaiowá, MS) e Caso Limão Verde (Terena, MS)<sup>35</sup>, e apareceu no julgamento em curso sobre a constitucionalidade do decreto que regulamenta as terras quilombolas, que trataremos adiante.

### 3.2 O julgamento da ADI 3239 (Terras quilombolas)

Registra-se a tensão atual vivida pelos quilombolas ao aguardar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3239), ajuizada em 2004 pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Partido Democrático (DEM), representando interesses da bancada ruralista no Congresso Nacional.

Nessa ação, se questiona a constitucionalidade do Decreto nº 4.887, que regulamenta os procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de terras quilombolas. Dentre os questionamentos, a ADI: ataca o critério da autoatribuição, incorporado pelo Decreto nº 4887 com base na Convenção 169; alega que esse Decreto estaria ferindo o princípio da legalidade por ser um decreto autônomo; menciona que aquelas normas deveriam ter passado pelo processo legislativo; que a caracterização do território quilombola, fundado na reprodução física, social, econômica e cultural do grupo étnico, é por demais abrangente e, finalmente, que o Decreto cria uma nova modalidade de desapropriação inexistente no ordenamento jurídico, possibilidade apenas consignada à lei formalmente criada.

O julgamento está em andamento e até o momento foram publicados dois votos, sendo um do então relator ministro Cezar Peluso (em 18 de abril de 2012), pela inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887, e outro da ministra Rosa Weber (em 25 de março de 2015), pela constitucionalidade. O último voto, apesar de bem fundamentado,

---

35 STF. ARE 803.462-AgR/MS. Decisão publicada no DJ de 12.2.2015. Relator Ministro Teori Zavascki. (V. Informativo 771). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo774.htm#transcricao1>>.

inclusive ao citar os casos da Corte IDH<sup>36</sup>, merece atenção especial, porque a ministra retoma a interpretação do marco temporal para as terras quilombolas.

No voto do relator, observa-se a restrição da aplicação do art. 68 do ADCT com a concessão das áreas de quilombos aos seus ocupantes tradicionais, que neles se encontravam radicados na data de promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988.

Ocorre que, na interpretação literal da Constituição, não há menção à data da promulgação para finalidade de comprovação da posse. A confusão que pode estar sendo feita é em relação ao art. 67 do ADCT, em que a Constituição estabelece prazo para que a União conclua a demarcação das terras indígenas (prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição).

O art. 68 estabelece que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

A Constituição não faz menção ao critério do marco temporal, sendo este uma invenção jurídica que vem sendo consolidada na interpretação do STF. Assim, observamos no recente voto da Ministra Rosa Weber (STF, ADI 3239, Voto Vista, 25/03/2015, p. 44):

4.4.4. A efetiva posse das terras em 05 de outubro de 1988 é requisito essencial à proteção do art. 68 do ADCT, porquanto consta expressamente do texto constitucional quando identifica seus destinatários. Tal emerge tanto da topologia da norma, situada no ADCT, vale dizer, voltada a situação temporalmente definida e que se pretende logo superada – quando da flexão verbal – “estejam ocupando”, a assinalar o momento da promulgação da Constituição como o marco definidor de sua incidência.

---

36 Corte IDH. Caso *del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentença de 27 de junho de 2012 (série C, n. 245). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)>. Corte IDH. Caso *del Pueblo de Saramaka vs. Surinam*. Sentença de 28 de novembro de 2007 (série C, n. 172). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>.

O voto da Ministra Rosa Weber consta expressamente que, no texto constitucional, não é a data da promulgação efeito de verificação da posse, mas sim a identificação dos destinatários da norma (remanescentes das comunidades dos quilombos) e o requisito de contemporaneidade da territorialidade das comunidades (que estejam ocupando suas terras).

A ministra, por um lado, avança ao afastar a data de 13 de maio de 1888 (promulgação da Lei Áurea que oficializa a abolição da escravatura) para verificar a existência e definição do *status* dos quilombos, referindo-se à Lei Áurea como abolição formal da escravatura.

Esse mesmo raciocínio poderia ser aplicado ao marco temporal da data da promulgação da Constituição, qual seja de que não se pode reduzir a eficácia de um direito fundamental a um marco formal. Em muitos casos, torna-se difícil comprovar a existência de comunidades que até então eram invisibilizadas propositadamente pelo sistema jurídico vigente.

Ao decidir sobre o caso emblemático “Invernada Paiol de Telha”, em 2013, os desembargadores do TRF da 4ª região, por 12 votos contra três, votaram a favor da constitucionalidade do Decreto nº 4.887, em arguição de inconstitucionalidade suscitada em ação que questionava o processo administrativo de titulação da área da comunidade Invernada Paiol de Telha, no interior sul do estado do Paraná<sup>37</sup>.

As terras quilombolas expressas no art. 68 não seguem o modelo jurídico engendrado para as terras indígenas. A Constituição considera as terras indígenas, determinadas pela ocupação tradicional, como bens da União com posse permanente e usufruto exclusivo do povo ocupante. O modelo é forte, mas juridicamente contraditório:

Foi atribuída à União a propriedade das terras indígenas, esta propriedade não tem nenhuma razão de ser porque todo o conteúdo do direito de propriedade é coletivo, do povo ocupante, com exceção da disposição, mas são terras indisponíveis. Este

---

37 TRF 4. Caso Invernada Paiol de Telha. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2009.04.00.000387-9 (TRF). Processo Nº 5014982-48.2011.404.7000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - PR).

modelo não foi aplicado às terras quilombolas, a propriedade não foi repassada à União, mas à coletividade. O modelo federal indígena é do começo do século XX, quando o direito coletivo era impensável para o sistema jurídico; neste século XXI já está consagrado o direito coletivo para o meio ambiente, a natureza, o patrimônio cultural e de povos tradicionais<sup>38</sup>.

O Decreto não cria modalidade de desapropriação, apenas encaminha administrativamente para que se utilizem os instrumentos de desapropriação disponíveis no sistema jurídico brasileiro para resolver o conflito. O teor dos argumentos da ADI é ideológico e se prende à ideia de que os quilombos não deveriam existir. O argumento se assenta no pressuposto que, se alguém, em algum momento, desconhecendo ou desprezando a presença quilombola, concedeu um título de propriedade sobre a área deste povo, nenhum direito sobrevém ao povo. Dito de outra forma, se o Estado ou a União ou outros poderes nem sempre claramente definidos concedem sobre uma terra quilombola um título de difícil anulação, como de resto são quase todos os grilos de terra, nenhum direito remanesce aos quilombolas, ou seja, ficariam atadas as mãos do Estado para cumprir a vontade constitucional.

Ressalta-se que o art. 68 (ADCT) é de aplicação imediata, pois a Constituição Federal de 1988 não permite que uma norma geradora de direitos fundamentais fique inaplicável por falta de lei regulamentadora, conforme o que dispõe o art. 5º, § 1º.

Dessa maneira, apresenta-se o critério da autoatribuição na Convenção n. 169 da OIT: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção”. Ou seja, são os próprios grupos que se autodefinem e se autodenominam, conforme sua identidade étnica.

Salienta-se que qualquer definição étnica que não seja por autoatribuição torna-se racismo, seja para negar, seja para determinar.

---

38 MARÉS, 2015, p. 84-85.



No princípio consagrado da autoatribuição, não há dúvida de que a decisão é da comunidade. É esta, e somente esta, que define quem a integra como membro e quem escolhe suas hierarquias internas e as formas de tomada de decisão<sup>39</sup>

### 3.3 Marco temporal e PEC 215

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 215 visa alterar o art. 231 da CF e o art. 68 do ADCT, representando um retrocesso nos direitos étnicos territoriais garantidos pela Constituição. O objetivo central é alterar a competência exclusiva do Poder Executivo federal para demarcação de terras indígenas, transferindo-a ao Poder Legislativo (Congresso Nacional).

Não obstante esse intento, no recente parecer da PEC 215, publicado pelo relator deputado Osmar Serraglio (setembro, 2015), surgiram acréscimos projetados no Substitutivo, com base na orientação do STF, quando do julgamento da Pet. 3.388/RR, baseados nas 19 condicionantes para a demarcação de terras indígenas e no critério do marco temporal<sup>40</sup>.

O relatório se baseou no entendimento do STF de que a Constituição trabalhou com data certa, qual seja a data da sua promulgação, 05 de outubro de 1988, “como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene”. Quando dos Embargos Declaratórios, o STF reconheceu a impossibilidade de transmutar em vinculante a decisão, mas assentou sua força jurisprudencial.

---

39 Nesse sentido, nos aponta: MARÉS, Carlos Frederico. *A constitucionalidade do direito quilombola*, 2015.

40 SERRAGLIO, Osmar. Deputado relator. Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 215-A, de 2000, do Sr. Almir Sá e outros, que “acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o §4 e acrescenta o §8. No art. 231, da Constituição Federal” (inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas, estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei), e apensadas (PEC 215-00). Câmara dos Deputados. 29/09/2015.

O relatório se baseia ainda na decisão recente (16.09.14) da Segunda Turma do STF, ao dar provimento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29087, reconhecendo não haver posse indígena em relação a uma fazenda, em Mato Grosso do Sul, que havia sido declarada, pela União, como área de posse imemorial (permanente) da etnia Guarani-Kaiowá, integrando a Terra Indígena Guyraroká.

A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJE 24.9.2009).

A decisão no referido RMS 29087-STF foi aprofundada no relatório da PEC 215, referindo-se ao argumento defendido pelo Min. Ayres Britto:

[...] Em primeiro lugar, 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. Isso chegou a ocorrer após a Constituição de 1946, mesmo tendo ela assegurado o direito deles sobre suas terras.

Nos termos da decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “a comunidade Kaiowá encontra-se na área a ser demarcada desde os anos de 1750-1760, tendo sido desapossados de suas terras nos anos

40 por pressão dos fazendeiros”, mas alguns permaneceram na região, “trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra”. Esse fato é suficiente para legitimar a demarcação pretendida. Todavia, no STF, o Min. Gilmar Mendes defendeu o marco temporal, considerando a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária o dia 05 de outubro de 1988. Em complemento ao marco temporal, o Min. Ayres Britto destacou o marco da tradicionalidade da ocupação.

O relator da PEC 215 na Comissão Especial, deputado Osmar Serraglio, defende a ideia de que se deve “permitir a duplicidade de oportunidades aos índios brasileiros, competindo-lhes escolher entre a permanência em condições típicas de suas etnias ou buscar a interação com os não índios, praticando atos tais quais estes engenham.” Tal entendimento é a antiga política integracionista dos índios à comunhão nacional, que vigorou até a Constituição de 1988.

Outro argumento do relator da PEC 215 é de se permitir “o ajuste de interesses, através de permuta por outras áreas, dizendo que todo o direito necessariamente tem limites”. Ocorre que o relator demonstra não compreender a concepção e o alcance dos direitos coletivos, como as terras tradicionais, em face de direitos individuais, como o direito à propriedade privada. Invertendo o argumento do deputado, por que considerar a propriedade privada um direito disponível de prevalecer sobre direitos de povos que, para sua existência física, cultural e espiritual, dependem do sentido de pertencimento de suas terras ancestrais?

O discurso da importância econômica da produção rural não pode prevalecer sobre os interesses de demarcação de terras indígenas, uma vez que o agronegócio concentra renda nas mãos de poucos, enquanto a função socioambiental das terras indígenas como áreas de preservação e conservação da biossociodiversidade é interesse de todos.

No que se refere ao direito originário às terras indígenas, o deputado se manifesta ironicamente, dizendo: “Alguém dispõe de poder para limitar sua dimensão. A menos que se pretenda seja todo o

território nacional. As consequências dessa delimitação são tão graves que mais evidenciam a necessidade de participação do Congresso Nacional nesse deslinde”.

E quanto à insistência de remover os povos indígenas de suas terras, se referindo à ocupação de outra área que, segundo julga o deputado, “mais adequada a seus desígnios”, mister se faz recordar o princípio da irremovibilidade dos povos indígenas de suas terras, princípio consagrado no próprio art. 231 da Constituição. Este princípio possui amparo na noção de que o vínculo que o povo indígena tem com sua terra ancestral é insubstituível, e a sua existência enquanto povo depende da garantia de sua posse permanente e do usufruto exclusivo dos recursos naturais necessários à sua subsistência física e cultural.

Outro argumento destacado pelo relator é que “sobre interesses indígenas, quem decide, é o Congresso Nacional.” O autoritarismo dessa afirmativa fere o princípio da livre determinação dos povos indígenas e se olvida de que a leitura da Constituição (no que concerne ao uso dos recursos minerais e hídricos de terras indígenas) deve ser feita em conjunto com a Convenção n. 169 da OIT, ratificada pelo Brasil. Como tratado de direitos humanos, incorpora o ordenamento jurídico com natureza supralegal, devendo ser garantido o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado, especialmente nesses casos em que há risco de se afetar a integridade dos povos. Além do mais, há uma divisão de poderes que deve ser observada. A Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a legislação sobre povos indígenas, não a execução dessa legislação como pretende o parlamentar.

A incorporação do critério do marco temporal em propostas de emendas constitucionais afeta também as terras quilombolas (art. 3 da PEC 161/07, que intenta modificar o processo de reconhecimento das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos – art. 68 do ADCT).

Observa-se que os ataques aos direitos étnicos na Constituição vêm sendo orquestrados pela Frente Parlamentar do Agronegócio, que tem a PEC 215 como seu maior triunfo. Ocorre que a PEC 215

é gritantemente inconstitucional; além de violar o princípio da separação dos poderes, a proposta viola os direitos e as garantias fundamentais, o que é inadmissível com fulcro no art. 60, § 4º, IV da Constituição (cláusulas pétreas).

### 3.3.1 Violação ao direito à consulta prévia

O Brasil é signatário da Convenção 169 da OIT. O Poder Judiciário tem sido ainda muito tímido para reconhecer violações a esta Convenção e a outros tratados e tem levado o Estado brasileiro a processos internacionais na Corte IDH.

O direito à consulta prévia está previsto na Convenção n. 169, mediante procedimentos apropriados, por meio das instituições representativas dos povos indígenas e tribais, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (art. 6).

A consulta prévia se fundamenta no direito à livre determinação dos povos indígenas e tradicionais, considerando a perspectiva dos direitos de minorias étnicas, a fim de verificar o direito de decidir suas próprias prioridades no que concerne ao modelo de desenvolvimento que os afetem.

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e buscam espontaneamente seu desenvolvimento econômico, social e cultural<sup>41</sup>. O direito à livre determinação é um direito fundamental, sem o qual não se podem exercer plenamente os direitos humanos dos povos indígenas, tanto os coletivos como os individuais<sup>42</sup>.

As propostas que tramitam no Congresso Nacional agridem o direito à consulta prévia aos povos indígenas, quilombolas e tradicio-

41 Artigo 4, Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais (ONU, 2007).

42 NAYA, James. Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas. In: *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12º período de sesiones, Tema 3 de la agenda. 2009. p. 12-20.

nais. O Estado brasileiro segue descumprindo a Convenção n. 169, apesar de ter demonstrado recentemente sua intenção de regulamentar a consulta prévia.

A Convenção n. 169 da OIT é autoaplicável, e o Congresso Nacional não pode negar a inexistência desse tratado, já que foi ratificado pelo Brasil em 2002. O pior é seguir tentando criminalizar o movimento indígena quando este tenta ingressar no Parlamento, a fim de participar das comissões e pressionar para que seus direitos sejam respeitados e que não haja retrocesso constitucional.

Outro grave problema é a ausência de representatividade das minorias étnicas no Congresso Nacional<sup>43</sup>. Isso certamente poderia ser objeto de emenda constitucional no âmbito de uma reforma política. Cumpre-nos salientar, no entanto, que, mesmo havendo algum tipo de representatividade política no futuro, tal representatividade não equivale ou substitui os processos de consulta prévia referente a cada medida legislativa que venha a afetar os povos e grupos étnicos.

#### 4 EXISTO PORQUE RESISTO. POVOS E TERRITÓRIOS ORIGINÁRIOS CONTEMPORÂNEOS

Convidamos à análise do que dispõe a Constituição, com uma mirada do direito no século XXI, a fim de superarmos a ideologia dominante da modernidade, pois aqui estamos tratando de direitos coletivos de sociedades que sempre estiveram alheias ao direito hegemônico.

Tratamos, portanto, da superação da perspectiva da terra como propriedade privada, assim como lançamos olhares ao direito à vida

<sup>43</sup> Na composição do Congresso Nacional na atual Legislatura, a Frente Parlamentar da Agropecuária, contando com seus grupos aliados, alcançou a maioria dos parlamentares na Câmara dos Deputados (257 do total de 513 deputados), não havendo nenhuma representatividade indígena ou quilombola no Congresso Nacional brasileiro. Diferente de outros países da América Latina, como, por exemplo, na Colômbia (em que os povos indígenas e as comunidades afro-colombianas também são minorias étnicas), que em sua Constituição (artigo 171) estão previstas duas vagas para comunidades negras e uma para indígena na Câmara de Representantes, além de dois senadores eleitos por circunscrição nacional especial por comunidades indígenas.



em sua interpretação ampla. Referimo-nos ao direito à existência enquanto coletividade com identidade étnica, ou seja, enquanto povo.

Seguimos à análise das expressões que têm gerado controvérsia quanto à recente interpretação pelo STF e consequente tentativa do Legislativo em incorporar a tese do marco temporal à Constituição, por meio da PEC 215. Tais expressões são equivalentes para quilombolas (que estejam ocupando suas terras) e para povos indígenas (as terras que tradicionalmente ocupam).

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Art. 68 (ADCT). Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

As expressões “estar ocupando” e “ocupam” significam as terras que dão conteúdo ao grupo étnico. Tratando-se de terras indígenas e terras quilombolas, não se pode restringir a interpretação como se a Constituição se referisse ao sentido jurídico de se comprovar a posse civil.

O legislador constituinte, ao dispor os verbos no presente, não se referiu à data da promulgação da Constituição. O marco temporal como critério objetivo é uma invenção jurídica na interpretação do STF. O tempo verbal no presente do indicativo nos remete à existência contemporânea dos povos indígenas e quilombolas.

Logo, na interpretação literal da Constituição, não encontramos fundamento para o marco temporal de comprovação da “posse indígena” na data da promulgação da Constituição Federal (05 de outubro de 1988). Diferentemente do que a Constituição dispõe no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é o prazo de cinco anos do dever da União em concluir as demarcações de terras indígenas a partir da promulgação, o que não foi cumprido pelo Estado brasileiro.

Os processos históricos de esbulho, invasão de terras e expulsão de comunidades foram na maior parte legitimados por títulos concedidos pelo Estado, como se o território ocupado por povos e comunidades tradicionais tratassem de terras devolutas, assim como legitimada e legalizada tem sido a grilagem de terra<sup>44</sup>

Os povos e as comunidades tradicionais seguiram e seguem no limbo da invisibilidade jurídica por serem expoliados e expulsos de suas terras, seja por violência pública, seja por violência privada. Tais povos, resistindo à opressão sofrida, podem temporariamente se distanciar de suas terras originárias, mas não perdem sua identidade étnica, que está intrinsecamente ligada à terra, que originou a concepção de povo e que originou a própria comunidade.

Em suma, é no reconhecimento do sentido de pertencimento à terra que a comunidade se autorreconhece enquanto povo.

que direito está protegido? E a resposta continua a mesma, o que deve ser protegido é a existência, preservação e manutenção da comunidade em toda a sua condição social, econômica e, especialmente, cultural. O que se está preservando é a comunidade, portanto. A terra é condição para a manutenção da comunidade a quem a lei estabelece o direito. É claro que a expressão “ocupam terras” ou “estejam ocupando” não é o mesmo que mantenham posse atual, como tecnicamente seria dito caso o que se estivesse protegendo fosse a posse atual ou contemporânea a 1988.

Nesse sentido, “o Direito justamente está reconhecendo a existência de povos que vivem fora do sistema, que nunca se integraram e, exatamente, se está garantindo o direito de nunca se integrarem, se não quiserem, é o direito de ser coletivamente”.

Logo, para se fazer valer os direitos e as garantias fundamentais expressos na Constituição de 1988, mister se faz garantir o direi-

<sup>44</sup> Nesse sentido, afirma o pesquisador Ariovaldo Umbelino (USP): “metade dos documentos de posse de terra no Brasil é ilegal”. Disponível em: <[www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/metade-dos-documentos-de-posse-de-terra-no-brasil-e-ilegal-7116.html](http://www.cartacapital.com.br/sustentabilidade/metade-dos-documentos-de-posse-de-terra-no-brasil-e-ilegal-7116.html)>. Projetos de Pesquisa (Geografia Humana, USP): Atlas da Terra do Tocantins: estrutura fundiária e grilagem das terras públicas (2014) e Atlas da Terra Brasil (2011).

to à verdade, à reparação e à restituição de terras nos casos de povos indígenas e quilombolas que seguem resistindo, ao lutarem por sua própria existência. Senão, seguiremos omissos testemunhando ataques, massacres e o genocídio em curso, como no caso dos Guarani (especialmente Kaiowá, no sul do Mato Grosso do Sul, e Avá, no oeste do Paraná).

Na fundamentação e nas decisões no âmbito dos tribunais, não deve haver espaço para argumentos do senso comum e racistas, como o que restringe a interpretação do direito originário à terra com a posse imemorial e pré-colonial. Neste sentido, os povos indígenas poderiam reivindicar todo o território do país, especialmente o território onde se desenvolveram cidades e metrópoles brasileiras. Esse discurso político em tom fascista é de um vazio e absurdo em termos jurídicos que não deveria ser propagado e repetido como argumento no âmbito dos tribunais superiores.

Assim como atualizadas as definições de povos e de propriedade no século XXI, também devemos atualizar a interpretação do direito originário à terra desde o surgimento de determinado povo ou comunidade. O sentido de direito congênito permanece, pois se trata de direito que nasce com o nascimento da própria comunidade.

O direito à terra se vincula aos povos e às comunidades tradicionais, assim como tais grupos étnicos se vinculam ao seu território de origem. Esses grupos podem se afastar do seu território, mas não perdem a identidade ligada ao seu lugar de origem, território no qual forjaram sua cultura e sua sociedade.

É preciso, portanto, uma hermenêutica descolonial para aplicação das normas que tratam dos direitos coletivos dos povos e das comunidades tradicionais. É preciso ir além de um olhar tecnicista jurídico para compreender a dimensão e o alcance de determinados termos e categorias jurídicas que não se limitam ao olhar do direito moderno que regulamenta direitos e garantias na perspectiva individual.

Um exemplo de direcionamento de uma interpretação própria aplicada aos direitos dos povos indígenas e tribais é a leitura da Con-

venção n. 169 da OIT quando, em seu artigo 1-3, dispõe que: a utilização do termo “povos” não deverá ser interpretada no sentido dos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas reflexões e nos argumentos expostos no presente trabalho, entendemos que se deve reconhecer a posse da terra ancestral, mas não com critérios restritivos civilistas que têm como base parâmetros e invenções de novas categorias que visam garantir a segurança jurídica no âmbito de direitos individuais. Tal tecnicismo jurídico mais corresponde à ideologia da dominação, exclusão, extinção e integração dos indígenas e de outros povos e comunidades invisibilizados.

A posse ancestral não deve ser reconhecida no passado remoto, mas no futuro dos povos e das comunidades que sobreviveram, resistiram e ainda sobrevivem e resistem à mesma espoliação de que seus antepassados foram vítimas. Deve-se reconhecer a posse do território tradicional com base no direito à existência coletiva e étnica que se vincula à terra, que, por sua vez, é a base onde (re)nasce a identidade de cada povo indígena, de cada comunidade quilombola.

Nesse sentido, para os quilombolas, igualmente há de se entender um direito originário sobre a terra, já que na origem de criação da comunidade há um território que a abriga. A continuidade de existência da comunidade depende do lugar de sobrevivência. Por isso, ao negar o direito à terra como direito originário, nega-se o direito à existência desses povos e comunidades. Os direitos de uns e de outros, indígenas e quilombolas estão equiparados na Convenção n. 169 da OIT.

O direito à terra é um direito congênito. Este existe desde que o povo ou a comunidade nasce, desde sua resignificação de existência. A comunidade possui uma ligação intrínseca com o território que a abriga, autoidentificado como sua terra ancestral, que já abrigava seus antepassados. É como o território no qual se resgata a história de resistência

e luta da comunidade para esta seguir sua existência no presente e no futuro. Desta maneira é válido lembrar que: a demarcação e a titulação não criam o direito, que é originário, preexistente; o procedimento de demarcação e titulação de terras indígenas e quilombolas é simplesmente o reconhecimento externo, amparado pela Carta Constitucional.

## REFERÊNCIAS

ANAYA, James. Una cuestión fundamental: el deber de celebrar consultas. In: *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. 12º período de sesiones, Tema 3 de la agenda. 2009. p. 12-20.

MARÉS, Carlos Frederico. *A liberdade e outros direitos*. Ensaios socioambientais. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

\_\_\_\_\_. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. A constitucionalidade do direito quilombola. In: GEDIEL, José Antonio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; SANTOS, Anderson Marcos dos (Org.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Estudos de casos judicializados. Vol.1. Curitiba: Kairós edições, 2015. p. 66-91.

MARIÁTEGUI, José Carlos. *Sete ensaios de interpretação da realidade peruana*. Tradução de Felipe José Lindoso. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Clacso, 2010.

MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

SILVA, Liana Amin Lima da; MARÉS, Carlos Frederico. Direito Internacional dos Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais na América Latina. In: PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina. *Direitos Humanos na Ordem Contemporânea: Proteção Nacional, Regional e Global*. Vol. VI. Curitiba: Juruá, 2015. p. 259-278.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa (Juiz). Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. *Cartilha jurídica*. n. 20. Brasília: Tribunal Regional da 1ª Região, novembro, 1993.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y (de)colonialidad*. Ensayos desde

Abya Yala. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2012.

ZEA, Leopoldo. Discurso desde a marginalização e a barbárie; seguido de *A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.