

O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A SUPERACÃO DA CONDIÇÃO DO MARCO TEMPORAL DA POSSE INDÍGENA CRIADA PELO STF, NO CASO "RAPOSA SERRA DO SOL"

THE RIGHT TO PROPERTY AT AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE OVERCOMING OF TIME FRAME CONDITION OF THE INDIGENOUS POSSESSION CREATED BY STF, IN THE CASE "RAPOSA SERRA DO SOL"

Artigo recebido em 04/02/2017

Revisado em 05/03/2017

Aceito para publicação em 09/04/2017

George Sarmiento Lins Júnior

Pós-doutor pela Université DAix-Marseille. Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça. Professor associado da Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Danilo Moura Lacerda

Mestrando em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL. Procurador Federal.

RESUMO: O Estado brasileiro aderiu à Convenção Americana de Direito Humanos e se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana, todavia, os Tribunais nacionais não seguem a sua jurisprudência, que tem evoluído para atender as necessidades sociais que se apresentam. O direito de propriedade foi um dos que teve seu conteúdo ampliado por meio da interpretação evolutiva, contemplando o direito dos povos indígenas às terras que ocupam tradicionalmente, contudo, o STF, ao julgar o caso “Raposa Serra do Sol”, contrariou a jurisprudência da Corte Interamericana, impondo diversas condições não previstas em lei para o reconhecimento desse direito.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção Americana de Direitos Humanos. Direito de Propriedade. Interpretação evolutiva. Terras Indígenas. Raposa Serra do Sol.

ABSTRACT: The Brazilian State has acceded the American Convention on Human Rights and submitted to the jurisdiction of the Inter-American Court. However, the National Courts do not follow that jurisprudence, which has been evolved to meet the social needs that are present. The right to property is one of those that has its content expanded through evolutionary interpretation, contemplating the right of the indigenous peoples to the lands they traditionally occupy. However, the STF, when it judged the "Raposa Serra do Sol" case, contradicted the jurisprudence of the Inter-American Court, imposing various conditions not provided by law for the recognition of this right.

KEYWORDS: American Convention on Human Rights. Right to property. Evolutionary interpretation. Indigenous lands. Raposa Serra do Sol.

SUMÁRIO: Introdução. 1 O controle de convencionalidade e a influência das decisões da Corte Interamericana nos julgados do STF. 2 A interpretação evolutiva dos direitos humanos e sua aplicação ao direito de propriedade. 3 O reconhecimento aos indígenas das suas terras comunais pela corte interamericana e o indigenato. 4 O caso raposa serra do sol e o marco temporal para ocupação indígena: desrespeito à jurisprudência da corte interamericana. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, é o principal tratado do sistema interamericano de direitos humanos, em que se elenca expressamente um rol de direitos humanos fundamentais, visando precipuamente a garantia das liberdades individuais, criada em um contexto em que predominava governos ditatoriais na América Latina.¹

No Pacto de São José são criadas a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (artigo 33).

O Brasil não só ratificou a referida convenção, como reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para interpretá-la e aplicá-la².

Dentre os direitos previstos no Pacto de São José da Costa Rica, está o direito à propriedade privada (artigo 21³), contudo, analisando as principais decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que se invocou o direito de propriedade como

¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. **Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Vol. 08/2015, p. 293-316, ago/2015. P. 3-4.

² Decreto 678/92 e Decreto 4.463/2002.

³ Artigo 21. Direito à propriedade privada.

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

fundamento mais relevante, percebe-se sua evolução para garantia da proteção da propriedade coletiva dos povos indígenas das Américas.⁴

A Corte reconhece o direito à propriedade coletiva (comunal), dos povos indígenas, como um direito humano fundamental, devendo os Estados adotarem todas as medidas necessárias para correta delimitação e demarcação de seus territórios, levando sempre em consideração o seu uso tradicional com base em padrões ancestrais.

Diante destas premissas, pretende-se analisar se o Supremo Tribunal Federal-STF, ao julgar o caso "Raposa Serra do Sol", deveria seguir a interpretação dada pela Corte Interamericana ao reconhecer os direitos dos povos indígenas ao seu território tradicional.

Também será avaliado se o STF exerceu um ativismo, excedendo os limites de sua atuação institucional, ao atuar como legislador positivo em detrimento dos direitos das minorias (índios), elencando diversas condicionantes não previstas em lei para o reconhecimento e demarcação das terras indígenas, inclusive com efeitos retroativos à 1988, data da promulgação da atual Constituição.

Dentre estas condicionantes, está o marco temporal da posse indígena sobre o território reivindicado, que vincula o reconhecimento de uma área a comprovação da posse indígena, ou pelo menos o renitente esbulho, em 05 de outubro de 1988.

Este artigo tem o objetivo de estudar o conteúdo do âmbito de proteção do direito de propriedade previsto no Pacto, sob a ótica da jurisprudência da Corte Interamericana, e a influência destas decisões no sistema jurídico interno, assim como analisar se a condicionante do marco temporal da posse indígena criada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, ao julgar o caso Raposa Serra do Sol, desrespeita a jurisprudência da Corte Interamericana.

Será realizada um estudo normativo e analítico, e, portanto, dogmático, mas também se trará uma visão sociológica do problema, imprescindível quando abordamos questões humanitárias, especialmente ligadas a minorias étnicas, sendo ambos os aspectos necessários para desenvolvimento da pesquisa, assim como para encontrar uma solução justa.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA NOS JULGADOS DO STF

Como parte do processo de consolidação do sistema interamericano de direitos humanos, iniciado em 1948, com a celebração da Carta da Organização dos Estados

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

Americanos – OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, foi produzida a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 1969, também denominada Pacto de São José da Costa Rica.⁵

Este Pacto declara pela primeira vez, no sistema regional americano, diversos direitos humanos fundamentais, em uma América Latina que havia a prevalência de governos ditatoriais. Para se ter uma noção do momento histórico, o que traduz a importância desse diploma, quando entrou em vigor no ano de 1978⁶, dos onze países que assinaram originalmente a Convenção, menos da metade tinham governos eleitos democraticamente⁷.

Os direitos previstos no Pacto tinham uma natureza, preponderantemente, liberal, de defesa do indivíduo frente ao Estado, reflexo do contexto histórico do seu surgimento.⁸

Contudo, com o passar do tempo, vão se agregando novos valores ao conteúdo dos direitos ali previstos por meio das decisões da Corte Interamericana, incrementando-se seu âmbito de proteção para atender às necessidades que se apresentavam, com a evolução da defesa dos direitos humanos.

Como bem delineou a Corte de São José no julgamento do caso envolvendo a comunidade indígena Yakye Axa e o Paraguai: "os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento."⁹

O Brasil ratifica a Convenção em setembro 1992, e a promulga no mês de novembro daquele mesmo ano, por meio de decreto presidencial n. 678/1992; já a competência da Corte Interamericana é reconhecida em 1998, sendo promulgada a declaração de reconhecimento apenas quatro anos mais tarde, em 2002, momento em que o Brasil aceita expressamente a competência da Corte para interpretar e aplicar a Convenção, nos termos do seu art. 62¹⁰.

⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direitos internacional público e privado**. 4ª ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 876.

⁶Ano em que o décimo primeiro, dentre os Estados que originalmente assinaram a Convenção, depositou seu instrumento de ratificação.

⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. **Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Vol. 08/2015, p. 293-316, ago/2015, p. 3-4.

⁸ Idem.

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 125.

¹⁰Art. 62 –1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

A Convenção Americana de Direitos Humanos é um tratado que foi devidamente internalizado pelo Estado brasileiro, e independentemente da corrente a qual se filie quanto à hierarquia que esta norma ocupa no ordenamento jurídico nacional (constitucional¹¹, ou supralegal¹²), o Brasil se comprometeu a aceitar a jurisdição da Corte Interamericana, e conseqüentemente, acatar a interpretação que a Corte dá ao conteúdo das normas previstas na Convenção.

Abramovich e Courtis afirmam que a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos como “degrau mais alto da pirâmide normativa local” ou como normas supraleais, e a submissão à jurisdição das cortes internacionais de direitos humanos, obriga os operadores do direito a conhecer a interpretação realizada por estes Tribunais Internacionais¹³.

Após a alteração promovida pela emenda constitucional n. 45, que incluiu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal - C.F/88., permitindo a recepção dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos como normas de hierarquia constitucional, desde que observado o rito especial do processo legislativo para emendar a Constituição, a doutrina passa a admitir a existência de um “bloco de constitucionalidade”, e no caso dos diplomas anteriores à referida emenda, temos um bloco de supralegalidade¹⁴, que inclusive já foi reconhecido pelo STF no julgamento do RE 466.343, que tratou da prisão civil por dívida do depositário infiel, entendendo que a norma que autorizava tal prisão contrariava a Convenção Americana, exercendo um verdadeiro controle de convencionalidade.

Admitida a possibilidade do STF fazer o controle de validade de uma lei interna, usando como paradigma uma norma de direitos humanos previsto em um tratado internacional o qual o Brasil é signatário, no caso específico, a Convenção Americana, precisa-se avançar para que também se levasse em consideração a interpretação que a Corte Interamericana realizava, preenchendo assim o conteúdo normativo das normas da Convenção Americana.

Seguindo esta premissa, ao se realizar o controle de convencionalidade deve ser considerado não apenas o texto da norma prevista no tratado internacional, mas também a interpretação que a Corte internacional competente fez daquela norma.

¹¹ Posição minoritária do STF, HC 96.772/SP.

¹² Entendimento majoritário do STF, HC 90.172/SP.

¹³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 91.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando à sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009, p. 259-260.

É o que André de Carvalho Ramos chama de “controle de convencionalidade aplicado”:

Mas este controle de convencionalidade não pode se limitar a meramente citar o texto da convenção ou tratado de Direitos Humanos: urge que o Brasil, por meio do seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um controle de convencionalidade aplicado, ou seja, que utilize a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes tratados.¹⁵

O Brasil reconheceu a competência da Corte Interamericana para interpretar e aplicar as normas da Convenção Americana, não sendo coerente que o Estado brasileiro por meio de seu Supremo Tribunal simplesmente ignore o conteúdo de suas decisões.

Se o Brasil quer realizar uma proteção séria e efetiva dos direitos humanos, especialmente dentro do contexto do sistema regional americano, é necessário que o STF no exercício rotineiro de suas atribuições, tenha como uma prática perene, a observância das normas sobre direitos humanos da Convenção Americana e a deferência aos precedentes da Corte Interamericana, pois além do país ter se submetido legalmente à sua jurisdição e aceitado as interpretações que viessem a ser realizadas, a utilização da jurisprudência da Corte de São José é um reforço hermenêutico de peso para justificação das decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

Apresentadas as premissas que justificam a vinculação do sistema jurídico interno e das decisões do STF às normas do Pacto de São José e às interpretações da Corte Interamericana; será realizada uma análise do direito de propriedade previsto no artigo 21 da Convenção Americana, assim como do seu conteúdo, estudando a jurisprudência da Corte Interamericana.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando à sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009, p. 245.

2 A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Os direitos fundamentais previstos na Convenção Americana tinham originariamente um cunho eminentemente individual, com forte influência liberal, visando a garantia precípua do indivíduo frente ao Estado.¹⁶

Com a consolidação da democracia, especialmente na América Latina, vai se abrindo espaço para o avanço de uma proteção mais efetiva dos direitos humanos, permitindo uma releitura dos direitos previstos no Pacto de São José.¹⁷

O desenvolvimento da sociedade, com a ampliação da complexidade das relações sociais, impõe que os direitos humanos sejam interpretados de uma forma que permita atender às novas necessidades para atingir suas finalidades.¹⁸

Igualmente, a consolidação de direitos fundamentais básicos já reconhecidos na ordem supraestatal¹⁹, condicionam o sistema jurídico interno, e influenciam na interpretação das normas, mudando o seu alcance e ampliando o seu conteúdo.

É por meio da interpretação que se procede a adequação dos tratados às novas necessidades. A Convenção de Viena, que regula a interpretação dos tratados internacionais, prevê em seu artigo 31.1, que "um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade".

Já o artigo 29, b, do Pacto de São José proíbe interpretações que limitem o "gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado Parte" ou em outra convenção ou tratado.

Com fundamento nestes dois diplomas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos justifica a interpretação evolutiva dos direitos humanos previstos no Pacto, buscando potencializar sua proteção, "tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. **Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Vol. 08/2015, p. 293-316, ago/2015, p. 4.

¹⁷ Ibid. p. 8.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 305.

¹⁹ SARMENTO, George. As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade. in: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio. **Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares**. - Maceió: EDUFAL, 2012. pag. 109.

interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como aquelas estabelecidas pela Convenção de Viena sobre Direito dos tratados”.²⁰

A Corte tem aplicado a interpretação evolutiva em diversas situações, a exemplo, do caso *Artavia Murillo* e outros contra a Costa Rica, em que o Estado da Costa Rica foi responsabilizado por causa de uma decisão proferida por sua Corte Suprema de Justiça, que teria proibido a realização da técnica de fertilização *in vitro* - FIV. A Corte interamericana entendeu que o art. 4.1 da Convenção Americana, apesar de proteger o direito à vida, em geral, desde a concepção, não impediria a realização da FIV, já que o direito à vida, e especialmente do embrião, não seria absoluto devendo ser ponderado com outros direitos fundamentais, no caso, o direito à vida privada e familiar, autonomia pessoal e os direitos reprodutivos, chamando a atenção para a ressalva "em geral" contida no artigo.²¹

Em outro caso, *Villagran Morales* contra a Guatemala, também foi realizada uma interpretação ampliativa do direito à vida, que não garantiria apenas uma dimensão negativa, de não ser privado de sua vida, mas um aspecto positivo, no sentido de que o Estado deveria adotar as medidas necessárias para garantir o direito à uma vida digna, sendo este um importante paradigma para a garantia dos direitos sociais.²²

A interpretação evolutiva permitiu que a Corte Interamericana utilizasse o direito à propriedade como fundamento para o reconhecimento de diversos outros direitos, como: a garantia do direito adquirido ao recebimento de aposentadoria nos termos em que foi concedida, não podendo haver restrições posteriores (caso dos cinco aposentados contra o Peru)²³; ou para garantir a efetivo pagamento de uma indenização, fundada na responsabilidade civil do Estado, concedida judicialmente por acidente sofrido por uma criança em uma instalação militar abandonada, no caso *Furla* e familiares contra a Argentina.²⁴

²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 125-126.

²¹ BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos econômicos, sociais e culturais, e discriminação**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 692-696.

²² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. **Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Vol. 08/2015, p. 293-316, ago/2015, p. 7.

²³ O direito de propriedade também foi invocado para garantia de direitos previdenciários no caso dos demitidos e aposentados da controladoria vs. Peru.

²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos econômicos, sociais e culturais, e discriminação**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 603-604.

Contudo, os julgados mais representativos da Corte Interamericana em que o direito de propriedade, interpretado evolutivamente, foi utilizado como o principal argumento de fundamentação, dizem respeito ao reconhecimento do direito à propriedade coletiva (comunal), dos povos indígenas americanos, nos casos: comunidade *Mayagna (Sumo) Awas Tingi* contra Nicarágua; comunidade Indígena *Yakye Axa* contra Paraguai; povo *Saramaka* contra Suriname; comunidade indígena *Xákmok Kásek* contra Paraguai.

Portanto, percebe-se que o direito de propriedade ganha destaque na jurisprudência da Corte Interamericana, garantindo o direito ao reconhecimento dos indígenas à sua propriedade coletiva, que representa um direito humano fundamental para estas minorias, que vivenciam uma relação estreita com o território em que vivem.

3 O RECONHECIMENTO AOS INDÍGENAS DAS SUAS TERRAS COMUNAIS PELA CORTE INTERAMERICANA E O INDIGENATO

Diante da relevância que o direito de propriedade alcança para proteção dos territórios indígenas, é importante que se realize uma análise mais detalhada das características específicas da propriedade comunal nos termos definidos pela Corte Interamericana.

Para o reconhecimento do direito de propriedade coletivo dos indígenas, a Corte faz uso da interpretação evolutiva, aplicando o artigo 29, b, da Convenção Americana, 31 da Convenção de Viena, aceitando a incidência de outros tratados internacionais que reconhecem este direito, a exemplo da convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que em seu artigo 14.1²⁵, reconhece os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

O caso *Awas Tingui* contra Nicarágua foi o primeiro julgado da Corte Interamericana a reconhecer a propriedade coletiva dos indígenas sobre um território, levando em consideração suas condições étnico-culturais.²⁶

Neste caso ficou constatado que os indígenas exercem o direito de propriedade de forma coletiva e não individual, pois o seu território é fundamental não só para sua

²⁵ Artigo 14 1. Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. Além disso, quando justificado, medidas deverão ser tomadas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência. Nesse contexto, a situação de povos nômades 24 e agricultores itinerantes deverá ser objeto de uma atenção particular.

²⁶MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 3, n. 4, p. 30-47, jun. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000100003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 10 nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100003>. p. 31.

subsistência e desenvolvimento econômico, mas também para preservação de sua cultura e práticas espirituais, não sendo exercida a posse no sentido comum praticado pelo colonizador.²⁷ Ao final, o Estado da Nicarágua foi condenado por ter violado o direito ao uso e gozo das terras indígenas pelo povo *Awas Tingui*, pois não teria delimitado e demarcado o seu território.

Em sequência houve outros julgados, nos casos: *Yakye Axa* contra Paraguai; povo *Saramaka* contra Suriname; comunidade indígena *Xákmok Kásek* contra Paraguai.

Da análise destes processos, percebe-se que a Corte reconhece que a propriedade indígena tem fundamento na ancestralidade, sendo esta característica destacada pelo Juiz da Corte, Hernán Salgado Pesantes, em seu voto concordante no caso *Awas Tingui*, quando reconheceu que a posse da terra pelos povos indígenas se dá a título de propriedade comunal ou posse ancestral.²⁸

O caso *Yakye Axa* contra o Paraguai, é uma demanda de extrema relevância para se entender o tratamento que a Corte Interamericana dá à propriedade indígena, pois muitos índios daquela comunidade deixaram seu território com a chegada dos não-índios, que adquiriram a propriedade de lotes de terra vendidos pelo Paraguai na bolsa de valores de Londres.

Ao julgar este caso, a Corte reconheceu que o direito dos indígenas às suas terras não se extingue pela desocupação da área, ou seja, os índios possuem o direito de terem sua propriedade restituída.²⁹ Para o reconhecimento do território como indígena, não foi exigida a ocupação atual da área pelos índios, prevalecendo a propriedade ancestral.

Contudo, em casos como este, que envolve um conflito entre os interesses indígenas e daqueles que ocuparam seu território, muitas vezes de boa-fé, com títulos concedidos pelo próprio poder público, devem ser ponderados os interesses das comunidades indígenas e dos particulares, que também tem o seu direito de propriedade protegido pelo artigo 21 da Convenção Americana, devendo ser resolvido qual interesse deve prevalecer no caso concreto.

²⁷BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 59.

²⁸BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 69.

²⁹MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Sur, Rev. int. direitos human.** São Paulo, v. 3, n. 4, p. 30-47, jun. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000100003&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 10 nov. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100003>. p. 37.

Todavia, a Corte entendeu ao julgar o caso *Yakye Axa*, que o direito à propriedade coletiva teria um peso maior sobre a propriedade individual em eventual ponderação de interesses, pois garante o desenvolvimento e sobrevivência de uma coletividade, e, especialmente, a preservação do seu patrimônio cultural.³⁰

Havendo a prevalência dos interesses das comunidades indígenas, os particulares teriam direito ao pagamento de uma justa indenização, ou sendo faticamente impossível a desintrusão dos não-índios (por exemplo, quando foi instalada e consolidada uma cidade no território indígena³¹), os índios teriam direito de optar pela pelo recebimento de terras alternativas ou uma indenização, nos termos do artigo 16.4 da convenção n. 169 da OIT³².

No Brasil, a União já reconheceu em sede administrativa, que os proprietários de boa-fé, de fazendas situadas em territórios que posteriormente foram reconhecidos como indígenas, teriam direito a ser indenizados não só pelas benfeitorias, mas também a terra nua, superando a previsão do art. 231, §6ª, da Constituição Federal de 1988.³³ Este entendimento foi corretamente fundamentado no art. 37, §6º, da Constituição, e no princípio da proteção da confiança legítima, pois aqueles proprietários teriam recebido os títulos de transferência diretamente da União ou do Estado, o que comprovaria sua boa-fé.

Esta pode ser uma solução adequada, pois garante o direito dos povos indígenas e indeniza a propriedade dos particulares (benfeitorias e terra nua), acomodando estes dois interesses, o que está de acordo com a Convenção Americana (art. 21.2), ressalvados os casos em que o particular tenha adquirido a área por meio da grilagem (má-fé), situação em que não existe o destaque da propriedade do patrimônio público para o particular³⁴.

³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 128.

³¹ Este exemplo não está na decisão da Corte Interamericana, que apenas faz menção à impossibilidade de devolução da área, por razões concretas e justificadas.

³² Artigo 16.4. Quando esse retorno não for possível, como definido em acordo ou, na falta de um acordo, por meio de procedimentos adequados, esses povos deverão receber, sempre que possível, terras de qualidade e situação jurídica pelo menos iguais às das terras que ocupavam anteriormente e que possam satisfazer suas necessidades presentes e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados manifestarem preferência por receber uma indenização em dinheiro ou espécie, essa indenização deverá ser adequadamente garantida.

³³ BRASIL. Ministério da Justiça. Consultoria Jurídica. Advocacia-Geral da União. **Parecer CEP/CGLEG/CONJUR/MJ n. 136/2010**. Brasília. 2010. Disponível em: << <http://www.prms.mpf.mp.br/servicos/sala-de-imprensa/arquivo/2011/PARECER%20136.2010%20CJ.MJ%20e%20CGU-Indenizacao%20aos%20possuidores%20e%20proprietarios%20das%20terras%20posteriormente%20demarcada%20s.pdf>>> Acesso em : 29/10/2016.

³⁴ AC 2004.01.00.044971-1/MT, Rel. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (conv.), Quarta Turma, DJ p.22 de 23/11/2006.

Cabe ressaltar, que ao adotar a regra da proporcionalidade, a Corte afasta a possibilidade de se estabelecer uma regra de exclusão dos direitos de propriedade coletiva indígena de forma prévia e abstrata (o que fez o STF no caso Raposa Serra do Sol), devendo o impedimento da demarcação ser verificada caso a caso.

Diante do regime jurídico dado pela Corte à propriedade comunal indígena, que tem o fundamento em sua ancestralidade, sendo reconhecida como essencial para sobrevivência, preservação da cultura, e prática espiritual dos índios; percebe-se uma identidade com os fundamentos e características do indigenato, adotado no Brasil.

Essa conclusão é confirmada pelo teor da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, já aprovada, mas ainda não publicada, que em seu artigo XXV. 1, garante aos povos indígenas o "direito a manter e fortalecer sua relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos", assim como no item 2, do mesmo artigo, assegura o "direito às suas terras, territórios e recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado, utilizado ou adquirido"³⁵.

O indigenato é reconhecido pelo direito interno brasileiro por meio do alvará de 1º de abril de 1680, e ratificado pela lei de 6 de junho de 1755, que reservava o direito dos índios sobre seus territórios, quando as terras da coroa foram outorgadas aos particulares.

Nas lições de José Afonso da Silva, inspirado nos ensinamentos de João Medes Júnior, o indigenato tem fundamento no direito congênito e primário sobre a propriedade, é um direito originário, e, portanto, não é adquirido pela ocupação, pois não precisa de uma legitimação posterior³⁶. Essa posse indígena se vincula à noção de habitat, e não tem a ver com o conceito de posse do direito civil.

O direito congênito dos índios sobre o seu território não é constituído pela vontade do colonizador, devendo apenas ser reconhecido, já que originário. No Brasil, não só o alvará de 1º de abril de 1680, e a lei de 6 de junho de 1755 reconhecem o direito originário, mas a própria Constituição Federal vigente, que em seu art. 231, reconhece aos índios "os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam".³⁷

No sistema jurídico interno brasileiro, é assegurado aos índios a posse permanente e o usufruto exclusivo das terras, ficando a propriedade dessas áreas com a União (artigo 20, XI,

³⁵OEA. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <<<http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>>>. Acesso em: 22 out. 2016.

³⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, 22ª ed., p. 831.

³⁷BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha. Barbosa, Marco Antônio. Direito a diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. vol. 20/2007, p. 43-65, jul.-dez./2007, p. 9-10.

C.F.), todavia, a opção de se atribuir a propriedade à União tem a finalidade exclusiva de proteção, constituindo-se em bens indisponíveis, inalienáveis e imprescritíveis³⁸.

Apesar da Constituição brasileira não reconhecer de forma expressa a propriedade das terras aos índios (mas apenas a posse permanente e o usufruto), isso não impede a aplicação das decisões da Corte Interamericana aos casos em que se discute o direito à delimitação e demarcação dos seus territórios, com base no artigo 21, já que o fundamento no direito originário/ancestral, e os efeitos práticos do julgado da Corte são os mesmos de nossa Constituição, ou seja, o reconhecimento de que uma comunidade indígena faz *jus* a possuir e utilizar permanentemente o seu território ancestral, sobre o qual tem direito originário.

4 O CASO RAPOSA SERRA DO SOL E O MARCO TEMPORAL PARA OCUPAÇÃO INDÍGENA: DESRESPEITO À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA

Ao julgar o caso "Raposa Serra do Sol" (petição 3.388), o STF além de estabelecer as dezenove ressalvas, previstas no item II do acórdão, ainda criou algumas condicionantes para o reconhecimento de um território como indígena, dentre elas, a estipulação da data da promulgação da Constituição de 1988, 05 de outubro de 1988, como marco temporal para verificação da ocupação indígena de determinado território.³⁹

Como bem constatou José Afonso da Silva, "fica claro, por esse texto, que o objetivo da fixação do marco temporal não é a proteção dos direitos dos índios", mas resolver os conflitos de interesses em benefício dos fazendeiros.⁴⁰

Inicialmente, já se verifica um descompasso com as decisões da Corte Interamericana, pois ao se estabelecer o marco temporal como uma regra prévia, geral, e abstrata, que soluciona o conflito de interesses em favor de uma das partes, no caso os não-índios, está se inviabilizando que os interesses em jogo sejam ponderados, o que deve ocorrer no caso

³⁸Apesar da sua indisponibilidade, verifica-se que em alguns momentos o Estado brasileiro transferiu, indevidamente, a propriedade destes bens a terceiros, o que tem gerado diversos conflitos.

³⁹ STF. Ementa. (...) 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.(...) STF - Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009).

⁴⁰SILVA, José Afonso. **Parecer:** São Paulo, 2015. Disponível em <<https://mobilizacaoacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>>. Acesso em: 28/10/2016, p. 10.

concreto, e não abstratamente⁴¹, todavia, mesmo se utilizando da ponderação, o interesse coletivo dos grupos indígenas é que teria um maior peso abstrato⁴², conforme já decidiu a corte no caso *Yakye Axa*, que pode ser superado no caso concreto, mas com uma maior carga argumentativa.

Em nenhum local do texto constitucional está prevista uma regra que condicione o reconhecimento do direito dos índios às suas terras, a que estas estejam ocupadas em 05 de outubro de 1988; da mesma forma, esta data não pode ser inferida da lógica do sistema jurídico constitucional (interpretação sistemática); ou da vontade do constituinte (interpretação histórica), até porque o direito dos índios advém do indigenato; a posse tradicional e originária não pode ser desfeita levando em consideração uma data certa, trata-se de um processo histórico com muitas idas e vindas, avanços e retrocessos, ocupações e retiradas, sendo que o mais importante é o liame anímico, psíquico, espiritual, e cultural que liga determinada comunidade ao seu território.

Outro ponto que merece destaque na decisão proferida no caso "Raposa Serra do Sol", é o conceito de esbulho renitente praticado pelos não-índios, usado como condição para comprovação da tradicionalidade, em que a reocupação da área pelos índios só não se teria efetivado por causa do reiterado esbulho praticado pelos invasores; avançando ainda mais, a segunda turma do STF, estabeleceu que a prova dessa situação se daria pelas circunstâncias de fato, mas, especialmente, por uma controvérsia possessória judicializada.⁴³

⁴¹SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50-51.

⁴² BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 128.

⁴³STF. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA "LIMÃO VERDE". ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento. (ARE 803462 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

A utilização de conceitos como esbulho e demanda possessória visa submeter o indigenato às regras do direito civil, o que é no mínimo contraditório, para não se dizer equivocado.

Ao se exigir o esbulho renitente, está se impondo que os índios sempre resistissem, o que não é a melhor opção, já que, geralmente, esta resistência não acontece nas vias judiciais, especialmente antes de 1988 quando não era reconhecida legitimidade processual às comunidades indígenas (artigo 232, CF/88); na prática, esta acaba se dando pelas vias de fato.

Então, como o poder judiciário, órgão responsável pelo fomento da paz social, poderia aconselhar o conflito como requisito para o reconhecimento de um direito que já está garantido na Constituição? Seria colocar a culpa no índio pela perda de seu território, e, ainda, atribuindo a estes o ônus de provar o esbulho.⁴⁴

A previsão do marco temporal, acabou gerando alguns efeitos bastante prejudiciais sobre os direitos dos povos indígenas aos seus territórios, tendo sido proferidas diversas decisões pela 2ª turma do STF, anulando os procedimentos demarcatórios das terras indígenas Limão Verde, do povo Terena (Mato Grosso do Sul - MS)⁴⁵; Terra indígena Guyraroka, do povo Guarani Kaiowa (MS)⁴⁶; e Terra indígena Porquinhos, do povo Canela Apanyekra (Maranhão - MA)⁴⁷.

Questionado sobre se as condicionantes estabelecidas no caso "Raposa Serra do Sol", teria efeito vinculante sobre outras demandas (como fez a segunda turma), o STF respondeu negativamente, contudo, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, relator dos embargos de declaração na petição 3.388, apesar daquela decisão não possuir efeito vinculante, ostentaria força moral, cabendo o ônus argumentativo a quem for de encontro àquele entendimento⁴⁸; o que se discorda, já que eventual aceitação de uma decisão advém da sua argumentação e não da autoridade moral de quem a profere.

Como bem observou José Afonso da Silva: "um acórdão só ostenta força moral e persuasiva quando se conforma aos ditames legais e sobretudo constitucionais, pois é dessa conformidade que se extrai sua força de convicção"⁴⁹.

⁴⁴SILVA, José Afonso. **Parecer:** São Paulo, 2015. Disponível em <<https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>>. Acesso em: 28/10/2016, p. 12.

⁴⁵ STF, ARE 803.462/MS.

⁴⁶ STF, RMS 29.087/MS.

⁴⁷ STF, RMS 29.542/DF.

⁴⁸ STF, PET 3.388 ED.

⁴⁹SILVA, José Afonso. **Parecer:** São Paulo, 2015. Disponível em <<https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>>. Acesso em: 28/10/2016, p. 19.

O mais grave, é que algumas destas decisões da segunda turma, foram tomadas em sede de mandado de segurança, procedimento de cognição sumária, fazendo-se uma interpretação superficial do laudo antropológico, além disso, presumiu-se a inexistência de ocupação indígena em 05 de outubro 1988, pelo simples fato dos não-índios possuírem o registro imobiliário anteriores aquela data, ou seja, inverteu-se o ônus da prova em desfavor dos indígenas.

Estas decisões do STF, que restringiram o direito dos índios às suas terras, criando condicionantes como o marco temporal, mas também podemos citar a proibição de ampliação de área já demarcada, não possuem lastro na Constituição Federal, trata-se de um verdadeiro ativismo judicial às avessas, realizado em desfavor de uma minoria. Esta foi a mesma conclusão a que chegaram Sarmiento e Souza Neto:

No STF, os condicionamentos impostos às futuras demarcações de terras indígenas no julgamento do caso "Raposa Serra do Sol", que limitaram gravemente os direitos fundamentais dessa minoria étnica, constituem hipótese clara de ativismo judicial voltado contra a proteção de grupo vulnerável.⁵⁰

O entendimento do STF está em desacordo com o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos e contraria as decisões da Corte Interamericana sobre o direito dos índios às suas terras, a quem o Brasil reconheceu a competência para interpretar e aplicar o Pacto de São José, assim como se submeteu à sua jurisdição, podendo ser responsabilizado perante àquela Corte internacional, pelo desrespeito aos direitos humanos fundamentais desta minoria étnica.

A Comissão sobre a questão Indígena em Mato Grosso do Sul, criada no âmbito do Fórum de Assuntos Fundiários, instituído pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, também chamou a atenção para a necessidade do Estado Brasileiro observar os tratados internacionais sobre a questão indígena de que é signatário, devendo os povos indígenas fazer uso destes para reivindicar a demarcação de suas terras, sob pena de responsabilização da União por sua omissão.⁵¹

Ao criar regras que condicionam restritivamente o direito das comunidades indígenas brasileiras aos seus territórios tradicionais, o STF excedeu os limites de sua atuação institucional, praticando um decisionismo que contraria não só a Constituição Brasileira e a

⁵⁰SARMENTO, Danilo. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum 2012. 1.233 KB: e-pub. posição: 1303.

⁵¹Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Relatórios dos trabalhos da "Comissão sobre a questão indígena em Mato Grosso do Sul"**. Brasília: 2013. << Disponível em: http://www.cimi.org.br/pub/Arquivos/CNJ_indios_ms.pdf >>. Acesso: 29/10/2016.

Convenção Americana, mas também as decisões da Corte Interamericana. Estas decisões do STF, inauguradas com o julgamento da petição 3.388, estão sofrendo forte crítica, e merecem ser revistas o quanto antes, para se evitar maiores prejuízos às comunidades indígenas, que necessitam de suas terras para sua sobrevivência física, manutenção e desenvolvimento de sua cultura.

CONCLUSÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), é o principal tratado que rege a proteção dos direitos humanos no sistema regional americano, ficando a interpretação e aplicação de suas normas a cargo da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Brasil não só ratificou o Pacto, como o internalizou ao sistema jurídico nacional, submetendo-se à jurisdição da Corte Interamericana.

Independentemente da posição hierárquica (constitucional ou supralegal), que as normas garantidoras dos direitos humanos previstos no Pacto ocupem no direito interno, os tribunais brasileiros, especialmente o STF, devem observar não só aquelas normas, mas, principalmente, a interpretação realizada pela Corte Interamericana em suas decisões.

A Corte Interamericana tem se utilizado da interpretação evolutiva, para adequar as normas garantidoras de direitos fundamentais previstas na Convenção Americana às novas necessidades sociais, fomentando o atingimento de sua finalidade de proteção daqueles direitos, permitindo o incremento da densidade normativa, e a ampliação do âmbito de proteção, não apenas do direito de propriedade, mas de outros direitos fundamentais, como o direito à vida.

O direito de propriedade supera sua condição original de direito individual, passando a garantir também os direitos à propriedade coletiva das comunidades indígenas, sendo este direito reconhecido em diversos precedentes, como nos casos: *Mayagna (Sumo) Awas Tingi* contra Nicarágua; comunidade Indígena *Yakye Axa* contra Paraguai; povo *Saramaka* contra Suriname; comunidade indígena *Xákmok Kásek* contra Paraguai.

O principal fundamento da propriedade comunal indígena, reconhecido pela Corte de São José, é sua ancestralidade, vinculação à sobrevivência, preservação cultural e prática espiritual daqueles povos; o que demonstra sua identidade com o indigenato adotado no Brasil.

Apesar de no Brasil não haver um reconhecimento expresso do direito de propriedade dos índios sobre suas terras, mas apenas a posse permanente, atribuindo-se sua titularidade à

União, esse desenho constitucional tem a finalidade precípua de proteção destas terras, não impedindo a aplicação dos julgados da Corte Internacional pelos tribunais nacionais.

A decisão do STF no caso "Raposa Serra do Sol" trouxe uma série de condicionantes para o reconhecimento e exercício da posse das terras indígenas, especialmente, a previsão de um marco temporal da ocupação indígena na data da promulgação da Constituição de 1988, que já está surtindo efeitos deletérios, com vários julgados daquele Tribunal anulando os procedimentos de demarcação de diversas terras indígenas.

Esta condição imposta pelo Supremo não tem respaldo constitucional e muito menos nos diplomas internacionais adotados pelo Brasil, havendo uma velada inobservância da jurisprudência da Corte Interamericana. Trata-se de um ativismo perpetrado em desfavor de uma minoria étnica, que põe em risco a sobrevivência destas comunidades e de sua cultura.

As condicionantes apresentadas pelo STF, especialmente, a do marco temporal, tem sofrido severas críticas da comunidade jurídica, a exemplo de Silva⁵², Sarmiento e Souza Neto⁵³, e caso não seja revista, além de colocar em perigo os direitos humanos dos povos indígenas brasileiros, pode levar o Brasil a ser responsabilizado internacionalmente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, Marco Antônio. Direito a diferença na sociedade da informação: os direitos indígenas na constituição brasileira. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. vol. 20/2007, p. 43-65, jul.-dez./2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Relatórios dos trabalhos da "Comissão sobre a questão indígena em Mato Grosso do Sul"**. Brasília: 2013. <<Disponível em: http://www.cimi.org.br/pub/Arquivos/CNJ_indios_ms.pdf >>. Acesso: 29/10/2016.

⁵² SILVA, José Afonso. **Parecer**: São Paulo, 2015. Disponível em <<https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>>. Acesso em: 28/10/2016

⁵³ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum 2012. 1.233 KB: e-pub. posição: 1303.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas.** Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos econômicos, sociais e culturais, e discriminação.** Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Consultoria Jurídica. Advocacia-Geral da União. **Parecer CEP/CGLEG/CONJUR/MJ n. 136/2010.** Brasília. 2010. Disponível em: <<
<http://www.prms.mpf.mp.br/servicos/sala-de-imprensa/arquivo/2011/PARECER%20136.2010%20CJ.MJ%20e%20CGU-Indenizacao%20aos%20possuidores%20e%20proprietarios%20das%20terras%20posteriormente%20demarcadas.pdf>>> Acesso em : 29/10/2016.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Sur, Rev. int. direitos human.,** São Paulo , v. 3, n. 4, p. 30-47, jun. 2006 . Disponível em
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000100003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 10 nov. 2016.
<http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452006000100003>.

Organização das Nações Unidas - OEA. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Disponível em:
<<<http://www.oas.org/es/council/AG/regular/46RGA/documents.asp>>>. Acesso em: 22 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. **Revista dos Tribunais, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** Vol. 08/2015, p. 293-316, ago/2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direitos internacional público e privado.** 4ª ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando à sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum 2012. 1.233 KB: e-pub.

SARMENTO, George. As gerações dos direitos humanos e os desafios da efetividade. in: RIBEIRO, Mara Rejane; RIBEIRO, Getúlio. **Educação em direitos humanos e diversidade:** diálogos interdisciplinares. - Maceió: EDUFAL, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003, 22ª ed.

_____. **Parecer.** São Paulo: 2015. Disponível em <<https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf>>. Acesso em: 28/10/2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

