

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

VINÍCIUS CHAVES ALVES

TERRAS INDÍGENAS E A TESE DO MARCO TEMPORAL: uma análise
sócio-jurídica acerca do julgamento do RE 1017365/SC pelo Supremo Tribunal Federal

BELÉM
2022

VINÍCIUS CHAVES ALVES

O PAPEL DO INQUÉRITO POLICIAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

TERRAS INDÍGENAS E A TESE DO MARCO TEMPORAL: uma análise sócio-jurídica acerca do julgamento do RE 1017365/SC pelo Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Liandro Moreira da Cunha Faro

BELÉM
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

F297p Alves, Vinícius Chaves.

Terras indígenas e a tese do marco temporal : uma análise sócio-jurídica acerca do julgamento do RE 1017365/SC pelo Supremo Tribunal Federal / Vinícius Chaves Alves. — Belém, 2022.

36 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Bacharelado em Direito, Belém, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Liandro Moreira da Cunha Faro.

1. Indígenas da América do Sul - Posse da terra. 2. Marco Temporal. I. Faro, Liandro Moreira da Cunha (orient.). II. Título.

CDD 341.347

VINÍCIUS CHAVES ALVES

TERRAS INDÍGENAS E A TESE DO MARCO TEMPORAL: uma análise sócio-jurídica acerca do julgamento do RE 1017365/SC pelo Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau em Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário do Estado do Pará.

Orientador: Prof. Dr. Liandro Moreira da Cunha Faro

Data de aprovação: ____/____/____

Conceito:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. LIANDRO MOREIRA DA CUNHA FARO – Orientador

Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Nome com titulação
Instituição a que pertence

Nome com titulação
Instituição a que pertence

TERRAS INDÍGENAS E A TESE DO MARCO TEMPORAL: uma análise sócio-jurídica acerca do julgamento do RE 1017365/SC pelo Supremo Tribunal Federal

INDIGENOUS LANDS AND THE TEMPORAL MARCH THESIS: an socio-legal analysis about the RE 1017365/SC trial by the Supreme Federal Court (STF)

Vinícius Chaves Alves

Orientador: Prof. Dr. Liandro Moreira da Cunha Faro

RESUMO

O presente trabalho se justifica pela importância da temática dos direitos dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam e pelo julgamento do RE 1017365/SC pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi reconhecida a repercussão geral dessa questão constitucional. Tem por problema de pesquisa o indágamento acerca de qual tese deve prevalecer no processo de reconhecimento e efetivação dos direitos territoriais indígenas: a tese dos direitos originários (indigenato) ou a tese do marco temporal de ocupação (fato indígena). O objetivo, portanto, é contextualizar os fatores intrínsecos a essa fundamental discussão e, em uma análise descritiva e crítica do julgamento do RE 1017365/SC, opinar sobre qual seria a melhor interpretação da Constituição para o referido caso e, considerando o efeito vinculante da decisão, para os direitos dos povos tradicionais às terras indígenas. Para alcançá-lo, buscou-se fazer uma contextualização antropológica sobre o assunto, uma análise da conjuntura normativa histórica e atual concernentes à temática, um relatório completo sobre a judicialização do litígio envolvendo o Povo Xokleng e, derradeiramente, uma análise crítica sobre as teses que se enfrentam, esclarecendo os motivos pelos quais uma deve ser utilizada e pelos quais a outra deve ser rejeitada. Diante disso, concluiu-se que a melhor interpretação do art. 231 da Constituição, em consonância com o voto do Relator do RE 1017365/STF, o Ministro Edson Fachin, é a reafirmação dos direitos originários dos povos indígenas às terras indígenas.

Palavras-Chave: Povos Indígenas; Terras Indígenas; Direitos Originários; Marco Temporal.

ABSTRACT

The present work is justified by the importance of the issue of indigenous people's rights to the lands they traditionally occupy and by the RE 1017365/SC trial by the Supreme Federal Court (STF), in which the general repercussion of this constitutional issue was recognized. Its research problem is the question of which thesis should prevail in the process of recognition and realization of indigenous territorial rights: the original rights thesis (*indigenato*) or the temporal march of occupation thesis (indigenous fact). The objective, therefore, is to contextualize the factors intrinsic to this fundamental discussion and, in a descriptive and critical analysis of the RE 1017365/SC trial, to give an opinion on what would be the best interpretation of the Constitution for that case and, considering the binding effect of the decision, for the rights of traditional peoples to indigenous lands. To achieve it, it was sought to make an anthropological contextualization on the subject, an analysis of the historical and current normative conjecture concerning the theme, a complete report on the judicialization of the litigation involving the Xokleng People and, finally, a critical analysis of the opposing theses, clarifying the reasons why one should be used and why the other should be rejected.

Therefore, it was concluded that the best interpretation of art. 231 of the Constitution, in line with the vote of the Rapporteur of RE 1017365/STF, Minister Edson Fachin, is the reaffirmation of the original rights of indigenous peoples to indigenous lands.

Keywords: Indigenous People; Indigenous Lands; Original Rights; Temporal March.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta à análise das teses confrontantes postas no julgamento do RE 1017365/SC pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no qual, por mais uma vez, no ordenamento jurídico pátrio, tentará se emplacar a tese do marco temporal de ocupação, fixado na data de promulgação da Constituição Federal de 1988. No entanto, essa tentativa ganhou ainda mais importância pelo fato de o STF ter reconhecido a repercussão geral da questão, de modo que a decisão de tal julgamento tornar-se-á norma no Direito brasileiro.

O esforço se justifica pela latente necessidade de proteção dos povos indígenas e de todos os seus simbolismos tradicionais. Trata-se de um povo que, desde o descobrimento do território brasileiro pelos colonizadores portugueses, sofre constantemente com atentados às condições de sua existência e de sua continuidade como povo, historicamente consubstanciados, por exemplo, em genocídios em massa, em tentativas de descaracterização de suas tradições e em atos supressivos de suas expressões de territorialidade, que foram (e ainda são) na maioria das vezes praticados ou avalizados pelo próprio Estado. Daí decorre a necessidade de efetivos reconhecimento e proteção jurídico-constitucional dos direitos dos povos indígenas neste panorama nacional.

E em tempos de ativismo judicial crescente, o Supremo terá a oportunidade de, com efeitos vinculantes, estabelecer o estatuto jurídico dos direitos dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, seja pela reafirmação do caráter originário dos direitos territoriais indígenas, seja pela mitigação desses direitos originários a partir da implementação da tese do marco temporal de ocupação em 05 de outubro de 1988.

Perante tais colocações, o objetivo geral deste trabalho é contextualizar e analisar criticamente as complexas questões que pautam o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, no contexto do julgamento do Caso do Povo Xokleng pelo STF, iniciando-se com conceituações antropológicas sobre povos e comunidades tradicionais e seus territórios, e, com uma análise histórico-normativa da legislação indigenista brasileira.

Superadas as questões introdutórias, adentrar-se-á nas nuances do Caso do Povo Xokleng, por meio de um relatório completo do processamento desse caso no Poder Judiciário, desde o âmbito do Juizado Especial Federal de Mafra/SC até o Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, e passar-se-á a uma análise crítica sobre a tese do indigenato e sobre a tese do marco temporal de ocupação, que estão opostas no julgamento do RE 1017365/SC.

Desse modo, fixadas tais premissas, aponta-se que o problema desta pesquisa é saber se, considerando o histórico normativo e a atual composição do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange aos direitos dos povos indígenas aos territórios que tradicionalmente ocupam, no bojo do julgamento do RE 1017365/SC pelo STF, reconhecida a repercussão geral da questão, a tese que deve balizar a definição do estatuto jurídico desses direitos é a tese do marco temporal de ocupação ou a tese dos direitos originários indígenas (indigenato)?

O estudo realizado foi do tipo puro (teórico), que se subdivide em: pesquisa bibliográfica, com a análise de livros, revistas e artigos sobre o tema, e, documental, em que se investiga códigos, leis, portarias, decretos, decisões, entre outros. Por isso, aponta-se também que, a abordagem do presente estudo, se deu de forma qualitativa. Ademais, utilizou-se o método dedutivo, visto que se partiu da análise de uma evolução histórica da concepção de povos tradicionais e de seus territórios e da legislação indigenista brasileira, em percurso até a análise do conflito de teses levadas a julgamento pelo STF no RE 1017365/SC.

2 ASPECTOS SÓCIO-JURÍDICOS E ANTROPOLÓGICOS SOBRE POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS E SEUS TERRITÓRIOS

O Brasil é notoriamente conhecido como uma nação de rica diversidade. É sabido, também, que a manutenção desse *status quo* passa, em muito, pela preservação dos povos e comunidades tradicionais e de seus territórios. No entanto, essa condição é bastante desafiada pelo desígnio desenvolvimentista, explorativista e capitalista do ser humano ante a natureza.

Como bem aponta Little (2002), as diversidades sociocultural e ambiental brasileira coexistem com uma igualmente vasta diversidade fundiária no território nacional, que é fundada em processos de ocupação e de afirmação territorial.

Isto se constata, por exemplo, na existência (e resistência) das sociedades indígenas, das populações ribeirinhas, dos remanescentes das comunidades quilombolas e de tantas outras comunidades tradicionais ou de famílias de agricultores.

Apesar de se tratarem de diversidades quase equivalentes, o reconhecimento oficial à diversidade fundiária, durante a maior parte da história do Brasil, foi praticamente nulo. Contudo, a intensificação dos movimentos de demarcação e de homologação das terras indígenas, nas últimas décadas, representa um indicativo de uma mudança de perspectiva nessa discussão sobre reconhecimento (LITTLE, 2002).

Essa nova perspectiva utiliza muito de um campo de análise antropológica, centrado na questão territorial desses povos. Pretende-se, com um olhar sócio-jurídico, identificar similaridades entre os povos tradicionais, vincular essas similaridades às suas bandeiras fundiárias e, por fim, fomentar possíveis estratégias de luta no contexto social, político e jurídico do Estado brasileiro. O olhar se volta ao esforço coletivo de um grupo social na ocupação e identificação de/com uma determinada parte de um ambiente biofísico, iniciando um complexo processo de convertê-lo em seu território, que, por sua vez, é um produto histórico de processos sociais e políticos, envolvendo o enfrentamento de um contexto específico de origem, de defesa e de adaptação em torno daquele território (LITTLE, 2002).

Sobre expressões territoriais, Carneiro da Cunha (1987, p. 14-15) pontua o seguinte:

Está hoje superada a perspectiva evolucionista que fazia crer que todas as sociedades estavam fadadas a percorrer o caminho que as levava de um suposto "primitivismo" ou "infantilismo" ao seu término e destino, que seria a nossa própria sociedade. Não existem sociedades na infância. Existem formas diferentes de sociedades, cada uma com seu valor próprio e cada uma com projetos próprios de futuro. E a existência dessa multiplicidade de formas sociais é um patrimônio cultural inestimável, para o qual o Brasil tem a sorte de poder contribuir.

A territorialidade humana possui múltiplas formas de expressão, o que amplia o universo de particularidades na análise de cada território. Assim, para compreender as especificidades dessa diversidade fundiária, é necessário analisar a relação particular que a comunidade tradicional mantém com seu território, que é representada nos conhecimentos, nas identidades e nas ideologias utilizadas na manutenção da territorialidade (LITTLE, 2002).

Sob essa ótica antropológica, o objetivo atual não é mais a assimilação dos povos tradicionais, mas sim, o respeito à diversidade sociocultural e aos direitos territoriais de tais povos. A terra é o que dá sustento à identidade étnica da comunidade. Até por isso, a adoção do critério antropológico pressupõe que somente a própria comunidade tradicional pode decidir quem compõe (ou não) o seu corpo de membros (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Povos ou comunidades tradicionais podem ser descritos como grupos sociais que se reconhecem como culturalmente diferenciados e que possuem forma própria de organização social. Suas expressões se associam aos territórios que ocupam e aos recursos naturais ali presentes, do que decorre o chamado conhecimento tradicional, repassado entre gerações. Caracterizam-se, ainda, pela vivência em organizações sociais equitativas, pelos traços culturais reafirmados e reelaborados a cada geração, pelas lideranças locais, pela consciência de identidade e pelo uso de técnicas de baixo impacto ambiental (FONSECA *et al*, 2020). Destacam-se também os vínculos mantidos na comunidade, a história da ocupação preservada

pela memória coletiva, o uso social do território, as formas de defesa e de reafirmação daquele espaço e o regime de propriedade utilizado pelo grupo (LITTLE, 2002). Tratam-se, pois, de povos organizados fora do paradigma da modernidade (SOUZA FILHO, 2013).

O regime de propriedade adotado por esses povos - o regime comum de propriedade - incorpora tanto elementos considerados como públicos, quanto elementos considerados como privados, mas que funcionam dentro de uma organização interna bastante diferente da ideologia territorial hegemônica do Estado-nação (LITTLE, 2002).

Outra característica marcante é a denotação dos vínculos sociais, simbólicos e rituais que estes grupos praticam em seus respectivos territórios. A concepção de pertencimento a um lugar decorre da noção de que esse lugar representa seu verdadeiro e único território. Buscando evitar confusões, frisa-se que, aqui, não se remete à ideia de originariedade, até por não ser prático aferir esse elemento, e sim à ideia de que são os vínculos estabelecidos com o lugar que compõem o sentimento de pertencimento (LITTLE, 2002).

Constituem raríssimas exceções os povos que não se identificam com um território específico e com sua estrutura ecológica. Dentre os mais de quinhentos povos originários da América Latina atualmente catalogados, virtualmente, todos mantêm um território de identificação ecológico-cultural (SOUZA FILHO, 2013).

É possível assumir, destarte, que os territórios tradicionais são fundados em uma ocupação efetiva de longa duração, o que fornece um peso histórico às reivindicações fundiárias de seus povos ocupantes. Isto pois, a territorialidade dos povos tradicionais se expressa pela memória coletiva cultivada em razão de um lugar, revestida de vínculos simbólicos e identitários, e não em disposições normativas ou títulos de propriedade. É por esse motivo, que a ausência histórica de reconhecimento oficial não deslegitima as suas lutas. A existência de outros territórios representa um desafio para a manutenção da hegemonia territorial pelo Estado-nação. Na perspectiva brasileira, essa é a justificativa para o mais do que tardio reconhecimento oficial à diversidade fundiária em seu território (LITTLE, 2002).

O movimento de expansão de fronteiras foi um fator fundamental nas transformações territoriais que construíram o atual território brasileiro. Esse movimento responde, basicamente, a uma ideologia fundada em dois pilares: o nacionalismo e a soberania. Nesse processo, sempre haverá um conflito entre a territorialidade que está expandindo e a territorialidade atingida pela expansão (LITTLE, 2002).

Ainda hoje, a expansão da fronteira é um problema para as expressões de territorialidade dos povos tradicionais. Nos ditames das lições de Loureiro (2012), em uma ótica contemporânea sobre a região amazônica, esses movimentos ocasionaram o surgimento

de uma fronteira de *commodities*, cada vez mais influenciada por interesses internacionais e, cada vez menos, pelas políticas internas do país. Nesse sentido, a abertura e a expansão da fronteira também mitiga, em vários sentidos, o restrito controle que o Estado exercia sobre as terras amazônicas. Com a transformação da fronteira, incorre um processo de alargamento em várias direções, o que assombra as comunidades tradicionais ali residentes, pois absorve as terras e expulsa as populações, em prol de interesses meramente capitalistas e em detrimento de direitos humanos fundamentais das populações tradicionais.

Mas é justamente esse processo que faz surgir a conduta territorial, percebida tanto em uma dinâmica externa (pressões exercidas por outros grupos), quanto em uma dinâmica interna (defesa do território como elo de unificação do grupo) (LITTLE, 2002).

Especificamente acerca das sociedades indígenas, Carneiro da Cunha (1987, p. 20) compartilha a seguinte visão sobre esse contexto histórico:

As sociedades indígenas das terras baixas sul-americanas, em contraste com as sociedades andinas, são tipicamente sociedades pequenas, com ausência de Estado e altamente diversificadas entre si. Sua reprodução cultural não depende de grandes efetivos demográficos, mas exige, dada a ênfase na caça, coleta e pesca de muitos dos grupos, territórios maiores do que os que sustentam grupos agricultores. Assim, se durante três séculos e meio a utilização do índio como mão-de-obra foi central na questão indígena, hoje é sem dúvida em torno da terra indígena que se concentram os conflitos: [...] Somam-se a este avanço do setor privado as iniciativas oficiais que abrem estradas, instalam hidrelétricas que inundam terras indígenas e tentam estabelecer a exploração do subsolo.

Toda essa conjuntura resultou na perpetuação de uma hegemonia do Estado-nação brasileiro e de suas expressões de territorialidade. Durante o século XX, agravaram-se, ainda mais, as pressões externas sobre os territórios de povos tradicionais no Brasil, com os crescentes investimentos em infraestrutura nacional e com o fortalecimento da ideologia neoliberal. Isso resultou em uma transformação drástica da situação de marginalidade econômica e de invisibilidade social dos diversos povos e comunidades tradicionais brasileiras. O avanço tecnológico, em distintos segmentos, ocasionou bruscas alterações nas relações ecológicas, visto que passou-se a lidar com uma intensidade e um poder de destruição jamais vistos antes (LITTLE, 2002).

Acerca desse cenário, Silva e Souza Filho (2018, p. 321-322) apontam o seguinte:

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 tratasse de terras devolutas, assim como legitimada e legalizada tem sido a grilagem de terra. Os povos e 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, identidade que está intrinsecamente ligada à terra que originou a concepção de povo, que originou a própria comunidade. Em suma, é no reconhecimento do sentido de pertencimento à terra que a comunidade se autorreconhece enquanto povo [...].

Os povos tradicionais brasileiros se viram forçados a construir novos modelos estratégicos para continuar a defender e a reafirmar os seus territórios, o que conduziu à onda de territorializações atualmente em curso, que busca coagir o Estado brasileiro a admitir a existência de formas de expressões territoriais distintas (LITTLE, 2002). Os processos de mobilização desses povos são bastantes influenciados por tensões e conflitos sociais, do que decorre o processo de construção da sua própria territorialidade (SHIRAISHI NETO, 2007).

As atuais pautas reivindicatórias desses povos representam uma resposta a todo esse contexto histórico. Para Little (2002), a defesa de tais bandeiras resultou na criação e na consolidação de categorias fundiárias do Estado, o que representou uma importante conquista no cenário político nacional. Diante disso, é possível afirmar que a organização política e os movimentos sociais praticados por representantes dessas comunidades tradicionais foram fator de extrema importância nas mudanças da política fundiária do Estado brasileiro, especialmente no contexto da promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi fruto de um longo período de mobilização social e política, e que fortaleceu e formalizou diversos aspectos concernentes à diversidade fundiária no território nacional.

Dos ensinamentos de Souza Filho (2013), interpreta-se que a referida Carta Magna rompeu paradigmas e estabeleceu uma nova relação entre o Estado e os povos tradicionais. Foi ela quem reconheceu o direito daquele grupo social de ser e de continuar a ser um grupo diferenciado, ultrapassando-se, assim, a antiquada ideia de processos de assimilação, de integração ou de incorporação desses povos à comunhão nacional.

Outro marco importante nessa discussão é o Decreto n.º. 6.040/2007, o qual instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, e propôs conceituações sobre povos e comunidades tradicionais e sobre territórios tradicionais, em seu art. 3º, incisos I e II, compreendendo os seguintes aspectos sociais e antropológicos:

Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:
I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária [...].

Sendo assim, é seguro dizer que o reconhecimento fundiário realizado pelo Estado observa uma convergência entre conceitos jurídicos, políticos e etnográficos, que integram o processo de constituição e de resistência dos povos e comunidades tradicionais perante os seus territórios. Portanto, para melhor compreensão e estudo dessa tradicionalidade, remete-se tanto a uma conotação empírica, quanto a uma conotação política, de modo que qualquer análise sobre essa temática deve considerá-las associativamente (LITTLE, 2002).

Esse movimento de ordenamento territorial representa, para os povos tradicionais, uma questão de defesa de seus territórios históricos. São reivindicações de seus direitos como coletividade e como indivíduos. Preza-se pela consideração da conduta territorial como característica intrínseca a todos os grupos humanos. Até porque, os povos tradicionais aqui existentes não são ameaças à soberania do Estado brasileiro, visto que não possuem quaisquer pretensões separatistas e que se consideram cidadãos nacionais (LITTLE, 2002).

Evidencia-se, portanto, que a busca incessante desses povos é pelo reconhecimento de seus territórios e dos seus próprios espaços sociais, culturais, econômicos, religiosos e políticos, tendo em vista que, conforme se expandiu neste capítulo, para considerar povos tradicionais adequadamente em um plano sócio-jurídico, deve-se sempre considerá-los de maneira associativa aos territórios que tradicionalmente ocupam.

3 CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora atualmente o Estado brasileiro reconheça aos povos indígenas a sua identidade étnica e o seu pertencimento ao povo brasileiro, não se pode olvidar que a história desses povos é marcada por um relacionamento de guerras, de massacres, de escravização em massa e de tomada dos seus territórios. E o Direito brasileiro nunca foi indiferente a todos esses acontecimentos históricos (VILLARES, 2013).

No contexto ora discutido, aponta-se que o movimento de criação de políticas territoriais sempre ocorre em uma balança desequilibrada de poderes. Essa relação se dá entre o Estado, detentor do controle exclusivo de todo o aparelhamento militar e policial, e os povos indígenas, que, no senso geral, são marginalizados economicamente, invisíveis socialmente e desarticulados politicamente (LITTLE, 2002).

3.1. BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA

Desde o período colonial, com a Carta Régia de 1611, até o ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, é passível de constatação que a legislação indigenista brasileira sempre esteve voltada à integração dos povos indígenas à sociedade nacional.

Isto pois, embora marcada por um caráter protetivo, a intervenção estatal sempre consignou o entendimento de que integrar esses povos à sociedade era a oferta de maior valia possível, voltando-se à antiquada ideia de que o melhor para os povos indígenas era o abandono de suas raízes para a vivência em civilização (SOUZA FILHO, 2013).

Somente no século XX, a partir de um enfoque antropológico, é que comprovou-se o equívoco e a ineficácia do processo de assimilação e integração dos povos indígenas à comunhão nacional. Todavia, foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que essa constatação ganhou reconhecimento constitucional. Antes disso, as Constituições brasileiras de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e de 1969 perpetuaram a mesma lógica colonialista de que os índios deveriam deixar de ser índios (SOUZA FILHO, 2013).

Em sentido corolário, o Código Civil de 1916 estabelecia um regime jurídico especial aos indígenas, no qual a capacidade civil destes estava diretamente condicionada ao seu grau de integração à civilização, instituindo a tutela do Estado sobre o índio (VILLARES, 2013).

Esse mesmo regime jurídico especial foi seguido pelo Decreto n°. 5.484 de 1928, responsável por regular a situação dos índios nascidos no território nacional, que é um meio relevante para entender como era o tratamento estatal aos indígenas há menos de um século. Extrai-se, deste diploma, que a proteção da posse indígena era incumbência do Serviço de Proteção ao Índio - SPI, criado em 1918. Além disso, a União, os estados e os municípios deveriam entrar em acordo para a legalização e a medição dos territórios ocupados pelos índios, que passariam a integrar o patrimônio nacional. Desse modo, de forma casuística e mediante fortes articulações políticas, à época cabia à União negociar com os estados e municípios as áreas necessárias para reservar um grupo indígena (VILLARES, 2013).

Não obstante, isso pode ser visualizado como parte de um movimento embrionário de melhor adequação da legislação indigenista brasileira, visto que somente em 1934 os direitos dos povos indígenas aos territórios que tradicionalmente ocupam foram reconhecidos e protegidos no panorama constitucional.

Outro ponto crucial na construção de uma nova política indigenista no século XX, foi a criação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, pelo Decreto-Lei n°. 5.371/67, em substituição ao SPI, idealizada como um órgão essencialmente indigenista, que reúne as ações de saúde, de educação, de proteção de terras, de meio ambiente, de polícia administrativa e de

representação dos indígenas em juízo. Em certos enfoques, é possível dizer que essa pretensão de excelência foi razoavelmente atingida (VILLARES, 2013).

Também foi de extrema importância, nesse processo, o advento da Lei n.º 6.001/73, o Estatuto do Índio, que representou um grande progresso no reconhecimento e na proteção dos direitos dos povos indígenas. A partir dele, passou a ser assegurado aos índios os direitos de todos os cidadãos brasileiros, assim como o respeito à sua cultura diferenciada. Ademais, preconiza que os territórios indígenas devem ser alvo de reconhecimento, de demarcação e de proteção pelo Estado, assim como, que, os entes federativos têm competência comum para proteger e preservar os direitos dos povos indígenas.

Entretanto, mesmo com o Estatuto do Índio, os ideais colonizadores continuavam a revestir os fundamentos da legislação indigenista brasileira, ou seja, a tutela do Estado sobre os povos indígenas permanecia respaldada juridicamente (VILLARES, 2013).

Nesse sentido, o referido Estatuto faz, em seu art. 3º, incisos I e II, as seguintes conceituações normativas sobre índios e sobre comunidades indígenas:

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

De acordo com as lições repassadas por Carneiro da Cunha (1987), tratam-se de definições precárias em uma perspectiva antropológica, que misturam critérios heterogêneos e podem ser facilmente mal interpretadas.

Da definição de índio, extraem-se três critérios: biológico, cultural e identitário. Dentre esses, no prisma da antropologia, apenas o critério identitário deve prevalecer, tendo em conta que engloba os outros dois critérios, que devem ser vistos como consequência e mecanismo dele, e não como critérios independentes (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Já, na definição de comunidade indígena, a principal mazela é a exclusão das comunidades integradas, pois isso remete à inferência de que a integração importa em espécie de emancipação legal. Dessa forma, sob essa lógica, uma comunidade indígena emancipada deixaria de ser considerada como uma comunidade indígena. Assim, o fundamento dos direitos

originários ao território que esses povos tradicionalmente ocupam, garantidos constitucionalmente, deixariam de existir (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Mas um povo indígena deve manter a sua identidade étnica ainda que se articule com a sociedade nacional. Isso porque, o propósito do Estatuto do Índio é a integração progressiva e harmoniosa das comunidades indígenas à comunhão nacional, o que deve acontecer sem acarretar em uma desconsideração, de fato e de direito, da tradição indígena daquele grupo. Se a comunidade indígena permanece indígena, independentemente do reconhecimento estatal, nada justifica a retirada de seus direitos territoriais (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Feitas tais ponderações, Carneiro da Cunha (1987, p. 26) propõe estes conceitos:

Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas.
É índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.

Isto pois, apesar de a adaptabilidade ser uma característica marcante dos povos indígenas (LITTLE, 2002), não é justo, ou adequado, que a existência de tais povos seja limitada por essa característica de resiliência, uma vez que, essencialmente desde o início da história brasileira, não lhes foi dada outra possibilidade que não fosse a resistência em condições diante das quais a adaptação era a única forma de sobrevivência.

3.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

Foi diante desse cenário que a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, precisou estabelecer uma nova relação entre o Estado brasileiro e os povos indígenas.

Os ideais assimilacionistas e integracionistas ainda são notáveis na Carta Magna e na legislação infraconstitucional. O que mudou foi o reconhecimento constitucional do direito de ser e de continuar a ser indígena, isto é, o direito de manter-se como grupo diferenciado e sociedade extremamente organizada. Rompeu-se, assim, a noção de provisoriedade que historicamente revestiu a legislação indigenista pátria (SOUZA FILHO, 2013)

A Constituição Federal foi a primeira a dedicar um capítulo exclusivo aos direitos dos povos indígenas, do qual extrai-se o artigo 231, que é peça fundamental no entendimento do atual estatuto jurídico dos povos indígenas no Direito brasileiro:

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. [...]

No bojo do referido dispositivo, percebe-se um reconhecimento à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições dos povos indígenas, bem como aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sendo competência da União a demarcação e a proteção da posse indígena.

São conceituadas, no seu §1º, como terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas aquelas por eles habitadas em caráter permanente, aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, aquelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e aquelas necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, seus costumes e suas tradições. Nota-se, ainda, conforme dispõe o seu §2º, que tais terras são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos ali existentes.

Confirma-se, no seu §4º, que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, assim como que os direitos sobre elas são imprescritíveis. Por fim, nos termos do seu §5º e do seu §6º, faz-se vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, assim como fazem-se nulos e extintos os atos que tenham por objeto a exploração, a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos válidos, salvo nas hipóteses previstas no texto constitucional.

Acerca de tais disposições constitucionais, Souza Filho (2013) assinala o seguinte:

O artigo 231 da Constituição brasileira revela a vontade constituinte de garantir efetivos direitos territoriais aos povos indígenas. As terras reconhecidas devem estar adequadas à manutenção da vida indígena, garantindo direitos de organização social com base em direitos territoriais, sem os confundir. Estas áreas são chamadas de terra indígena, mas o nome jurídico apropriado seria território não utilizado para não confundir com normas de direito internacional e para não insinuar divisões territoriais internas.

Para melhor compreensão, é importante evidenciar a transcrição do que, em sentido consoante, dispõe o art. 25 do Estatuto do Índio, *in verbis*:

O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas [...] independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação.

Sendo assim, tendo em vista o reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 dos direitos originários dos povos indígenas aos territórios que tradicionalmente ocupam, converge-se ao entendimento de que a posse permanente das terras indígenas não depende de demarcação e de homologação pelo Estado, de modo que o reconhecimento oficial apenas evidencia e declara os seus limites territoriais.

3.2. A CONVENÇÃO N.º. 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Merece destaque ímpar nessa discussão o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas em plano internacional. Para melhor compreensão, Villares (2013) elucida que a idealização do direito internacional na contemporaneidade em muito se pauta na primazia dos direitos humanos, isto é, em um sistema humanitário.

A Convenção n.º. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que tem como uma de suas expressas bases de fundamentação a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, exerceu papel fundamental na construção de uma nova forma de tratar e de considerar os povos tradicionais nas suas relações com a civilização moderna.

Isto pois, a Convenção se destina a assegurar aos povos indígenas e tribais igualdade de tratamento e de oportunidades no exercício pleno dos seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais, nas mesmas bases garantidas aos outros povos, isto é, sem ter que lidar com constantes obstáculos ou atos discriminatórios (RAMOS; ABRAMO, 2011).

Por essas razões, Dremiski e Lini (2013, p. 84) a conceituam como:

O documento internacional de direitos humanos que reafirma e proporciona maior efeito às obrigações assumidas pelos Estados quanto à adesão de leis protetoras de direitos dos povos tradicionais abrangidos em seu território.

Já Dias e Angelin (2017, p. 3) afirmam que tal documento é

carregado de historicidade e representa a luta para superar o genocídio, o etnocídio, o colonialismo, a invisibilidade e outros malefícios que afetaram os povos indígenas e tribais, fazendo com que fosse negada a sua existência tanto física, quanto cultural.

Referida Convenção surgiu, no ano de 1989, em um contexto no qual os povos tradicionais se encontravam encruzilhados por legislações nacionais que os ofertavam duas possibilidades nada generosas: o ingresso em um sistema pelo o qual não nutriam qualquer identificação, ou o aceite da condição do Estado como tutelador máximo de seu futuro como povo. Esse instrumento internacional revolucionário foi vetor de mudança de um modelo integracionista, previamente corroborado pela OIT, para um modelo que ordenou aos Estados signatários que respeitassem os aspectos étnicos, coletivos, territoriais, institucionais e desenvolvimentistas das populações indígenas (DREMISKI; LINI, 2013).

No texto ratificado pelo Brasil em 2002, dispõe-se que a consciência da identidade indígena é um critério fundamental na determinação desses povos. Consignou-se, ainda, a obrigação dos governos (em *lato sensu*) de desenvolver, com a consulta e a participação dos povos interessados, ações coordenadas e sistematizadas na proteção dos direitos desses povos

tradicionais. Ali, reforçou-se também, que, a aplicação da legislação nacional aos povos indígenas deve efetivamente considerar os seus costumes, assim como os valores culturais e espirituais que tais povos carregam em relação às suas terras ou territórios.

É justamente por isso que Duprat (2015, p. 39) afirma ser “seguramente o documento internacional que mais e melhor traduziu a passagem do Estado nacional de matiz hegemônico para a sua vertente de pluralismo cultural e étnico”. Segundo a autora, foi este instrumento que conferiu visibilidade a grupos historicamente marginalizados pela sociedade, que tratou dos mecanismos necessários para lhes fazer escapar da tutela do Estado sobre a sua existência e lhes garantir o domínio sobre as suas próprias vidas e que oportunizou que tais povos tivessem mais espaço no cenário público.

Justificadamente, então, a mobilização pública e institucional pela aplicação desse instrumento em defesa dos direitos e interesses das comunidades tradicionais foi grande. Hoje, a Convenção n.º. 169 é fundamento central de virtualmente todas as reivindicações e as bandeiras dos povos indígenas. O teor do seu texto é plenamente conhecido pelos povos indígenas e funciona como uma ferramenta muito importante nos seus movimentos sociais e nos seus processos de articulação política e jurídica (VILLARES, 2013).

E especificamente quanto à questão territorial, no bojo do seu art. 14, a aludida Convenção reconhece aos povos indígenas os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Prescreve, também, a necessidade de tomarem-se as medidas adequadas para salvaguardar a posse indígena de áreas, ainda que não exclusivamente ocupadas por tais povos, mas, acerca das quais tiveram acesso para o desempenho de suas atividades tradicionais. Denota-se, também, direcionamento aos governos no sentido de que deverão adotar as medidas necessárias para determinar as terras indígenas e para garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade de posse. Por fim, dali, também decorre a determinação de que deverão ser instituídos os procedimentos jurídicos adequados para a solução de reivindicações fundiárias feitas pelos povos indígenas.

Percebe-se, destarte, em consonância com o que dispõe a Constituição Federal, uma reafirmação dos direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, no panorama da Convenção n.º. 169 da OIT, assim como uma abordagem mais incisiva acerca dos mecanismos necessários para a efetivação da posse indígena por parte do Poder Público.

3.3. JULGAMENTO DO CASO DA RAPOSA SERRA DO SOL PELO STF E O PARECER N.º. 001/2017/GAB/CGU/AGU

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2019, julgou a Petição n°. 3388/RR, que faz referência a ação popular em que arguiu-se a declaração de inconstitucionalidade e de nulidade da Portaria n°. 534/2005 do Ministério da Justiça, a qual ratificou a posse permanente dos grupos indígenas Wapichana, Patamona, Makuxi, Taurepang e Ingarikó sobre a terra indígena Raposa Serra do Sol, situada ao nordeste do Estado de Roraima.

Em resumo, no julgamento da lide o STF reputou como constitucional a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, nos termos da referida portaria, mas também estabeleceu uma série de condicionantes, ou salvaguardas institucionais, a serem observadas na demarcação daquela terra indígena.

Dentre tais, dispôs-se sobre um marco temporal de ocupação, no sentido de que a Constituição de 1988 trabalhou com uma data certa - a data de sua promulgação - como referencial para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Dispôs-se também sobre um marco da tradicionalidade da ocupação, entendendo que a ocupação deve ostentar o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. Como espécie de prerrogativa, estabeleceu-se, ainda, a figura do renitente esbulho, na lógica de que a tradicionalidade da posse nativa não se perde quando, ao tempo do marco temporal de ocupação, a reocupação não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios.

Mas que não se deixe enganar: a noção que se retira das salvaguardas institucionais aplicadas ao Caso Raposa Serra do Sol é a de uma espécie de mitigação do caráter originário dos direitos territoriais indígenas, conduta que não se coaduna com o que se razoavelmente espera da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Até porque, conforme já mencionado, o que buscou promover a Constituição de 1988 foi a superação dos ideais assimilacionistas que marcam a história da legislação indigenista. Contudo, ao invés de seguir este mesmo caminho, o STF, ao estabelecer referidas condicionantes, produziu de maneira pragmática uma desconstrução simbólica do direito originário dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam (DA SILVA, 2018).

Era um resquício de alívio, portanto, o fato de o referido julgamento não ser dotado de efeitos *erga omnes*. O caráter não vinculante daquela decisão foi confirmado, inclusive, no julgamento de Embargos de Declaração na Petição 3388/RR. Ali, foi disposto que os fundamentos adotados pela Corte não têm extensão automática aos outros casos de matéria similar, embora não se possa dispensar a força moral e persuasiva de uma decisão da Suprema Corte nacional, razão pela qual, de tal entendimento, decorre um grande ônus argumentativo aos casos que objetivem superar suas razões.

Entretanto, no ano de 2017, foi aprovado o Parecer n°. 001/2017 da Advocacia-Geral da União, fundado tanto na decisão do Caso Raposa Serra do Sol, quanto nos entendimentos da 2ª Turma do STF nos julgamentos do RMS 29087/DF, do RMS 29542/DF e do ARE 803462/MS, que estabeleceu uma série de condicionantes a serem aplicadas, em caráter macro, na efetivação dos direitos territoriais indígenas no território nacional.

Naquela ocasião, o Consultor-Geral da União substituto, André Rufino do Vale, advogou fortemente no sentido de que o STF já constitui entendimento consolidado acerca de que, a data da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, serve como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento das terras indígenas. Posicionou-se, ainda, influenciado por essa visão, pela vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas – ignorando que tais atos têm caráter meramente declaratório.

Na visão de Bigonha *et al.* (2018), essa expressão normativa, fundada em suposta jurisprudência do STF, serviu para o Estado brasileiro sonegar os direitos dos povos indígenas aos seus territórios, revestindo-se em uma ação deliberada de negativa de direitos consagrados na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e no direito internacional. O Parecer da AGU ignora a história constitucional brasileira e a sua própria jurisprudência, deturpando as disposições do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, pelo que cabe à Suprema Corte a reparação do irresponsável dano imposto aos povos indígenas.

Institucionalmente, passou a estar em curso, então, a desconstrução simbólica dos direitos originários dos povos indígenas às suas terras preconizada pelo STF no julgamento da Petição 3388/RR, submetendo as terras indígenas como ambientes de usufruto exclusivo dos índios a meros bens da União, somente válidos retroativamente à 05 de outubro de 1988. O risco, com isso, é de que as invasões legais e as transferências de terras indígenas para não índios ocorram cada vez mais e sejam ainda mais anistiadas (DA SILVA, 2018).

Isto pois, ainda que a tese do marco temporal de ocupação não tenha sido apresentada de maneira inovadora no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, esta foi a primeira vez que o caráter universalizante permeou esse debate. E como consequência do Parecer n°. 001/2017 da AGU, apesar de a própria Corte ter afastado a eficácia vinculante do entendimento ali produzido, a mitigação dos direitos originários indígenas passou a ter aplicação nas distintas vias políticas, legislativas, administrativas e judiciárias do Estado.

4 RELATÓRIO DO CASO DO POVO XOKLENG: DO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL AO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Aproximadamente duas semanas antes do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal, tinha início uma outra querela judicial que também trilharia o caminho de se tornar um *leading case* na questão dos direitos territoriais indígenas. Fala-se do caso do Povo Xokleng, que tradicionalmente ocupa terras situadas em Santa Catarina.

Após processamento no Juizado Especial Federal da Comarca de Mafra/SC e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o caso ascendeu ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento do RE 1017365/SC, ocasião em que, novamente, os direitos originários dos povos indígenas às terras que, tradicionalmente, ocupam são opostos à tentativa de fixação da tese do marco temporal de ocupação, a ser fixado em 05 de outubro de 1988.

4.1. PRIMEIRA INSTÂNCIA: PROCESSO N°. 2009.72.14.000168-0

A querela teve início com o ajuizamento de ação de reintegração de posse, em 05 de março de 2009, pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina - FATMA/SC, em desfavor da FUNAI e da União, que foi processada no Juizado Especial Federal da Comarca de Mafra, Santa Catarina, sob o n°. 2009.72.14.000168-0.

Na petição inicial, em suma, a fundação requerente aduziu que era legítima possuidora de uma área de 8 ha (oito hectares), localizada na Linha Esperança-Bonsucesso, distrito de Itaió, em Santa Catarina, e que referida posse era mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 07 (sete) anos, bem como, que tal área abriga a Reserva Biológica do Sassafrás. No entanto, a localidade teria sido alvo de esbulho por aproximadamente 100 (cem) índios, que derrubaram a mata nativa do interior da Reserva, construíram picadas e montaram barracas. Diante disso, recorreu ao judiciário objetivando a sua reintegração à posse de referida área.

A FUNAI apresentou, então, contestação, na qual sustentava que a área da qual a parte autora se diz legítima possuidora, encontra-se abrangida pelos efeitos da Portaria n°. 1182/2003, do Ministério da Justiça, e que, trabalhos de levantamento da extensão da demarcação das terras indígenas no local, estavam em andamento. Afirma, ainda, que as terras objetos do litígio caracterizam-se como terras de ocupação imemorial dos índios das etnias Xokleng e Guarani, assim como que os títulos de propriedade apresentados pela fundação requerente foram emitidos ilegalmente, pelo que devem ser tidos como nulos todos os títulos da cadeia dominial, retornando a posse das terras aos indígenas, reconhecendo-se a propriedade originária da União. Por essas razões, requereu a improcedência total do pedido.

A União também apresentou contestação, suscitando, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e, quanto ao mérito, o julgamento de total improcedência da ação, por visualizar que lhe falta amparo legal.

Intimado, o Ministério Público Federal - MPF ofertou parecer favorável à procedência da demanda, por entender que foi comprovada a posse anterior da parte autora, presumida pela utilização do imóvel para manutenção da Reserva Biológica Sassafrás, razão pela qual, constitui evidente esbulho o ato dos indígenas de invasão de áreas ainda sob processo de demarcação, sendo medida imperiosa a reintegração de posse da área em litígio.

Em sede de sentença, o juízo julgou procedente a pretensão possessória da parte autora sobre o imóvel rural matriculado sob o n°. 12.266 no Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis, fundamentando-se na visão de que a violação à posse era indiscutível, e que não haviam elementos que permitissem inferir que as terras fossem de ocupação tradicional indígena, pois quem as vinha ocupando, para fins de preservação ambiental, era a FATMA/SC, de modo que a medida a ser tomada era a de repelir a turbação do imóvel, objetivando o cessamento da invasão e do corte de madeira nativa na Reserva Biológica Estadual do Sassafrás.

Evidentemente inconformadas, tanto a FUNAI, quanto a União, interpuseram recursos de apelação, no qual requereram a reforma integral do *decisum* de primeiro grau, razão pela qual o processo ascendeu ao segundo grau de jurisdição.

4.2. SEGUNDA INSTÂNCIA: PROCESSO N°. 0000168-27.2009.4.04.7214

Sob o n°. 0000168-27.2009.404.7214/SC, processou-se, então, no âmbito do TRF-4, os recursos de apelação interpostos pela FUNAI e pela UNIÃO, em face do entendimento proferido pelo juízo *a quo* em sede de sentença.

As razões recursais da FUNAI passam pela reafirmação de que as terras que se autointitula possuidora a demandante são, à luz do direito constitucional indigenista, dos próprios povos indígenas. Sustentou, assim, que os direitos constitucionais dos índios à posse permanente e ao usufruto exclusivo afastam a posse e o usufruto de terceiros, não indígenas, no interior do território indígena, de forma que, as riquezas ali existentes, não podem ser tidas como alheias à esse instituto, e que, a permanência de não indígenas em terras indígenas, conforme ocorrido no caso concreto, contraria as disposições da Constituição Federal de 1988. Já a tese recursal da União percorreu, novamente, o caminho de suscitar a sua ilegitimidade passiva, assim como a incompetência do juízo, defendendo, assim, a reforma da sentença para que houvesse o julgamento de improcedência da ação.

Em contraponto, a FATMA/SC apresentou contrarrazões às apelações interpostas, ocasião em que sustentou que a sentença guerreada cuidou de proteger o bem jurídico do meio

ambiente, que é bem jurídico comum a todos, razão pela qual a manutenção integral da decisão recorrida era medida justa e imperiosa.

Retornaram os autos conclusos ao MPF para manifestação no feito, ocasião em que o *Parquet* Federal opinou, quanto ao mérito, que os indígenas invadiram áreas de reserva ambiental, extrapolando os limites territoriais reconhecidos, os quais ainda estavam em procedimento demarcatório, marcado por mora administrativa. Ademais, visualizou um embate entre dois interesses constitucionais fundamentais: direito de propriedade privada e posse indígena. Diante disso, sopesando interesses por meio do princípio da razoabilidade, concluiu que a posse anterior da FATMA/SC é presumida pela efetiva utilização do imóvel, exercida de boa-fé, bem como que a legitimidade do ato da comunidade indígena foi abalada pelo desmatamento de área destinada a reserva ecológica.

O TRF-4 proferiu acórdão em face dos recursos de apelação interpostos, ocasião em que negou provimento aos recursos e manteve integralmente a sentença de primeiro grau. Ainda que tenha sido reconhecido que a área em questão encontra-se em processo de delimitação de reserva indígena, a decisão foi fundamentada em suposta aplicação do princípio da razoabilidade, em consonância com o posicionamento do MPF, entendendo ser impossível a imposição de perda da posse ao proprietário, sem o devido processo legal e a respectiva indenização, pois o procedimento demarcatório não havia sido concluído.

A FUNAI opôs embargos de declaração, requerendo que fossem supridas as omissões do julgado questionado, mediante declaração expressa aos dispositivos legais suscitados, para fins de prequestionamento, viabilizando, desse modo, a interposição de recursos de natureza extraordinária. A União seguiu o mesmo caminho recursal. Por unanimidade, os embargos de declaração foram parcialmente providos pela 4ª Turma do TRF-4, exclusivamente para fins de prequestionamento, mantendo-se o dispositivo do acórdão embargado.

Tratando-se de decisão de última instância do TRF-4 que negou vigência a dispositivo constitucional, a FUNAI interpôs recurso extraordinário ao STF, em 02/11/2013, o qual foi admitido pelo TRF-4, tendo em vista o prequestionamento de matéria relativa a dispositivos supostamente contrariados e o preenchimento dos demais requisitos de admissibilidade.

Contudo, os autos foram primeiramente remetidos ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, em 07/05/2014, tendo em vista a interposição de recursos especiais pela FUNAI e pela União, em face de referido *decisum* do TRF-4, que também foram admitidos (REsp 1452195/SC), mas tiveram provimento negado pelo STJ. Ressalta-se, todavia, que, pela primeira vez, desde o ajuizamento da ação, o MPF posicionou-se ao lado das pretensões da

FUNAI e da União, tendo inclusive apresentado Agravo Regimental face a decisão que negou provimento aos recursos especiais interpostos, o qual, contudo, restou não conhecido.

O acórdão do STJ que julgou o REsp 1452195/SC transitou em julgado em 07/11/2016, quando o processo eletrônico foi remetido ao STF para análise e julgamento do recurso extraordinário interposto pela FUNAI contra acórdão proferido pelo TRF-4.

4.3. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1017365/SC

Ora, aqui, as razões recursais da FUNAI fundam-se em suposta violação aos artigos 5º, incisos LIV e LV, e 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal de 1988. Isto pois, a determinação da preservação da posse da FATMA/SC em área já reconhecida pelo Poder Judiciário como de tradicional ocupação indígena, ainda que não demarcada, privilegia direito de posse de proprietário titulado em detrimento dos direitos originários dos povos indígenas. Além disso, aduz que a ocupação da área pelos povos indígenas Xokleng e Guarani é tradicional e possui registro na literatura histórica da região. Nesse sentido, denota uma colisão entre o direito fundamental à vida, à saúde, à segurança e à posse permanente dos indígenas com o direito à propriedade da parte recorrida, cenário em que deve prevalecer o esforço da etnia indígena em recuperar as terras que lhes são originalmente asseguradas, inserido em um processo de redesenho do seu território tradicional.

Portanto, na visão da fundação recorrente, a medida justa, neste caso concreto, seria o resguardo da permanência do grupo indígena em seu território tradicional já reconhecido e que está em processo de demarcação. Assim, conclui que o acórdão proferido pelo TRF-4 ignorou toda a legislação que rege o processo de reconhecimento de terras indígenas, consubstanciado na Portaria nº. 1.128/2003 do Ministério da Justiça, violando, assim, o que dispõe o art. 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal de 1988.

Sustentou-se, ainda, a repercussão geral da questão constitucional, pois a decisão terá a relevância de definir o perfil do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, sob os auspícios da Constituição Federal de 1988.

Neste bojo, em 21/02/2019, o STF reputou, por unanimidade, como constitucional a questão, e reconheceu, por unanimidade, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (no Tema 1.031). Para tanto, o Ministro Relator Edson Fachin fez o apontamento de que essa discussão ainda não foi definida pelo STF em sede de processo com eficácia vinculante, e que se apresentam peculiaridades e questões que denotam importância à análise do mérito pela Suprema Corte, haja vista a possibilidade de ofensa direta ao texto constitucional, razão pela qual faz-se necessária a fixação de interpretação constitucionalmente

adequada ao estatuto da posse indígena de terras no Brasil, tendo em vista, ainda, o caráter não vinculante da decisão proferida no caso da Raposa Serra do Sol.

A Procuradoria-Geral da República - PGR, representada pela então Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, manifestou-se pelo provimento parcial do recurso extraordinário, especialmente no tocante à ofensa ao art. 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal de 1988. Nesta ocasião, a PGR propôs a fixação da seguinte tese em face do Tema 1.031 reconhecido na sistemática da repercussão geral:

A proteção da posse permanente dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional independe da conclusão de processo administrativo demarcatório e não se sujeita a um marco temporal de ocupação preestabelecido. O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos índios direitos originários sobre essas terras, cuja identificação e delimitação deve ser feita por meio de estudo antropológico, o qual é capaz, por si só, de atestar a tradicionalidade da ocupação segundo os parâmetros constitucionalmente fixados, e de evidenciar a nulidade de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas áreas.

Outros dois marcos importantes neste curso processual foram as decisões monocráticas proferidas pelo Min. Fachin para determinar: (1) a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, assim como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais indígenas, até o término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final do Tema 1031, o que ocorrer por último; (2) a suspensão de todos os efeitos do Parecer n.º. 001/2017 da AGU até o julgamento final do mérito do RE 1.017.364, bem como à FUNAI que se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, com base em referido Parecer da AGU, até que seja julgado o Tema 1031.

Há de se fazer menção, também, ao grande número de pedidos de ingresso como *amicus curiae* na lide, tanto em suporte à tese do indigenato, quanto em suporte à tese do marco temporal, o que demonstra a grande polarização que pressiona o STF nesta decisão.

Perante tais acontecimentos processuais, em um voto histórico acerca da temática dos direitos territoriais indígenas, o Min. Rel. Edson Fachin votou pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela FUNAI, para que haja a anulação da decisão recorrida, propondo, quanto à resolução do Tema 1031 da repercussão geral, a fixação da seguinte tese:

Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos:

I - a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1o do artigo 231 do texto constitucional;

III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;

IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto no 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

VI - o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência;

VII – as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

VIII – as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

IX – são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

X – há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.”

Após o voto do Ministro Relator, quem proferiu seu voto foi o Min. Nunes Marques, ocasião em que divergiu do relator, posicionou-se pelo não provimento do recurso extraordinário da FUNAI e propôs a fixação de tese diversa. Em seguida, o Min. Alexandre de Moraes pediu vista dos autos, razão pela qual, em 15/09/2021, o julgamento do mérito do RE 1.017.365/SC foi suspenso e segue, até a presente data, sem previsão para retomada.

5 RE 1017365/SC: UMA OPORTUNIDADE DE DEFESA DOS DIREITOS ORIGINÁRIOS DOS POVOS INDÍGENAS AOS TERRITÓRIOS QUE TRADICIONALMENTE OCUPAM

O julgamento do RE 1017365/SC pelo STF deve ser encarado como um ultimato na definição do estatuto jurídico dos direitos territoriais dos povos indígenas no Direito pátrio. Essa afirmação se sustenta em vista de dois notáveis sintomas particulares ao caso: a massiva polarização que reveste esse debate e o reconhecimento da repercussão geral da questão.

Essa questão histórica, que contrapõe os anseios desenvolvimentistas do Estado brasileiro e da bancada ruralista nacional aos desígnios de preservação e de respeito às raízes e à existência digna dos povos indígenas, finalmente terá uma decisão com efeitos vinculantes a todo o ordenamento jurídico brasileiro. O entendimento ali produzido passará a servir como regra para todos os procedimentos de demarcação de terras indígenas pela administração pública direta e indireta.

Dito isso, é necessário ter em mente que para assegurar os direitos de uma população vulnerável, tal como as populações indígenas, faz-se fundamental a existência de uma legislação forte, taxativa, com disposições claras, que não possam ser distorcidas e com instrumentos flexíveis para a sua implementação (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

Portanto, deve-se entender quais as teses que estão em confronto, a razão pela qual uma delas deve ser rechaçada e, por conseguinte, a razão pela qual a outra deve ser reforçada, assim como quais são os demais pontos relevantes para a consolidação do estatuto jurídico dos direitos territoriais indígenas que também estão em debate neste julgamento.

5.1. O CONFRONTO DE TESES NO JULGAMENTO DO RE 1017365/SC PELO STF: OS DIREITOS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E O MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO

Os direitos dos índios às terras que ocupam são reconhecidos desde o período colonial, através de alvarás, cartas régias e provisões expedidas pelos monarcas portugueses. A Carta Régia de 1611 foi o primeiro texto legal que dispôs sobre os direitos territoriais indígenas. No Alvará de 1º de abril de 1680, reconheceu-se o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o indigenato. Já o Diretório dos Índios, de 1775, determinou que, na concessão de sesmarias, deveriam ser respeitados os direitos dos índios, tidos como primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas. E, conforme já mencionado, a recentidade da definição constitucional dos direitos indígenas remonta à Constituição de 1934, que foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, regra que foi repetida nos textos constitucionais subsequentes (DA SILVA, 2013).

A Constituição de 1988 incorporou todos esses princípios ao seu artigo 231, abandonou a ideia de incorporação dos índios à comunhão nacional e reconheceu as suas características tradicionais e a sua reprodução física e cultural, metrificada de acordo com seus usos, seus

costumes e suas tradições (DA SILVA, 2013). Portanto, há muitas décadas os direitos originários sobre as terras indígenas são tema central no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, sendo justamente isso que esclarece e reforça, mas não inova, a Constituição Federal de 1988 (DODGE, 2018).

O que se pretende firmar é que os direitos dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam são anteriores ao reconhecimento constitucional, pois são intrínsecos à sua existência comunitária. São, destarte, direitos naturais, haja vista coexistirem com o próprio ser dessas comunidades. Com o reconhecimento constitucional, esses direitos naturais ascenderam à categoria de direito constitucional fundamental, ou seja, são direitos humanos fundamentais dos índios, dotados de um valor de sobrevivência física e cultural, revestidos tanto de uma dimensão individual, quanto de uma dimensão coletiva. Assim, os direitos territoriais indígenas devem ser tidos como espécies de direitos supra-estatais, de caráter absoluto, por serem direitos originários, o que lhes confere a garantia de permanência nas terras que tradicionalmente ocupam (DA SILVA, 2013). Eis, então, o que configura a tese do indigenato.

Em contrapartida à tal configuração, a tese do marco temporal de ocupação, na espécie ora discutida, busca o estabelecimento da data de promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, como data limite para a ocupação das terras indígenas por aqueles povos, para que exista o direito à posse indígena e à demarcação territorial.

Um levantamento feito pela organização de direitos humanos Terra de Direitos aponta que as principais teses defendidas para a instituição desse marco temporal de ocupação dão conta de que, supostamente, o marco temporal serviria como regulamentação e como melhor forma de interpretação do verbo “ocupar” no bojo do art. 231 da CRFB/88, como elemento de pacificação das relações fundiárias brasileiras, como consolidação das decisões do STF sobre terras indígenas e como fator representativo de segurança jurídica e de garantia da ordem pública (ANJOS *et al.*, 2021).

Verificam-se também teses no sentido de que a Convenção n.º 169 da OIT reforçaria a necessidade de instituição de um marco temporal de ocupação, ou de que a demarcação de terras indígenas deve ser limitada pelo desenvolvimento econômico do país, ou de que o direito de propriedade é um direito humano que deve ser alvo de igual proteção, ou em defesa da aplicação das condicionantes do Parecer n.º 001/2017 da AGU (ANJOS *et al.*, 2021).

Entretanto, se verá, em sequência, que tais teses não merecem prosperar, uma vez que a proteção constitucional dos direitos territoriais indígenas independe da configuração de um marco temporal de ocupação. Na prática, a instituição desse marco funcionaria como um

drástico encerramento desse importante capítulo da história nacional e como um obstáculo gravíssimo à digna preservação dos povos indígenas e de suas características tradicionais.

5.2. A DESNECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE UM MARCO TEMPORAL PARA A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

Em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988, Carneiro da Cunha (1987) assinalou que as terras indígenas eram tratadas, na prática, como terras de ninguém, como a primeira opção para as atividades de cunho desenvolvimentista em geral, afirmando, por essas razões, que os índios estavam sendo destruídos pela ganância nacional e internacional. Em retrospecto, apesar de se notarem relevantes progressos no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas com o advento da CRFB/88, há de se convir que tais alegações ainda são perceptíveis no enfrentamento da realidade indigenista brasileira.

Destarte, no que tange à adequada interpretação do art. 231 da Carta Magna de 1988, da Silva (2013) explica que não é correta a interpretação do texto constitucional como se ele houvesse limitado os direitos originários dos povos indígenas às suas terras à data de sua promulgação, impedindo, dessa forma, o reconhecimento e a demarcação de terras para os grupos indígenas que só conseguiram retornar às suas terras após essa data.

O entendimento do Ministro Edson Fachin foi cômsonco. Ele reforçou a ideia de que é inadequada a hermenêutica aplicada na tese do marco temporal de ocupação, em relação ao uso do verbo “ocupar” no art. 231 da CRFB/88, pois isso reduziria as possibilidades de efetivação do direito à posse indígena, o que não se coaduna com a ordenação constitucional vigente. Isso porque, não se depreende da magna-carta qualquer fratura na tutela dos direitos territoriais indígenas, visto que, na história constitucional brasileira a apropriação de terras indígenas por particulares sempre foi repelida.

O sentido a ser perseguido é justamente o inverso: a Constituição de 1988 deve ser enxergada como uma importante continuidade do reconhecimento constitucional a esses direitos. Mas é somente o último elo dessa cadeia, e não um marco temporal. Não foi ela quem inicialmente conferiu reconhecimento constitucional a esses direitos, mas sim a Constituição de 1934, precedida de outras disposições normativas que remontam, conforme já mencionado, ao período colonial (DA SILVA, 2013). Foi exatamente essa a lógica veiculada pelo Ministro Relator em seu voto, no estrito sentido de que a Constituição de 1988 é um elo de continuidade na proteção dos direitos possessórios das comunidades indígenas, e não um marco de início da aquisição desses direitos.

Então, para que houvesse lógica na tese do marco temporal de ocupação, o intento deveria ser para que este fosse fixado em 16 de julho de 1934, data de promulgação da Constituição de 1934, ou em 10 de setembro de 1611, data de publicação da Carta Régia de 1611, pois estes sim seriam capazes de ser reconhecidos como marcos temporais de início deste fato evolutivo. Porém, da Silva (2013) clarifica que cortes temporais tão drásticos e violentos à essa contínua cadeia da legislação indigenista nacional configurariam um imenso desrespeito às regras e princípios constitucionais que dão garantia aos direitos indígenas.

Tanto o referido é verdade, que os ruralistas não ousam pleitear por tal tese, haja vista a latente inviabilidade jurídica no reconhecimento dessa eventual pretensão. Preferem perseguir a tentativa de configuração do marco temporal de ocupação na data de promulgação da Constituição de 88, em 05 de outubro de 1988. Mas esse raciocínio carece de nexualidade.

O direito originário deve ser realizado com base no direito à memória, à verdade e à reparação, com a participação ativa dos membros daquela comunidade tradicional, para assim se ter a real noção dos massacres ocorridos e da expulsão desses grupos de seus territórios tradicionais. Qualquer movimento contrário a isso remonta a um discurso anti-indígena, que, fundado em supostos prezo pela segurança jurídica, pela garantia de ordem pública e pela pacificação das relações fundiárias no Brasil, tenta justificar a mitigação dos direitos originários dos povos indígenas a partir da impossibilidade de desapropriar todo o território nacional para satisfazer as pretensões indígenas. Neste ponto, a ignorância reside na incompreensão de que o direito originário às terras indígenas não se presta a restaurar um passado já encarado como irreal, mas sim se presta a garantir um futuro ainda possível para essas populações tradicionais (SILVA; SOUZA FILHO, 2018).

Também é comumente arguido pelos pensadores favoráveis à mitigação dos direitos originários dos povos indígenas que grandes extensões de terra são atribuídas a pequenos grupos de índios, e que isso não seria de todo justo ou harmônico às premissas fixadas no texto constitucional. O que se ignora nessa tentativa retórica é que geralmente as populações indígenas não são substituídas por outras pessoas, mas sim por grandes quantitativos de cabeças de gado. Isto pois, ao contrário do que significa para a iniciativa privada, para os povos indígenas a terra não é uma mercadoria, mas sim um território, que serve como condição de sua reprodução física e cultural (CARNEIRO DA CUNHA, 1987).

E foi justamente isso que consolidou a Convenção n.º. 169 da OIT. Este documento internacional reforçou os instrumentos de redefinição da política agrária e favoreceu a aplicação de políticas agrárias e de políticas étnicas (SHIRAIISHI NETO, 2007), significando um importante avanço para a legislação indigenista nacional (DIAS; ANGELIN, 2017). A

interpretação do que dispõe a Convenção n.º. 169 da OIT favorece uma lógica claramente afirmativa aos direitos originários indígenas.

Ademais, é evidentemente inválida a tentativa de sustentar a relativização do caráter originário dos direitos territoriais indígenas a partir das condicionantes trazidas pelo Parecer n.º. 001/2017 da AGU, amparado em supostos entendimentos sistêmicos do STF acerca da temática. Pois, como bem apontado por Bigonha *et al.* (2018), o referido parecer é fundamentado em três casos supervenientes ao julgamento da Petição 3388 pelo STF (o RMS 29087/DF, o RMS 29542/DF e o ARE 803462/MS), que são marcados por serem de órgão fracionário da Suprema Corte (2ª Turma), por serem decididos por votação majoritária da Turma e por serem baseados em peculiaridades próprias do caso concreto. Não há como se falar, portanto, em entendimento consolidado do Supremo que ampare tais recomendações.

Como se percebe, a aplicação da tese do marco temporal de ocupação nos processos de demarcação de terras indígenas importaria no impedimento do reconhecimento de territorialidades indígenas de povos que vêm resistindo às ações de extermínio e de genocídio que sofrem há séculos. Configurar-se-ia também em um corrompimento do caráter originário dos direitos indígenas, haja vista ser fator que condiciona o gozo destes direitos ao preenchimento de critérios institucionais que desconsideram as mazelas históricas que atingem os povos indígenas (ANJOS *et al.*, 2021).

Em seu voto, Fachin abordou também a problemática das comunidades indígenas de pouco ou nenhum contato com a sociedade nacional, ou mesmo com outras comunidades. Sobre isso, enxerga a inviabilidade dessas comunidades indígenas isoladas de comprovar que a sua posse atende ao requisito do marco temporal de ocupação. Seria totalmente inviável assegurar com exatidão as terras desses povos isolados a partir do fato indígena, haja vista que os órgãos indigenistas sequer têm pleno conhecimento acerca de muitos desses grupos.

Arredondando o seu raciocínio, o Ministro chegou à seguinte conclusão:

Portanto, assegurar aos índios os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam não se confunde com uma usucapião imemorial, que exigisse, de forma automática, a manutenção da presença indígena na área na data exata de 05 de outubro de 1988, considerando-se a ausência de descontinuidade da proteção constitucional e legal desse direito ao longo da história brasileira, bem como os constantes abusos, invasões e desterritorializações ocorridos, à margem da legislação, mas que não considero tenham sido legitimados pelo ordenamento jurídico. Não se trata de assegurar fraudes ou de possibilitar a titulação de comunidades que não estejam vinculadas a esse passado de resistência e a um modo de vida tradicional indígena. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes uma vez mais a porta

para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.

Reside aí a interpretação de que o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 1017365/SC, na posição de relator do caso, é um voto histórico, respeitador da construção histórica da legislação indigenista brasileira e capaz de, derradeiramente, demonstrar a evidente inaplicabilidade e desnecessidade da tese do marco temporal de ocupação à data da promulgação da Constituição de 1988, reafirmando, portanto, o caráter originário dos direitos territoriais indígenas reconhecidos constitucionalmente.

5.3. OUTRAS QUESTÕES NECESSÁRIAS DE CONSOLIDAÇÃO NO JULGAMENTO DO RE 1017365/SC PELO STF, VISUALIZADAS A PARTIR DO VOTO DO MINISTRO RELATOR EDSON FACHIN

Dada a grande complexidade caracterizada na definição do estatuto jurídico dos direitos dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, há de se ressaltar que do afastamento da tese do marco temporal de ocupação decorrem outros apontamentos importantes para a melhor adequação da vinculante resolução da temática posta à apreciação, os quais também compõem as ideias veiculadas na tese proposta para fixação face ao Tema 1031 da Repercussão Geral reconhecida no corrente julgamento.

Alguns desses apontamentos estão em consonância com o que havia sido decidido no julgamento da Petição 3388/RR pelo STF e com o que há muito está sedimentado no ordenamento jurídico pátrio. Nesses casos, portanto, o tom é de reafirmação, em caráter geral, dos direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam, pelo que não demandam, no propósito deste escrito, maior debruçamento sobre as suas nuances.

No entanto, outros apontamentos feitos pelo Ministro Relator Edson Fachin no seu voto a favor das pretensões indigenistas são dignas de maior atenção e detalhamento, pois ditam, fundamentalmente, a definição de como os direitos territoriais indígenas serão reconhecidos e efetivados, por mais que não se tratem de inovações trazidas pelo votante.

5.3.1. Sobre a possibilidade de redimensionamento das terras indígenas

Visto que a vedação à ampliação das terras indígenas foi incluída como uma das dezenove salvaguardas institucionais dispostas no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, considerou o Ministro Relator que o afastamento da tese do marco temporal de ocupação obriga a revisão da referida vedação, uma vez que tal fundamenta-se na consideração de que a posse tradicional seria um fato, passível de verificação somente até 05 de outubro de 1988.

Na visão do votante, nada obsta, na interpretação da Constituição, a realização de novos estudos para o melhor adequamento das dimensões da ocupação territorial em terras indígenas, caso se esteja diante de procedimento demarcatório imbuído de alguma irregularidade ou incongruência, desde que estes redimensionamentos sejam realizados em processos administrativos conformes à legislação de regência. Isso porque, em raciocínio que compartilha com José Afonso da Silva (2013), os direitos originários territoriais dos índios reconhecidos constitucionalmente preexistem à promulgação da própria Constituição.

Logo, considerando também o art. 25 do Estatuto do Índio, o ato de demarcação de terra indígena, apesar de ser garantia constitucional dos povos indígenas, não é ato que constitui direito à terra, pois estes já estão reconhecidos por fonte superior. É um ato meramente declaratório de que a área é de ocupação indígena. Trata-se, pois, de uma exteriorização da propriedade da União, que está vinculada à específica função de servir como *habitat* para a etnia indígena que tradicionalmente a ocupa, plenamente passível de alterações quando estas se fizerem necessárias.

Por cuidar de um direito originário, sempre que a demarcação cobrir limites inferiores à real situação territorial dessas terras, os seus ocupantes tradicionais têm o direito à correção desse ato, para que passe-se, então, à abrangência da totalidade da área reconhecida àquela comunidade tradicional. (DA SILVA, 2013)

Esse entendimento tem aplicabilidade tanto para as demarcações anteriores à Constituição de 1988, quanto para as demarcações posteriores à ela. Isto pois, conforme está expressamente descrito no texto constitucional, as terras indígenas são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis e eventual ocupação não indígena sobre elas são nulas e não produzem quaisquer efeitos válidos, razão pela qual os indígenas mantêm os seus direitos originários sobre as porções territoriais que não foram alvo de demarcação (DA SILVA, 2013).

Há de se raciocinar, ademais, que na ótica do redimensionamento da demarcação de terra indígena, não está se anulando o ato já existente, mas apenas retificando-o. Por esse motivo, o ato de redimensionar não deve ser enxergado como uma espécie de benefício dado aos povos indígenas. Em realidade, só o que está sendo feito é a composição de um direito preexistente a um ato que notoriamente demanda revisão (DA SILVA, 2013).

Percebe-se, por todos esses latentes motivos, que a condicionante que veda o redimensionamento das terras indígenas não tem qualquer amparo na atual ordenação constitucional, pelo que, como bem fixou o Ministro Edson Fachin, não merece ter qualquer

aplicabilidade na ótica do reconhecimento e da efetivação dos direitos originários territoriais dos povos indígenas.

5.3.2. Sobre o instituto do renitente esbulho

Em novo remonte ao julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, aponta-se que, naquela ocasião, o STF reconheceu, além da necessidade de existência de um marco temporal de ocupação, o instituto do renitente esbulho, no sentido de que se, por efeito de renitente esbulho praticado por não índios, a reocupação indígena ocorreu após a promulgação da CRFB/88, a tradicionalidade da posse nativa não se perderia, mantendo-se aquele direito.

No julgamento do ARE 803.462 AgR, 2ª Turma do STF foi além e estabeleceu critérios taxativos para a configuração do renitente esbulho. Estabeleceu-se que este não pode ser confundido com uma ocupação passada ou com uma desocupação forçada, necessitando-se que haja situação de efetivo conflito possessório, persistente até período superior ao marco temporal de ocupação em 05 de outubro de 1988 (o critério da perdurabilidade), bem como que este conflito esteja materializado por circunstâncias fáticas ou por controvérsia possessória judicializada.

Clarifica-se, assim, que os malefícios decorrentes da fixação de um marco temporal de ocupação são consideravelmente agravados quando há essa associação ao instituto do renitente esbulho. O produto dessa soma é a subtração dos direitos indígenas em favor de usurpadores de suas terras, reforçando um puro discurso anti-indígena. Aqui, o absurdo resiste na ideia de que, além de fabricar um marco temporal deslocado para o último elo de reconhecimento constitucional dos direitos indígenas, exige-se que seja sustentado um conflito possessório ao longo do tempo, para que, então, seja possível o restabelecimento dos direitos territoriais usurpados (DA SILVA, 2013).

Sob a égide do art. 231 da CRFB/88, o Ministro Relator problematizou os requisitos impostos à configuração do renitente esbulho. Ele entendeu, considerando que a capacidade processual dos índios antes de 1988 estava atrelada à sua integração à comunhão nacional – conforme extrato já mencionado das lições de Villares (2013) –, que não pode subsistir a exigência de controvérsia possessória judicializada. Quanto a exigência de um conflito materializado por situações de fato, dotado do caráter da perdurabilidade, ele verifica a inviabilidade do ordenamento constitucional incentivar conflitos como única forma de legitimação e de reconhecimento de direitos, tendo em vista também a desumanidade que reveste esse raciocínio, pois persistir em uma situação de conflito fundiário por décadas seria

como enfrentar constantemente um cenário de risco à vida, algo evidentemente em dissonância com as premissas humanitárias fixadas na Constituição de 1988.

A inaplicabilidade do instituto do renitente esbulho também se dá pelo fato de a posse indígena se diferir totalmente da posse civil, uma vez que é regulada pelas previsões constitucionais que configuram os direitos territoriais indígenas, pelo próprio indigenato, e não pela legislação de direito privado vigente (DA SILVA, 2013).

O possuidor civil é aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, nos termos do art. 1.196 do Código Civil de 2002. Cuida-se de uma extensão do direito de propriedade, visto que, usualmente, o proprietário e o possuidor civil tendem a ser a mesma pessoa.

Já no caso da posse indígena, não há que se falar em direito patrimonial. A função econômica da terra indígena está ligada à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida daquele grupo indígena. Carneiro da Cunha (1987) já tornou cristalino que a terra não funciona como mercadoria para essas comunidades tradicionais. Das lições de Little (2002) também resta sedimentado que é impossível considerar povos tradicionais sem associá-los às terras que tradicionalmente ocupam. A posse indígena é, portanto, elemento inerente ao próprio reconhecimento das populações indígenas.

O fator crucial na delimitação da extensão das terras indígenas é a investigação da posse indígena, com todos os seus atributos e suas particularidades, e não eventuais questões fundadas no direito de propriedade, em direitos patrimoniais ou no instituto da posse civil – como a figura do renitente esbulho –, pois estas questões não dotam de relevância constitucional equiparável aos direitos originários dos povos indígenas.

Outro ponto a ser ressaltado é o de que os direitos constitucionais indígenas têm natureza protetiva, por se tratar de minoria histórica, e que devem ser interpretados sempre da maneira mais benéfica aos seus beneficiários, de modo que é impossível lhes impor ônus fora de sua situação vivencial (DA SILVA, 2013).

É na consideração de todas essas razões que José Afonso da Silva (2013, p. 23) oferece uma excelente conclusão sobre a inviabilidade jurídica desta condicionante:

não é correta a interpretação restritiva de esbulho renitente como controvérsia possessória judicializada; [...] a controvérsia não é tipicamente possessória pelo que se viu acima, ou seja não é uma disputa individual em que um possuidor retira a posse do outro, pois os direitos ordinários dos índios sobre a terra, como visto no correr deste parecer, não pertence a eles como indivíduos, mas às comunidades indígenas; [...] os índios e as comunidades indígenas antes da Constituição de 1988 não tinham legitimidade processual, pois estavam sujeitas ao regime tutelar, de sorte que exigir deles o cumprimento de

ônus, qual seja a defesa das terras que ocupam, que são de propriedade da União, e que, pela situação de tutelado, não podem cumprir, é desconhecer que o direito se interpreta em relação ao contexto em que incide, sem levar em conta que a Constituição lhes garante também sua organização social, costumes e tradições.

E foi nesse mesmo tom que o Ministro Relator do RE 1017365/SC, Edson Fachin, concluiu o seu entendimento. Guiado pela razão de que a proteção constitucional aos direitos originários dos índios às terras que tradicionalmente ocupam não está atrelada à existência de um marco temporal de ocupação em 05 de outubro de 1988, ou à configuração do renitente esbulho como conflito físico ou como controvérsia judicial persistente à mesma data.

Arguiu, ainda, que todos os elementos componentes da tese proposta à fixação deverão ser vistos como condição de validade das decisões do Poder Público em ações possessórias nas quais sejam visualizados confrontos entre a posse civil e a posse indígena. Por fim, o Ministro Relator reafirmou ser elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de determinada comunidade indígena a realização de laudo antropológico, nos termos do Decreto n.º. 1.776/1996, tendo em vista que caso como tais devem necessariamente recorrer ao auxílio das ciências sociais, em especial da antropologia, uma vez que impossíveis de serem suficientemente resolvidos somente pelas lentes jurídicas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De pronto, entende-se como atingido o objetivo geral deste trabalho. Isto pois, a meta estipulada foi a de contextualizar os fatores envolvidos no direito dos povos indígenas à posse das terras que tradicionalmente ocupam e de analisá-los criticamente à luz das teses confrontantes levadas à apreciação do pelo STF no julgamento do RE 1017365/SC.

Ora, inicialmente, preocupou-se com a necessidade de realizar uma conceituação antropológica sobre os conceitos de povos e comunidades tradicionais e os territórios que tradicionalmente ocupam. Em sede dessa preocupação, foi possível compreender que o território é uma característica intrínseca à constituição de um povo ou comunidade, motivo pelo qual é impossível, razoavelmente, considerá-los de maneira dissociativa.

Diante de tais premissas antropológicas, voltou-se à necessidade de uma contextualização sobre como estão amparados os direitos territoriais dos povos indígenas, o que foi feito a partir de uma análise descritiva e crítica das disposições decorrentes da legislação indigenista brasileira, da atual ordenação constitucional, da Convenção n.º. 169 da OIT e do julgamento do Caso Raposa Serra do Sol pelo STF.

Adentrando às especificidades do caso que motivou a elaboração deste trabalho – o Caso do Povo Xokleng –, fez-se um relatório completo do processamento desse litígio no Poder Judiciário, desde o âmbito do juizado especial federal até à apreciação pelo Supremo. Aqui, o objetivo que foi alcançado foi o de permitir uma visão ampla sobre as teses que fundamentam este litígio em específico e que possibilitaram essa oportunidade de uma decisão com efeitos vinculantes acerca dos direitos originários dos povos indígenas.

Então, procedeu-se à apreciação das teses em confronto no julgamento do RE 1017365/SC pela Suprema Corte, conceituando as teses do indigenato (direitos originários dos povos indígenas) e do marco temporal de ocupação (fato indígena). A partir daí, explicou-se o porquê esta não tem fundamento válido para aplicabilidade jurídica – pois deturpa as disposições da Constituição de 1988 e da Convenção n.º. 169 da OIT, bem como ignora toda a história da legislação indigenista brasileira – e, conseqüentemente, o porquê aquela deveria ser reforçada – pela vertente de pluralismo político e étnico adotada pelo Estado brasileiro a partir em sua atual ordenação constitucional. Por fim, sob a ótica do voto do Ministro Relator, Edson Fachin, remeteu-se às ramificações decorrentes da tese do marco temporal – em especial a vedação do redimensionamento de terras indígenas e o instituto do renitente esbulho –, e buscou-se também demonstrar a sua inviabilidade lógica e jurídica.

No que tange à pergunta-problema estabelecida, após a consideração do histórico normativo-jurídico das disposições relativas aos direitos territoriais indígenas e dos elementos que revestem o julgamento do referido recurso extraordinário pela Máxima Corte, reconhecida a repercussão geral dessa questão constitucional, o entendimento que se chegou foi o de que a tese que deve ser utilizada como referencial máximo para a definição do estatuto jurídico desses direitos é aquela que afirma o caráter originário dos direitos territoriais dos povos indígenas, uma vez que é esta a interpretação mais adequada.

Por último, cumpre apontar que a metodologia empregada para a realização do estudo – a utilização de referenciais doutrinários, de textos normativos, de decisões judiciais e de informações processuais – se demonstrou suficiente para a compreensão adequada do que se pretendeu abordar e permitiu que os objetivos delimitados anteriormente à elaboração do escrito fossem alcançados. Há de se ressaltar, nesse cenário, que os referenciais sobre a questão são muitos, razão pela qual podem ser seguidos muitos caminhos de raciocínio. Destarte, uma das questões mais importantes para a realização dessa pesquisa foi achar o referencial teórico e normativo adequado às pretensões estipuladas no projeto de pesquisa.

O que se reforça com as ressalvas do parágrafo anterior, é justamente a complexidade do tema ora abordado. Mas é aí que reside também a importância de produções acadêmicas que

abordem essa questão, até mesmo porque, ainda que seja subutilizado, esse é um instrumento de ativismo social, político e jurídico que é bastante necessário e potente na ampla mobilização contra casos como este, em que objetiva-se a mitigação de direitos fundamentais de povos e comunidades tradicionais.

Isso porque, em alinhamento com a justificativa da pesquisa, os povos indígenas (e as terras que eles tradicionalmente ocupam) têm necessidade ímpar de proteção jurídico-constitucional no Direito brasileiro. E, nesse contexto, a reafirmação dos direitos originários de tais povos é fundamental para a manutenção atual e futura da continuidade de existência dos grupos indígenas, ou seja, dos aspectos sociais, culturais, econômicos, políticos e territoriais desses povos tradicionais, cuja preservação é muito importante para a história, para a cultura nacional e para a imagem internacional do país – haja vista que a União obrigou-se internacionalmente a esse dever. Eis a razão, então, pela qual essa é a interpretação que necessita ser reforçada pelo STF no julgamento do RE 1017365/SC.

7 REFERÊNCIAS

ANJOS, Auricélia *et al.* **Justiça e o Marco Temporal de 1988: As teses jurídicas em disputa no STF sobre terras indígenas.** 2021. Disponível em: [https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Justica-e-o-marco-Temporal-de-1988-\(final\).pdf](https://terradedireitos.org.br/uploads/arquivos/Justica-e-o-marco-Temporal-de-1988-(final).pdf). Acesso em 25/11/2021.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino *et al.* **Terras indígenas tradicionalmente ocupadas: uma análise sob as luzes da teoria do “romance em cadeia” de Dworkin.** in ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. TINÔCO, Livia Nascimento. MAIA, Luciano Mariz. **Direitos Originários e Territorialidade.** Brasília: ANPR, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22/10/2021.

_____. **Decreto nº 6040, de 7 de fevereiro de 2007.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6040.htm. Acesso em: 06/06/2022.

_____. **Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em 17/04/2022.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos dos Índios: Ensaio e Documentos.** São Paulo: Editora Brasiliense S. A., 1987.

DA SILVA, Cristhian Teófilo. **A homologação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol e seus efeitos: Uma análise performativa das 19 condicionantes do STF.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/F7MWtcMVZbHLkyRrMBRKGQQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 07/06/2022.

DA SILVA, José Afonso. **Parecer Jurídico.** São Paulo, 2016. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e)

publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf. Acesso em 25/11/2021.

DIAS, Edemir Braga. ANGELIN, Rosângela. **O Estado Brasileiro e a Convenção 169 da OIT: o (des)respeito aos direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <http://omicult.org/emicult/anais/wp-content/uploads/2018/06/O-ESTADO-BRASILEIRO-E-A-CONVEN%C3%87%C3%83O-169-DA-OIT-O-DESRESPEITO-AOS-DIREITOS-DOS-POVOS-IND%C3%8DGENAS.pdf>. Acesso em 07/06/2022.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. **Prefácio: Os índios e seu direito originário à terra no Brasil**. in ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. TINÔCO, Lívia Nascimento. MAIA, Luciano Mariz. **Direitos Originários e Territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. **A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho**. in SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. BERGOLD, Raul Cezar. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

DUPRAT, Deborah. **A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada**. in DUPRAT, Deborah. **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015.

FERNANDES, Elaine. **Direito à Terra indígena: um estudo dos casos Raposa Serra do Sol e Mayagna Awas Tingni**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FONSECA, Luciana. KOURY, Suzy. PAZ, Melissa. **Amazônia e Etnodesenvolvimento: A indicação geográfica como um meio para a valorização do açaí das Ilhas de Belém**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

JUSTIÇA FEDERAL, Vara Federal de Mafra/SC. **Processo n° 2009.72.14.000168-0**. 05 de março de 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4a Região. **Processo n° 0000168-27.2009.404.7214**. 10 de agosto de 2010.

LITTLE, Paul E.. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Anuário Antropológico, 2002. v.28(1), 251–290. Disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6871>

LOPES, Reinaldo José. **1499: o Brasil antes de Cabral**. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017.

RAMOS, Christian. ABRAMO, Laís. **Introdução** in OIT, Organização Internacional do Trabalho - Escritório no Brasil. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho**. Brasília: OIT, 2011.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007

SILVA, Liana Amim Lima da. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Marco temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas Índios**. in ALCÂNTARA, Gustavo Kenner. TINÔCO, Lívia Nascimento. MAIA, Luciano Mariz. **Direitos Originários e Territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **Os Povos Indígenas e o Direito Brasileiro**. in SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. BERGOLD, Raul Cezar. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n° 1.017.465**. 07 de novembro de 2016.

_____. **Petição n° 3.388**. 13 de abril de 2007.

_____. **Recurso Extraordinário com Agravo n° 803.462**. 18 de junho de 2014.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 21/04/2022.

VILLARES, Luiz Fernando. **Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em:
<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/pt-br.php>. Acesso em 22.04.2022