



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA DE CÁSSIA BRITO FIGUEIREDO

**A TESE DO MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO TERRITORIAL
INDÍGENA: discussão jurídica das decisões em ações possessórias no âmbito
do TRF1**

BELÉM/PA
2023

RENATA DE CÁSSIA BRITO FIGUEIREDO

**A TESE DO MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO TERRITORIAL
INDÍGENA: discussão jurídica das decisões em ações possessórias no âmbito
do TRF1**

Dissertação de Mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Humanos
Linha de Pesquisa Direitos Humanos e Meio Ambiente
Orientadora: Profa. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira

BELÉM/PA
2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a)
autor(a)

F475t FIGUEIREDO, RENATA DE CÁSSIA BRITO.
A TESE DO MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DO
DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA : discussão jurídica das
decisões em ações possessórias no âmbito do TRF1 /
RENATA DE CÁSSIA BRITO FIGUEIREDO. — 2023.
161 f. : il. color.

Orientador(a): Prof^a. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará,
Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação
em Direito, Belém, 2023.

1. Tese do Marco temporal. . 2. Direito Territorial de
Permanência. . 3. Jurisprudência.. 4. Tribunal Regional
Federal da 1^a Região. I. Título.

CDD 341.345109811

RENATA DE CÁSSIA BRITO FIGUEIREDO

**A TESE DO MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO TERRITORIAL
INDÍGENA: discussão jurídica das decisões em ações possessórias no âmbito
do TRF1**

Dissertação de Mestrado intitulada “**A TESE DO MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA: discussão jurídica das decisões em ações possessórias no âmbito do TRF1**”, de autoria da Mestranda Renata de Cássia Brito Figueiredo, submetida à Banca examinadora constituída dos seguintes professores:

Profa. Dra. Eliane Cristina Pinto Moreira
Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. José Heder Benatti
Universidade Federal do Pará

Profa. Dra. Liana Amin Lima da Silva
Universidade Federal da Grande Dourados

Aos meus avós, Maria José e Ernesto Brito (*in
memoriam*), por sempre acreditarem que eu
poderia alçar os mais elevados voos.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, como não poderia ser diferente, agradeço a Deus pelo dom da vida, por todas as oportunidades que me proporcionou ao longo do tempo e pela força que sempre me concedeu para passar pelos momentos mais difíceis.

À minha orientadora, Professora Eliane Moreira, por acreditar neste projeto e por todo apoio e companheirismo durante esta jornada.

Aos meus Pais, Ana e Agostinho (*in memoriam*), por todo apoio e carinho. Sei que muitas das escolhas que vocês fizeram sempre foi pensando no melhor para mim e minhas irmãs. Obrigada por tudo

Às minhas irmãs, Rossana e Rafaela, por serem minhas melhores amigas, minhas maiores incentivadoras, minhas confidentes, e meu suporte sempre. Obrigada por serem minhas maiores incentivadoras, por terem sempre cuidado de mim, e, principalmente, por nunca me deixarem desistir de meus sonhos. Independente onde eu for, vocês sempre serão parte das minhas conquistas. Amo vocês!

Aos meus sobrinhos, Ernesto, Gustavo, Manuela, Eduardo, Amora e Maria, que me mostraram a minha melhor versão, que me ensinaram o verdadeiro sentido e significado da palavra amor. Sou e sempre serei eternamente grata de ser e ter o privilégio de ser a teteia de vocês. Amo vocês com todo o meu coração!

Ao meu tio Manuel, por não medir esforços para dar todo o seu suporte possível. Sei o quanto o senhor acreditou em mim, e batalhou para que eu nunca desistisse, vibrando e se emocionando com cada uma das minhas vitórias até aqui.

À minha prima, Ana Heloisa, pelo companheirismo, risadas e amizade. Saiba que você pode contar comigo sempre.

Aos meus primos, Joana e Bernardo, que apesar da distância física, sempre se mantiveram presentes em minha vida, dando todo o apoio e suporte possível.

À amiga Vanessa Montão, por toda a parceria e por, gentilmente, ter lido e revisado este trabalho.

À amiga, Valeska Ferreira, por me acompanhar desde a faculdade, e durante a árdua jornada que o mestrado se mostrou. Obrigada por todo apoio, suporte e incentivo.

Às amigas de uma vida, Fernanda Paes, Fernanda Costa, Evelyn Faustino, Amanda Figueira que me acompanham desde o 1º ano do ensino médio. Apesar de

não estarmos diariamente presente na vida cotidiana, sabemos que sempre podemos contar uma com a outra!

Ao Núcleo de Defesa da Moradia da Defensoria Pública do Estado do Pará, nas pessoas de Silvia Noronha e Adriano Souto, a quem eu estendo meus agradecimentos para todos aqueles que fazem dos meus dias mais leves e alegres. Obrigada pelo apoio e suporte.

À Luciana Lima, minha amiga, irmã de alma, mãe de coração, sem a qual eu não teria terminado a escrita deste trabalho. Obrigada por sempre acreditar em mim, até mesmo quando eu mesma não acreditava. Obrigada por me impulsionar, e me incentivar a chegar a lugares que eu mesma duvidei que conseguiria. És minha inspiração diária, de profissional, mãe, de ser humano. Sabes o quanto te admiro, e o quanto eu sou grata todos os dias por Deus ter feito nossos caminhos se cruzarem.

À minha Avó Maria José, por ser a mulher mais forte que eu conheço, meu maior exemplo de superação e motivação, que junto com meu avô, nunca mediram esforços para nos proporcionar sempre as melhores oportunidades, sempre com todo o amor e carinho que eles podiam dar. Vó, te amo muito!

Ao meu Avô Ernesto (*In memoriam*), por ter sido a minha maior inspiração, o meu maior incentivador, a melhor pessoa que eu tive a honra de conviver, por ter me ensinado que a educação, o conhecimento e a família são nossos bens mais preciosos, coisas que ninguém nunca pode nos tirar. Vô, onde quer que o senhor esteja, que eu tenha lhe deixado orgulhoso. Sempre lhe levarei comigo, não importa para onde vá ou o que eu venha a ser. Te amarei para sempre!

**A TESE DO MARCO TEMPORAL E A VIOLAÇÃO DO DIREITO TERRITORIAL
INDÍGENA: discussão jurídica das decisões em ações possessórias no âmbito
do TRF1**

RESUMO

O trabalho teve como objetivo geral analisar em que medida a tese do marco temporal viola o direito territorial de permanência dos povos indígenas, considerando a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em demandas possessórias, no intervalo de 2009 a 2020. Inicialmente, o trabalho parte do estudo acerca dos direitos territoriais indígenas, com base na legislação brasileira e padrões internacionais, visando compreender no que consiste o direito de permanência, previsto no art. 231, §5º, CF. Em continuidade, a dissertação analisa a tese do marco temporal como precedente estabelecido no julgamento da Petição 3.388, conhecida como Caso Raposa Serra do Sol, e perpassando pelos julgamentos realizados pelo STF envolvendo a tese, até a discussão atual, com o caso do povo Xokleng. Por fim, investiga-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em ações possessórias, durante o período de 2009-2020, investigando se a tese do marco temporal é aplicada pela Corte para violar o direito territorial de permanência dos povos indígenas, e de que forma essa violação se configura. Concluiu-se, a partir de uma abordagem qualitativa-quantitativa, por meio de revisão de literatura e documental, bem como estudo empírico da jurisprudência do TRF, que o marco temporal não é utilizado pelo TRF1 como justificativa para determinar a reintegração de posse em desfavor de povos indígenas. Contudo, o resultado obtido a partir da análise das jurisprudências indica o apego do Tribunal Federal a uma ótica civilista, em detrimento da posse constitucional indígena.

Palavras-chave: Tese do Marco temporal. Direito Territorial de Permanência. Jurisprudência. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

**THE TEMPORAL FRAMEWORK THESIS AND THE VIOLATION OF INDIGENOUS
PEOPLES' TERRITORIAL RIGHT: JUDICIAL DISCUSSION IN POSSESSIONS
ACTIONS OF TRF1**

ABSTRACT

The general objective of this paper was to analyze the extent to which the temporal framework thesis violates the territorial right of permanence of indigenous peoples, considering the jurisprudence of the Federal Regional Court of the 1st Region, in possessory claims, between 2009 and 2020. The work is based on the study of indigenous territorial rights, based on Brazilian legislation and international understandings, aiming to understand what the right of permanence, provided for in art. 231, §5, CF. In continuity, the dissertation analyzes the thesis of the time frame as a precedent established in the judgment of Petition 3.388, known as Raposa Serra do Sol Case, and going through the judgments carried out by the STF involving the thesis, until the current discussion, with the case of the Xokleng people. Finally, the jurisprudence of the Federal Regional Court, in possessory actions, during the period 2009-2020, is investigated, aiming to identify how the time frame thesis is applied to violate the territorial right of permanence of indigenous peoples. Thus, from a qualitative-quantitative approach, through literature and document review, as well as an empirical study of TRF1 jurisprudence, it was concluded that the Federal Court does not use the time frame as an argument to determine the removal of indigenous peoples. in possessory actions. As conclusions, it was found the temporal framework thesis is not used by TRF1 as a justification for determining the repossession in disfavor of indigenous people. However, the result obtained from the analysis of jurisprudence indicate the attachment of de Federal Court to a civilist perspective, to the detriment of indigenous constitutional possession.

Keywords: The temporal framework thesis. Territorial Right of Permanence. Jurisprudence. Regional Court of the 1st. Region

LISTA DE TABELAS

| | |
|---|-----|
| Tabela 1- Quantidade de TI em cada Estado pertencente ao TRF1 | 87 |
| Tabela 2 - Organização das tipologias por tribunal federal..... | 88 |
| Tabela 3 - Universo obtido em primeira amostragem | 90 |
| Tabela 4 - Universo obtido em segunda amostragem | 91 |
| Tabela 5 - Processos julgados no âmbito do TRF, durante o período 2009-2020.... | 94 |
| Tabela 6 - Processos julgados no âmbito do TRF, durante o período 1988-2008.... | 98 |
| Tabela 7 - identificação dos povos indígenas nas decisões analisadas. | 110 |
| Tabela 8 - Situação Fundiária das TI objeto dos acórdãos analisados..... | 114 |

LISTA DE SIGLAS

ADCT - Ato das disposições constitucionais transitórias
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advocacia Geral da União
APIB – Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
Art. - Artigo
CF – Constituição Federal
CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos
CorteIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
Cimi – Conselho Indigenista Missionário
CPC - Código de Processo Civil
DADPI - Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas
DNUPI - Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas
EC – Emenda Constitucional
ED - Embargos de Declaração
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
Ha – Hectare
ISA - Instituto Socioambiental
Min. - Ministro
INSPER - Instituto de Ensino e Pesquisa
MPF - Ministério Público Federal
MS – Mandado de Segurança
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
RE – Recurso Extraordinário
RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
SIDH - Sistema Interamericano de Direitos Humanos
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TI – Terra Indígena
TRF - Tribunal Regional Federal
TRF1 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF3 - Tribunal Regional Federal da 3ª Região
vs. - *Versus*

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE ACERCA DO DIREITO INDIGENISTA BRASILEIRO | 17 |
| 2.1 | Os Direitos Territoriais Indígenas no direito brasileiro | 18 |
| 2.1.1 | Evolução Normativa do Regime Jurídico das Terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro | 18 |
| 2.1.2 | As Terras Indígenas: definições e classificações trazidas pelo Estatuto do índio | 24 |
| 2.1.3 | As Terras Indígenas e o procedimento de demarcação | 26 |
| 2.1.4 | A Constituição Federal de 1988: Marco Multicultural e pluriétnico. | 27 |
| 2.2 | Os Direitos Territoriais Indígenas e o Direito Internacional | 35 |
| 2.2.1 | Os direitos territoriais indígenas nos tratados e convenções internacionais | 35 |
| 2.2.2 | A Construção Jurisprudencial no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos | 39 |
| 2.3 | Violação do direito territorial de permanência: As remoções forçadas de povos indígenas | 47 |
| 2.3.1 | As Violações dos Direitos Territoriais | 47 |
| 2.3.2 | O Direito Territorial de Permanência e a Remoção dos Povos Indígenas: uma análise acerca de sua impossibilidade | 48 |
| 3 | O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TESE DO MARCO TEMPORAL: DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL AO CASO DO POVO XOKLENG | 55 |
| 3.1 | Petição nº 3388: o Caso Raposa Serra do Sol e a Criação da Tese do Marco temporal | 56 |
| 3.2 | Consequências Jurídicas: A aplicação da tese do marco temporal e as decisões do Supremo Tribunal Federal após o julgamento da petição nº 3388. | 66 |
| 3.2.1 | Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087: A Terra Indígena Guýraroká do povo Guarani Kaiowá e a anistia aos crimes praticados durante a ditadura militar | 69 |
| 3.2.2 | Agravo regimental em Recurso Extraordinário (ARE 803.462 - AGR/MS): O Caso da Terra Indígena Limão Verde do Povo Terena e o Esbulho Renitente. | 73 |
| 3.3 | O caso do Povo Xokleng e o julgamento do RE 1.017.365-SC: uma mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal? | 77 |
| 4 | A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO E A TESE DO MARCO TEMPORAL: Violação do direito territorial de permanência dos povos indígenas? | 84 |
| 4.1 | Metodologia Utilizada | 89 |
| 4.2 | Resultados Quantitativos: | 103 |
| 4.2.1 | Quantitativo de ações possessórias que originaram os recursos | 103 |
| 4.2.2 | Quantitativo de ações por Estado de origem, que integra a jurisdição do TRF1 (Distrito Federal e os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins) | 105 |
| 4.2.3 | Quantitativo de recursos analisados por tipologia (apelação ou agravo de instrumento) | 107 |
| 4.2.4 | Quantitativo de Decisões por tipo de posse (indígena ou particular) | 108 |
| 4.2.5 | Quantitativo de decisões que identificam os povos indígenas | 109 |
| 4.2.6 | Quantitativo de decisões que identificam a situação fundiária da terra indígena. | 112 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 4.3 | O TRF1 e o Pré-Marco Temporal: Análise Jurisprudencial em matéria de direitos territoriais indígenas no Período de 1988 a 2008 | 117 |
| 4.4 | A Tese do Marco temporal e a Violação do Direito Territorial de Permanência: A remoção dos Povos Indígenas à luz da Jurisprudência do TRF1 durante o período de 2009-2020 | 120 |
| 4.4.1 | Análise das decisões proferidas em sede de Agravo de Instrumento: | 121 |
| 4.4.2 | Análise dos acórdãos proferidos em sede de Apelação: | 126 |
| 5 | CONCLUSÃO | 133 |
| | REFERÊNCIAS | 138 |
| | ANEXO – TABELA COM A SÍNTESE DOS RESULTADOS OBTIDOS A PARTIR DOS PROCESSOS ANALISADOS | 147 |
| | APÊNDICE A – RELAÇÃO DE DECISÕES ANALISADAS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO PROFERIDAS DURANTE O PERÍODO 2009-2020 | 153 |
| | APÊNDICE B – RELAÇÃO DE DECISÕES ANALISADAS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO PROFERIDAS DURANTE O PERÍODO 1988-2008. | 157 |

1 INTRODUÇÃO

A relação dos povos indígenas com suas terras e com os elementos naturais – água, ar, e fogo - deve ser entendida como uma relação intrínseca, em que ambos se fundem, pertencem um ao outro, não havendo separação (GAMBOA, 2012, p. 01).

Neste sentido, os direitos territoriais dos povos originários ganham especial relevância, esses direitos estão intrinsecamente relacionados à sua própria existência, a relação que mantêm com a terra é fundamental para a sua vivência cultural, espiritual, integridade física e sobrevivência econômica. Por tal motivo, a principal e mais fundamental reivindicação dos povos indígenas é o reconhecimento e a concretização de seus direitos territoriais.

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 se torna um marco regulatório dos direitos dos povos originários, uma vez que revolucionou no reconhecimento de direitos aos povos originários, ao alçar os direitos ao mais elevado status normativo do ordenamento jurídico. A CF/1988, ao inaugurar uma ordem democrática que reconheceu o Estado brasileiro como pluriétnico e multicultural, reconheceu aos povos originários o respeito a sua organização social, a sua cultura, também reconheceu os direitos originários sobre as terras que por eles são ocupadas. Assim, o texto constitucional objetivava romper com o paradigma que imperava na relação Estado brasileiro com os povos indígenas: o assimilacionista, integracionista da condição de indígena (SOUZA FILHO, 2013, p. 15).

Dentre os direitos reconhecidos pelo texto constitucional, o art. 231, §5º reconhece o direito territorial de permanência dos povos indígenas, já que estabelece a vedação às remoções forçadas das terras que tradicionalmente ocupam como regra geral, salvo as hipóteses excepcionais previstas no próprio texto constitucional. A Constituição Federal, assim, reconheceu o direito de permanência dos povos originários em suas terras, direito esse que foi reiteradamente violado, em diversas épocas históricas.

Para os povos indígenas, o território precisa ser compreendido de uma forma mais profunda, do que a propriedade privada concebida pelo direito civil. Assim, falar de território, para os povos originários, é falar também de sua existência, pois a própria existência do povo indígena é condicionada ao território que ocupam, portanto,

“destituir, assim, um povo de seu território equivale condená-lo à morte, ainda que fiquem mantidos alguns indivíduos” (SOUSA FILHO, 2021, p. 120).

Por isso, no presente trabalho, optou-se por definir apenas um direito territorial para análise: o direito de permanência, considerado como a vedação às remoções forçadas, constitucionalmente previsto no art. 231, §5º. A normativa internacional apresenta as remoções forçadas como *prima facie* incompatíveis com quaisquer disposições protetivas e garantidoras de direitos humanos.

Entretanto, mesmo que os direitos territoriais de povos indígenas tenham alcançado o status de direito constitucional, na prática, esses estão em constante ameaça. Ainda hoje, os povos originários lutam para que não haja restrições e retrocessos em seus direitos já duramente conquistados. Dentre as dificuldades apontadas, há um déficit de políticas públicas para a concretização dos direitos constitucionais indígenas sem uma efetiva consolidação da demarcação de suas terras, por exemplo, somada um absoluto desmonte e retrocesso nessas políticas nos últimos anos.

Dados do relatório *State of World’s indigenous people: rights to land, territories and resources*”(2021, p. 35-36), realizado pelo Departamento de Economia e Assuntos Sociais, da Organização das Nações Unidas demonstra que, nos últimos anos, desde o governo de Michel Temer, houve um considerável declínio na demarcação das terras indígenas. O relatório indica que o desmatamento alcançou o maior índice dos últimos tempos. Assim, “o desmatamento na Amazônia em 2019 foi o maior em 11 anos, como um resultado dos incêndios florestais. Os povos indígenas suspeitam que foi uma tentativa deliberada dos agricultores da região de abrir suas terras para as atividades do agronegócio” (ONU, 2021. p. 36)¹

Em meio a essas circunstâncias críticas para a proteção dos direitos territoriais de povos indígenas, está a ameaça da tese do marco temporal. Originada no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Petição 3388/RR, conhecida como Caso Raposa Serra do Sol, a tese estabelece que os povos indígenas só teriam direito às terras que tradicionalmente ocupam, conforme disposto no art. 231, CF, a partir de um marco objetivo: o termo *tradicionalmente ocupada* faria referência às terras

¹ Tradução Livre, do original: “Deforestation in the Amazon in 2019 was the highest it had been in 11 years as a result of forest fires. Indigenous peoples suspect this was a deliberate attempt by agriculturalists to open up their lands for agribusiness activities” (ONU, 2021. p. 36)

efetivamente ocupadas pelos povos indígenas durante a data da promulgação da Constituição, ou seja, 05 de outubro de 1988.

Desde então, a tese do marco temporal tem reverberado nos demais poderes. No legislativo, dentre diversos projetos de lei e propostas de emenda à constituição que visam restringir os direitos, o Projeto de Lei nº 490/2007 visa incluir no texto do Estatuto do Índio, como marco legal, explicitamente, que só poderiam ser reconhecidas como terras indígenas, aquelas efetivamente ocupadas pelos povos originários à data da promulgação da Constituição.

Já no Poder Executivo, foi editado o Parecer nº 001/2017/AGU, durante o governo de Michel Temer, que serve de base jurídica para orientar os órgãos da administração pública federal, bem como as suas autoridades, a observar as condicionantes estabelecidas pelo STF no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol. Aliás, importante salientar que tal tese serviu como justificativa para o governo de Jair Bolsonaro paralisar demarcações de terras de povos indígenas durante todo o seu mandato. Assim, entre os anos de 2019 e 2022, não houve a homologação de nenhuma terra indígena no país, sendo que os procedimentos demarcatórios foram paralisados.

Assim, a presente pesquisa visa analisar como a tese do marco temporal reverbera dentro do Poder Judiciário, haja vista que o Relatório de Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil (2020, p. 12), realizado pelo Conselho Indigenista Missionário, denunciou que, a partir dos dados do ano de 2019, “esta tese tem sido aplicada em diversas decisões judiciais tomadas pelos tribunais federais que visam à anulação de demarcação dos territórios indígenas”.

Por isso, a dissertação pretende responder o seguinte problema de pesquisa: **em que medida a tese do marco temporal viola o direito territorial de permanência dos povos originários, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em demandas possessórias envolvendo povos indígenas, no intervalo de 2009 e 2020?**

Neste sentido, tem-se como hipótese, sobretudo a partir do Relatório de Violência contra os Povos Indígenas no Brasil, que a tese do Marco Temporal é utilizada como argumento jurídico para fundamentar as decisões que resultam em violação do direito territorial indígena de permanência em seus territórios, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Assim, a escolha pelos povos indígenas se justifica tendo em vista as recorrentes ameaças sofridas por seus direitos territoriais, constantemente invisibilizados nas agendas políticas, a partir de um histórico opressor de negação de seus direitos mais básicos.

Por tal motivo, no presente trabalho, utilizarei o termo povos indígenas, e não “índios”, “silvícolas” ou “aborígenes”. Entende-se que a utilização desses termos denota uma forma indevida e desrespeitosa para tratar os povos originários. Segundo Alvaro de Azevedo Gonzaga (2021), a utilização do termo “índios”, primeiramente em virtude da inviabilização dos povos indígenas como sujeitos de direito, bem como a sua utilização pela sociedade brasileira é utilizada em sentido pejorativo, como forma de desdém. Assim, “o termo ‘índio’ também apresenta uma conotação ideológica muito forte e faz com que as pessoas o associem a características negativas (...), além do fato de ignorar toda a diversidade presente entre os povos indígenas” (GONZAGA, 2021, p. 03). Assim, quando necessário e imprescindível for a utilização destes termos, por meio de citações diretas de autores ou jurisprudência, os termos aparecerão em itálico.

A justificativa de escolha da tese do marco temporal como elemento central deste trabalho está no fato que o seu reconhecimento é, hoje, uma das principais ameaças aos direitos territoriais dos povos indígenas, configurando-se como a principal ameaça jurídica. Isto porque a tese vem sendo utilizada como fundamento para paralisar demarcações de terras indígenas, e para anular portarias de demarcações já instituídas, como ocorreu com o caso do povo indígena Guarani Kaiowá, que resultou na sua remoção do TI Panambi-Lagoa Rica. Assim, representa um retrocesso no reconhecimento de direitos indígenas, na medida em que relativiza o acesso à terra demarcada, bem como fragiliza a proteção conferida àqueles territórios já demarcados, vulnerabilizando a segurança da posse dos povos indígenas, pois suas áreas demarcadas ficam suscetíveis à revisão judicial, com a sua possível anulação.

A escolha da tese do marco temporal como argumento jurídico para análise se dá também tendo em vista que a adoção da tese pelo Judiciário brasileiro vai em direção contrária ao que foi estabelecido pela Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no que dispõe a Convenção 169, OIT.

A justificativa desta pesquisa, então, dá-se por sua relevância teórica, tendo em vista que há amplos estudos desenvolvidos acerca das consequências do marco

temporal como sendo “um limitador para o acesso ao direito aos territórios tradicionais dos povos indígenas” (STACK; BRAGATO, 2020, p. 274), bem como a forma como a tese representa um retrocesso ao reconhecimento dos direitos indígenas, pois “denota o bloqueio e a inviabilização das cosmologias indígenas e do passado de tutela, esbulho e violência estatal, contribuindo para a perpetuação de conflitos fundiários violentos e da situação de vida precária dessas populações” (SARTORI JUNIOR, 2016, p. 99).

Contudo, não se vislumbrou nenhuma pesquisa aprofundada acerca da relação entre a aplicação da tese do marco temporal e a remoção de povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam na jurisprudência do TRF1, ou em qualquer outro tribunal federal

Então, como justificativa social, tem-se que a importância do presente trabalho está no fato de que investigar as possíveis violações do direito de permanência na jurisprudência do TRF1 é buscar entender como a própria sobrevivência dos povos indígenas é possivelmente ameaçada pelo Poder Judiciário. Isto porque se entende que a violação deste direito de permanência é a mais grave violação aos direitos territoriais, pois representa uma implosão dos próprios direitos existenciais dos povos indígenas.

Por isso, também, optou-se por delimitar na pesquisa somente as ações possessórias, por entender que, diante de conflitos judicializados, as ações possessórias representam o principal eixo de ameaças que poderão resultar em violação ao direito de permanência.

Ainda, a escolha pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região se dá primeiramente, por ser a Justiça Federal é, de acordo com o que dispõe a Constituição da República, o órgão jurisdicional competente para atuar em demandas que envolvem povos indígenas. Assim, como a finalidade da pesquisa é investigar a forma como a tese do marco temporal afetou a remoção judicial de povos indígenas, tal pesquisa deverá ser feita no âmbito da Justiça Federal.

A opção pelo Tribunal Federal da 1ª Região se deu pelo fato dos estados que compõem o TRF1 (Distrito Federal e os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins) possuem cerca de 424 áreas de terras indígenas, totalizando 115.344.445 hectares, o que representa a maior concentração de TI's no território nacional, segundo dados do Instituto Socioambiental, na Plataforma Povos Indígenas no Brasil.

Por fim, a escolha do intervalo de 2009-2020, justifica-se por ser o período compreendido entre o julgamento da Petição nº 3388/RR pelo Supremo Tribunal Federal, e o ano que antecede o início desta pesquisa, perfazendo, então, um período total de 11 anos de análise.

Diante do exposto, tem-se a adequação do presente projeto de pesquisa com os objetivos do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, na medida em que objetiva desenvolver uma reflexão crítica acerca da aplicação da tese do marco temporal, relacionando-a ao direito territorial de permanência dos povos indígenas no âmbito de um tribunal com competência para julgar conflitos envolvendo povos indígenas, judicializados na Região Amazônica, qual seja, o TRF1.

Neste sentido, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar em que medida a tese do marco temporal pode ter violado o direito territorial de permanência dos povos indígenas, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em demandas possessórias, no intervalo de 2009 e 2020.

Para tanto, como metodologia, a dissertação terá uma abordagem qualitativa-quantitativa, por meio de revisão de literatura e documental, bem como estudo empírico da jurisprudência do TRF1. O estudo bibliográfico partirá, especialmente, das obras de José Afonso da Silva, Carlos Frederico Maré de Souza Filho, Manuela Carneiro da Cunha, Débora Duprat, Luiz Fernando Villares, Fernando da Costa Tourinho Neto, visando verificar o estado da arte acerca dos direitos territoriais indígenas, a partir da análise da evolução normativa brasileira. Em seguida, por meio do estudo documental e bibliográfico, será analisado de que forma deve ser entendido o direito de permanência dos povos indígenas.

De igual forma, a partir da abordagem qualitativa, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir da Petição 3388, envolvendo o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, já que este foi o primeiro julgado em que a Corte Constitucional abordou a tese do marco temporal. Em seguida, serão analisados os demais casos, julgados pelo STF, notadamente pela 2ª turma, que aplicaram a tese.

Para investigar a possível relação entre a violação de direitos territoriais indígenas e a tese do marco temporal, o que será feita em um terceiro capítulo, optou-se por, também, realizar uma pesquisa de abordagem quali-quantitativa, a partir da análise de julgados proferidos no âmbito do 2º grau do TRF1. Nesta etapa, a pesquisa será realizada em três etapas: (1) identificação das decisões a serem analisadas; (2)

análise quantitativa, a partir de parâmetros estabelecidos, no sentido de identificar se existe algum padrão entre as ações, nas quais foram proferidas as decisões; (3) análise quantitativa, para verificar qual o fundamento da decisão. A primeira etapa do método foi cumprida ainda na fase anterior à qualificação, o que resultou no total de 31 decisões a serem analisadas.

Assim, no primeiro capítulo, o qual corresponde ao primeiro objetivo específico desta pesquisa, objetiva-se analisar os direitos territoriais indígenas, a partir de sua evolução normativo-constitucional, bem como sua positivação no plano internacional e sua aplicação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, analisar-se-á a violação ao direito de permanência (remoção) como a mais grave delas.

Em seguida, o segundo capítulo, correspondente ao segundo objetivo específico do trabalho, tem por finalidade compreender os parâmetros da tese do marco temporal, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como suas respectivas críticas e consequências jurídicas, políticas e sociais.

Por fim, o terceiro e último capítulo, coincidente com o terceiro objetivo específico proposto, abordará, de forma mais empírica, a análise dos julgados coletados no Tribunal Regional Federal da 1ª região, com a finalidade de investigar a relação da tese do marco temporal e da violação dos direitos territoriais indígenas nos referidos julgados.

2 DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE ACERCA DO DIREITO INDIGENISTA BRASILEIRO

Os povos indígenas estão intimamente ligados à questão da terra. A terra para nós é muito mais do que mercadoria. A terra para nós é muito mais do que um pequeno pedaço de terra negociável. Nós temos uma relação espiritual pela terra de nossos ancestrais. Nós não negociamos direitos territoriais. Terra para nós representa a vida. Terra é mãe. E mãe não se vende! Não se negocia! Mãe se cuida. Se defende. Se protege!.
Sônia Guajajara

Eloy Amado (2014) afirma que, para a melhor defesa dos direitos dos povos indígenas, faz-se necessário diferenciar o direito indígena do direito indigenista. Tal “distinção é importante por expressa previsão legal no direito brasileiro da aplicação do direito indigenista quanto do direito indígena (direito próprio)” (ELOY AMADO, 2014, p. 19).

Neste sentido, o direito indígena é próprio das comunidades indígenas, a partir de sua organização, costumes, e sistema próprio de resolução de conflitos. “Essas comunidades valiam-se de meios próprios em suas relações sociais, ou seja, do direito indígena – direito próprio, direito segundo seus costumes – direito consuetudinário” (ELOY AMADO, 2014, p. 18)

São diversos os povos indígenas existentes no país, e cada um deles com a sua própria forma de viver e (re)existir, com organização social, leis e direitos singulares a cada povo. Portanto, pode-se afirmar que, no Estado Brasileiro, há a existência de um pluralismo jurídico, tendo em vista a coexistência de diversas formas de criar e fazer direito, mesmo que algumas delas não sejam reconhecidas pelo Estado. Este fenômeno se justifica a partir da compreensão de que “uma sociedade que não é uma não pode corresponder um único direito, outras formas e outras expressões haverão de existir, ainda que simuladas, dominadas, proibidas e, por tudo isto, invisíveis” (SOUZA FILHO, 2021, p. 23).

Já o direito indigenista é aquele “conjunto de normas elaboradas pelos não índios, para os índios, tal como o Estatuto do índio de 1973; a Convenção 169 da OIT e vários outros dispositivos legais esparsos pelo ordenamento jurídico brasileiro” (ELOY AMADO, 2014, p. 18). O direito indigenista, por muitos séculos, foi (e, ainda o é, em diversas situações) permeado por uma lógica assimilacionista, integradora, tutelar e colonialista.

Neste sentido, o presente capítulo realiza um apanhado geral acerca dos direitos territoriais indígenas, a partir da ótica do direito indigenista, ou seja, aquele produzido pelo Estado, principalmente por pessoas não indígenas.

2.1 Os Direitos Territoriais Indígenas no direito brasileiro

Nesta seção, serão abordados os tópicos quanto à evolução normativa do Regime Jurídico das terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro; bem como as definições de terras indígenas trazidas pelo Estatuto do *Índio*. Em continuidade, a seção traz breves apontamentos acerca do procedimento de demarcação, e, por fim, a seção apresenta a Constituição Federal como um marco multicultural e pluriétnico para o reconhecimento de direitos territoriais aos povos tradicionais.

2.1.1 Evolução Normativa do Regime Jurídico das Terras indígenas no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Manuela Carneiro da Cunha (2018, p. 435), “o direito dos *índios* a suas terras, apesar de frequentemente transgredido, foi reconhecido desde a época colonial”. É o caso, por exemplo, do Alvará de 1º de abril de 1680, durante o Brasil Colonial. Tal norma jurídica indica que, ao conceder cartas de sesmarias, a Coroa Portuguesa não poderia ignorar os direitos dos povos indígenas. Para este diploma normativo colonial, “os *índios* eram senhores de seus domínios e os desaldeados seriam agraciados com lugares convenientes para lavrarem e cultivarem” (VILLARES, 2020, p. 99)

Assim, é possível perceber que a discussão acerca da posse e propriedade das terras indígenas sempre foi pauta jurídica, desde a chegada dos portugueses em terras brasileiras, sendo certo que é possível encontrar referências aos direitos dos indígenas sobre suas terras em legislações inclusive anteriores ao Alvará de 1º de abril de 1680². Contudo, ressalta-se a importância do Alvará de 1º de abril de 1680, pois, conforme indica José Afonso da Silva (2003), esta legislação seria a origem da teoria do indigenato.

² Segundo Villares (2020), pode-se citar os seguintes diplomas normativos que reconhecem a soberania indígena e o direito ao território ainda no Brasil colônia: como a Carta Régia de 30.07.1609, que declarou a proteção à liberdade dos indígenas; a Carta Régia de 10.09.1611, dentre outras.

A teoria do indigenato é a “doutrina jurídica positivista que reconhece o direito dos *índios* ao domínio das terras que ocupam” (VILLARES, 2020, p. 103). Para essa teoria, que tem como seu principal expoente o jurista João Mendes Júnior, os direitos territoriais indígenas são congênitos, não são adquiridos por nenhum título concedido pelo Estado, posto que são anteriores a este:

(...) o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possiendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o alvará de 01.04.1680 como direito congênito. (...) Não se concebe que os *índios* tivessem adquirido por simples *ocupação*, *aquillo* que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos *índios* estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado (MENDES JUNIOR, 1912, p. 58-59)

Em que pese o reconhecimento de determinados direitos territoriais durante o período colonial, inclusive territoriais, aos povos indígenas, na prática, tais disposições não possuíam qualquer efetivação por parte da Coroa Portuguesa. Tourinho Neto (1993, p.12) cita como exemplo que a Lei de 10 de março de 1570 autorizava a escravização de indígenas capturados em “guerra justa” autorizada por reis ou governadores e em casos de cometimento de infrações, tais como roubo de moradias e assassinatos. Ressalta-se, em caso de “Guerra Justa”, as terras indígenas que fossem conquistadas, seriam consideradas devolutas, por força da Carta Régia 02.12.1808. Assim, nessa hipótese, além de terem privadas a sua liberdade, os povos indígenas ainda eram retirados de seus territórios.

Com a independência do Brasil da Colônia Portuguesa, houve a elaboração de uma Constituição para o império brasileiro. Contudo, a Constituição Imperial de 1824 não traz quaisquer menções aos povos indígenas, nem aos seus direitos. Neste período, em especial durante o Segundo Reinado (1840-1889), prevaleceu a distinção entre indígenas mansos e indígenas bravos.

Segundo Araújo Júnior (2018), os indígenas mansos eram aqueles considerados como integrados à sociedade, o que justificava a negação de qualquer tratamento específico voltado ao reconhecimento de seus direitos territoriais, bem como autorizava a extinção de seus aldeamentos. Enquanto, os indígenas bravos eram os destinatários do aldeamento, como uma forma de deixá-los concentrados.

Após um longo período marcado pela posse, na qual não havia qualquer regulamentação estatal sobre o uso e aquisição da terra, é promulgada a Lei de Terras (Lei nº 601/1850), em 1850, trazendo com ela a lógica da mercantilização fundiária,

ou seja, a transmissão das terras do patrimônio público para o privado. É com a Lei de Terras que há a conceituação de terras devolutas. Para a Lei nº 601/1850, se a terra não estivesse enquadrada nas categorias trazidas pela norma³ ou que não possuíam nenhuma destinação pública, seria considerada como devoluta. Assim, eram consideradas como terras devolutas aquelas que são baseadas no uso comum, ou seja, aquelas terras ocupadas por indígenas, quilombolas, ribeirinhos e pescadores.

Em relação à situação específica das terras indígenas, a Lei nº 601/1850 traz apenas uma disposição, em seu artigo 12, de que as terras devolutas seriam reservadas à colonização de indígenas.

No plano constitucional, a primeira constituição republicana, a Constituição de 1891 nada trouxe sobre a proteção ou o reconhecimento de terras aos povos indígenas. Pelo contrário, definiu como patrimônio público estadual as terras devolutas situadas em seus respectivos territórios e patrimônio público federal as terras devolutas indispensáveis para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferros federais. Ante a ausência de norma específica disciplinando a situação territorial dos povos indígenas, “as terras indígenas, desde que não ocupadas no sentido civilista da palavra, passaram de fato a ser consideradas devolutas” (VILLARES, 2020, p. 106).

Foi a Constituição de 1934, a primeira a tratar sobre terras indígenas como assunto de natureza constitucional. Além de definir como competência da União Federal legislar sobre questões indígenas, o seu artigo 129 previu o respeito à posse e à terra indígenas, ao dispor que:

Será respeitada a posse e terras de *silvícolas* que nelas achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

Já a Constituição de 1937, em seu artigo 154, repetiu a previsão, contudo, realizando pequenas alterações meramente de disposição de palavras, sem alteração do sentido da norma. Em que pese não ter realizado alterações significativas em

³ Assim dispõe a Lei de Terras sobre a classificação de terras devolutas: Art. 3º São terras devolutas: § 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal; § 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei; § 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

relação ao disposto na Constituição anterior, o art. 154 “influenciou a redação de artigos protetivos às terras indígenas nas Constituições dos estados do Amazonas, Pará, Maranhão e Mato Grosso” (VILLARES, 2020, p. 108). Assim dispôs o texto constitucional de 1937:

Art. 154 Será respeitada aos *silvícolas* a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

No mesmo sentido das Constituições anteriores, o texto constitucional de 1946 apenas alterou a ordem das palavras, mantendo o sentido de vedação à transferência das terras, e garantido aos indígenas o respeito à posse exercida:

Art. 216 Será respeitada aos *silvícolas* a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Pontes de Miranda (1953), ao tecer comentários acerca da disposição contida no art. 216 da Constituição de 1946, indica que:

O texto respeita a ‘posse’ do *silvícola*, a posse a que ainda se exige o pressuposto da localização permanente. (...) Desde que haja posse e localização permanente, a terra é do nativo, porque assim diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos *silvícolas*, ou em que se achem, é nula, por infração da Constituição. (...) Os juízes não podem expedir mandados contra *silvícolas* que tenham posse, e nas terras, de que se trata, se localizarem com permanência (PONTES DE MIRANDA, 1953, p. 335-336)

Em que pese definir o respeito à posse dos indígenas, a Constituição de 1946 não define quem seria o proprietário dessas terras. Neste sentido, mesmo ante a ausência de uma definição expressa acerca do domínio dessas terras, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as terras indígenas integrariam o patrimônio público da União Federal, conforme o RE nº 44.585, de relatoria do Ministro Ribeiro da Costa, julgado em 1961.

Aliás, no julgamento deste RE, que tratou sobre a inconstitucionalidade de lei do estado do Mato Grosso que reduziu a terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas da etnia Kadiwéu, o voto do Ministro Victor Nunes Leal ressaltou a diferença existente entre a posse indígena e a posse/propriedade civilista:

O objetivo da Constituição Federal é que ali permanecessem os traços culturais dos antigos habitantes (...). Não está em jogo, propriamente um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista do vocábulo; trata-se do habitat de um povo. Se os *índios*, na data da Constituição ocupavam

determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais depois, e poderia acabar confinando os *índios* a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas. (BRASIL, 1961, p. 471)

Como ideias convergentes, excepcionando-se a Constituição de 1891, todos os textos constitucionais republicados até 1946 trataram acerca do respeito à posse permanente dos povos originários, dispendo, também, sobre a impossibilidade de alienação. Ainda, todas as constituições supramencionadas possuem em comum o fato de não terem delimitado qual o papel dos entes federativos, notadamente da União e dos Estados, na implementação e na garantia desse direito territorial. Aliás, os textos constitucionais sequer indicam como, de qualquer forma, tal direito seria implementado ou de quem seria a propriedade dessas terras, já que explicitamente, em um viés tutelar, delimita que os povos indígenas apenas possuem a posse de suas terras.

Araújo Júnior (2018) afirma que a ausência de uma norma específica que definisse direitos territoriais e obrigações estatais voltadas aos povos indígenas resultou em duas formas de interpretações restritivas: a primeira diz respeito ao tratamento, já que considerava como não-indígenas aqueles que já estavam “integrados” ao restante da sociedade; a segunda forma de interpretação estabelecia uma espécie de marco temporal, ao definir que o direito à terra, constitucionalmente previsto, restringe-se somente àqueles que se encontravam na posse das terras na data da Constituição de 1934, ou seja, 16 de julho de 1934, já que foi a primeira constituição a definir tal direito.

Já sob a égide do regime militar, instalado no país no ano de 1964, a Constituição de 1967 passou a prever expressamente, no sentido do que já se havia firmado pela jurisprudência do STF, que as terras indígenas são bens da União⁴, ou seja, definindo um caráter de bem público aos territórios indígenas. Assim, ao tratar sobre os direitos territoriais indígenas, o texto constitucional de 1967 seguiu a mesma lógica de seus antecessores incluindo, entretanto, o direito dos povos indígenas ao

⁴ Assim dispõe o texto constitucional de 1967: Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras em que habitam:

Art. 186 - É assegurada aos *silvícolas* a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Apesar de apresentar o reconhecimento de um novo direito (o de usufruto dos recursos naturais), há de se lembrar que o texto constitucional de 1967 estava impregnado com uma visão integracionista, típica da ditadura militar, a qual enxergava que os povos indígenas precisavam ser integrados à “comunhão nacional”. Cumpre ressaltar, para o princípio integracionista:

os *índios* são indivíduos não evoluídos, membros de populações em um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional (art. 1o da OIT/53), ou seja, são um nível inicial do processo da evolução, se comparados com a sociedade não-índia, pelo que o Estado tem a responsabilidade de buscar sua integração a esta, de forma a possibilitar-lhes o desenvolvimento (VITORELLI, 2013, p. 30)

Assim, o próprio texto constitucional previu a competência da União para legislar sobre a incorporação dos povos indígenas à dita “comunhão nacional”⁵. Fato curioso é que o mesmo inciso em que está a expressa previsão de incorporação dos povos indígenas, retrata também sobre nacionalidade e cidadania, como se os povos indígenas não fossem brasileiros, estivessem aquém do Estado, somente passando a se tornar cidadãos com a efetiva integração à “comunhão nacional”.

Com a outorga da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, pelo General Costa e Silva, o artigo 198 passou por algumas alterações, notadamente o acréscimo dos parágrafos 1º e 2º ao texto do artigo, enquanto às demais disposições que tratavam sobre os povos indígenas permaneceram inalteradas:

Art. 198. As terras habitadas pelos *silvícolas* são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos *silvícolas*.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

⁵ Assim dispõe o texto da Constituição de 1967: Art 8º - Compete à União: XVII - legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos *silvícolas* à comunhão nacional;

José Afonso da Silva (1983) afirmou que, de acordo com a sua classificação quanto à eficácia das normas constitucionais, o art. 198 da Constituição de 1967 (alterado pela EC nº 1/1969) teria eficácia plena, ou seja, não dependeria de qualquer regulamentação do legislador infraconstitucional para que fosse aplicada e produzisse seus efeitos⁶.

2.1.2 As Terras Indígenas: definições e classificações trazidas pelo Estatuto do *índio*

Sob a égide da Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 01 de 1969, entrou em vigor o Estatuto do *Índio* (Lei nº 6001/1973). Como toda a lógica que permeava a política indigenista durante a ditadura militar, a Lei nº 6001/1973 tinha como principal objetivo integrar os povos indígenas, de forma “gradual e harmônica”, à “comunhão nacional”, conforme explicitado logo em seu art. 1º.

De acordo com Luis Fernando Villares (2020, p. 62), “os textos normativos presentes em alguns artigos do Estatuto do Índio são eivados de inconstitucionalidades ou confrontantes com outras disposições legais infraconstitucionais, sendo por elas revogados ou tendo o jurista que interpretá-los para extrair o melhor conteúdo normativo”

Neste sentido, coaduna-se com o entendimento de Luiz Henrique Eloy Amado, no sentido de entender que:

o Estatuto do *índio* é norma de natureza infraconstitucional e mesmo não sendo revogada expressamente, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, ou seja, embora estando em vigor e existindo no mundo jurídico, alguns dispositivos desta lei encontram-se com a eficácia de aplicabilidade suspensa por força do comando constitucional (ELOY AMADO, 2014, p. 30-31)

6 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.515-6 DF, Rel. Min. Djaci Falcão – DJ 22.08.1986, entendeu que não há direito adquirido nem direito à propriedade em relação à títulos emitidos em terras ocupadas pelos povos indígenas, *in verbis*: “e não há de invocar, com arrimo nos aludidos documentos (CF e Estatuto do Índio) a proteção constitucional aos direitos adquiridos e ao direito de propriedade para legitimar a impetração de mandado de segurança. A evidência, não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas. Contudo, a Corte Constitucional, anteriormente, também já havia proferido entendimento, no julgamento do MS nº 20.234/1980, de relatoria do Min. Cordero Guerra – DOU 01.07.1980, de que o artigo 198 da CF representaria a abolição da propriedade privada, neste sentido: O que está dito no art. 198 é mais ou menos o que está no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário. Isso entra em choque, evidentemente, com o art. 153, §22, da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada”.

Em relação às terras indígenas, o referido Estatuto indica que, conforme o art. 2º, inciso IX, cabe à União, aos Estados e municípios garantir *aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.*

A Lei nº 6001/1973 apresenta uma classificação acerca das terras indígenas, diferenciando-as a partir de três categorias, conforme o disposto no art. 17: I - as terras ocupadas ou habitadas pelos indígenas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição de 1967, alterada pela EC 01/1969; II - as áreas reservadas; III - as terras de domínio das comunidades indígenas. Para Souza Filho (2021, p. 129), “todas são protegidas, todas devem ser demarcadas, todas são destinadas ao uso e posse direta dos indígenas, em todas está permitida a caça e a pesca e a extração e coleta de frutos”.

A primeira categoria de terras indígenas apresentada pelo Estatuto são as terras ocupadas ou habitadas pelos indígenas. Essa categoria de terras indígenas parte da compreensão, segundo Souza Filho (2021, p. 130), do fenômeno da ocupação tradicional. Neste sentido, “basta que haja ocupação tradicional, basta que haja posse permanente dos *índios* sobre a terra que a terra é indígena, com as consequências jurídicas próprias dentro do sistema”. Tais consequências seriam, de acordo com o autor, imprescritíveis e indisponíveis, sendo elas: a propriedade inalienável e indisponível da União; a posse permanente do grupo indígena; o usufruto exclusivo; direito às riquezas naturais; direito de permanência com a vedação da remoção do grupo da área.

Já a segunda categoria trazida pela norma, denominada de terras reservadas, seriam àquelas, segundo o art. 22, caput, do Estatuto, “áreas destinadas à posse e ocupação pelos *índios*, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais”.

As terras reservadas são aquelas não ocupadas pelos indígenas, mas para eles destinadas, por afetação ou destinação (SOUZA FILHO, 2021). Seriam as terras de propriedade da União transformadas em terras indígenas, que, depois de entregues aos povos originários, passariam a deter de todas as características intrínsecas às terras indígenas tradicionalmente ocupadas.

Por sua vez, as áreas reservadas, segundo o parágrafo único do art. 26, podem ser de três tipos: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena. O caput do art. 27 traz a definição de reserva indígena como “uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência”.

Já o parque indígena, a colônia agrícola e os territórios federais indígenas, previstos, respectivamente, nos artigos 28, 29 e 30 do Estatuto:

São apenas nomes, sem repercussão jurídica, servindo, algumas vezes para arrogância de alguma política indigenista intentar converter terra indígena em parque ou colônia, no intento de desconstituir, aos poucos, o caráter definitivo e exclusivo da terra indígena. O território federal indígena é uma unidade administrativa de criação possível, mas inviável no sistema jurídico existente (SOUZA FILHO, 2021, p. 131)

Já o art. 32 traz as terras que seriam de propriedade plena dos povos indígenas. São aquelas terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil. Tal disposição trata-se de uma repetição da legislação civilista, com o intuito de reafirmar que os povos indígenas, capazes de adquirir bens e direitos de acordo com a lei civil (SOUZA FILHO, 2021).

O art. 18 indica que as terras indígenas não podem ser objeto de quaisquer negócios jurídicos, inclusive o arrendamento, que possa restringir o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos *silvícolas*⁷. Ainda, dentro das terras indígenas, é vedado a terceiros não-indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.

Em continuidade às disposições, o Estatuto delimita, em seu art. 23, o que entende como posse indígena, definindo-a como a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

2.1.3 As Terras Indígenas e o procedimento de demarcação

Determinou o Estatuto do *Índio* a competência da União em promover administrativamente a demarcação de terras indígenas, o que também foi,

⁷ A Lei nº 6001/1973 diferencia comunidades indígenas e “índios ou silvícolas”. Segundo o art. 3º do referido diploma, entende-se Índio ou Silvícola como 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; já 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.

posteriormente, definido pela Constituição Federal. Contudo, importante ressaltar que “a demarcação de terras indígenas somente é necessária para a sua própria proteção física, mas não se pode deixar de protegê-las juridicamente, ainda que não haja demarcação” (SOUZA FILHO, 2021, p. 148).

Segundo Souza Filho (2021), o ato de demarcação é meramente declaratório, e não constitutivo. Ou seja, a terra indígena é assim definida pela simples ocupação dos povos originários, não necessitando de uma chancela do Estado para a sua existência. Assim, “a demarcação não é ato administrativo que constitui a terra indígena, mas é mero ato de reconhecimento, de natureza declaratório” (SOUZA FILHO, 2021, p. 148).

Neste sentido, Luiz Fernando Villares indica que a demarcação é o reconhecimento formal das terras indígenas, fruto de uma herança positivista, “que outrora idealizava o tratamento de povos indígenas e seus territórios como povos independentes dentro do Brasil” (VILLARES, 2020, p. 125).

De acordo com o art. 19 do Estatuto, a demarcação das terras indígenas deve ocorrer por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, qual seja, a FUNAI. Esse processo administrativo de demarcação deve ser regulado por decreto do Presidente da República, e, após findado com a respectiva homologação, a demarcação será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

O processo de demarcação é regulamentado pelo Decreto nº 1.775/96, o qual prevê as seguintes etapas: identificação e delimitação, aprovação pela FUNAI, contestação, declaração de limites pelo Ministro da Justiça, demarcação física, homologação do Presidente da República, registro e desintrusão.

Não se objetiva com o presente trabalho detalhar o procedimento de demarcação, tendo em vista que foge dos objetivos desta dissertação. Contudo, em relação ao processo de demarcação, é importante reforçar que a demarcação das terras indígenas tão somente reconhece uma situação já existente, não cria ou modifica direitos. Portanto, não se pode liminar o reconhecimento de direitos territoriais indígenas à terra demarcada.

2.1.4 A Constituição Federal de 1988: Marco Multicultural e pluriétnico.

Pela sua importância no reconhecimento dos direitos indígenas *latu sensu*, faz-se necessário tecer comentários mais aprofundados acerca da Constituição da República de 1988, e a sua importância para os direitos territoriais dos povos originários, tendo em vista que “a constituição brasileira de 1988 foi a primeira no Brasil a possuir todo um capítulo dedicado à proteção dos direitos originários dos povos indígenas” (FERNANDES, 2018, p. 139)

Registra-se, inicialmente, que os direitos reconhecidos aos indígenas no texto da Constituição Cidadã são frutos diretos da própria luta e reivindicações dos povos originários, que se mobilizaram, durante a Constituinte, para que os antigos paradigmas integracionistas, assimilacionistas, de incorporação, de incapacidade jurídica, fossem superados.

Inclusive, as articulações dos povos indígenas iniciaram, conforme expõe Backes e Azevedo, ainda em 1985. “Inúmeras foram as reuniões preparatórias dos povos indígenas para discutir as reivindicações para a nova Carta, e não foram descuidadas articulações com outras entidades do movimento social, ao longo de todo o processo” (BACKES, AZEVEDO, 2009, p. 510).

Durante os trabalhos da Constituinte, Ailton Krenak, em seu discurso “invocação à terra”, ao pintar seu rosto com tinta preta de jenipapo - produto utilizado pelo povo krenak em momentos de luto - em sinal de protesto pela possível não aprovação de um texto constitucional que não incluísse direitos aos povos indígenas, o líder indígena ressaltou que:

Assegurar para as populações indígenas o reconhecimento aos seus direitos originários às terras em que habitam – e atencem bem para o que digo: não estamos reivindicando nem reclamando qualquer parte de nada que não nos cabe legitimamente e de que não esteja sob os pés do povo indígena, sob o habitat, nas áreas de ocupação cultural, histórica e tradicional do povo indígena. Assegurar isto, reconhecer às populações indígenas as suas formas de manifestar a sua cultura, a sua tradição, se colocam como condições fundamentais para que o povo indígena estabeleça relações harmoniosas com a sociedade nacional, para que haja realmente uma perspectiva de futuro de vida para o povo indígena, e não de uma ameaça permanente e incessante

Assim, com toda as articulações e lutas dos povos indígenas durante a constituinte, a Constituição Federal de 1988, além de “representar uma clivagem em relação ao sistema constitucional pretérito” (DUPRAT, 2007, p. 1), torna-se um marco regulatório dos direitos dos povos originários. Isto porque a CF/1988 revolucionou o

reconhecimento de direitos aos povos originários, ao inaugurar uma ordem democrática que reconheceu o Estado brasileiro como pluriétnico e multicultural.

Inicialmente, é importante inserir a Constituição Federal dentro de uma tendência das Constituições latino-americanas em reconhecer os direitos aos povos indígenas. Para Souza Filho (2021, p. 18), o que caracteriza este movimento do constitucionalismo não é o simples fato das constituições serem produzidas na América Latina, mas “por seu conteúdo revelar formações sociais por um lado diferentes das da Europa e, por outro, com uma identidade regional”.

De acordo com a classificação de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (2015)⁸, sobre os ciclos do constitucionalismo multicultural na América Latina, a Constituição brasileira de 1988 está inserida no primeiro ciclo, compreendido entre os anos de 1982-1988, denominado de “Constitucionalismo Multicultural”.

Segundo Farjado (2015), é neste ciclo que se insere o conceito de diversidade cultural, com o reconhecimento da multiculturalidade e de diversas demandas indígenas, bem como as Constituições passam a prever direitos indígenas específicos. Juntamente com a Constituição brasileira, neste ciclo também são reconhecidas as Constituições do Canadá (1982) e da Guatemala (1985).

A nova ordem constitucional também trouxe uma orientação multicultural e pluriétnica, ao reconhecer direitos coletivos aos povos indígenas e quilombolas. Neste sentido, Juliana Santilli (2005, p. 51) aponta que a Constituição de 1988 “claramente segue o paradigma do multiculturalismo, ao reconhecer direitos territoriais e culturais aos povos indígenas, quilombolas e a outras populações tradicionais e ao romper com o modelo assimilacionista e homogeneizador”.

Para Santilli, a Constituição Federal de 1988 passou a ser o arcabouço jurídico ao socioambientalismo, pois trouxe um capítulo inteiro voltado à proteção do meio ambiente. O movimento socioambientalista se baseia na ideia de que “políticas

⁸ A autora apresenta 3 (três) ciclos do Constitucionalismo multicultural latino-americano: 1) Constitucionalismo Multicultural (1982-1988); 2) Constitucionalismo Pluricultural (1989-2005); 3) Constitucionalismo Plurinacional (2006-2009).

Em síntese, o Constitucionalismo Plurinacional, representado pelas Constituições da Colômbia (1991); México e Paraguai (1992); Peru (1993); Bolívia e Argentina (1994); Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999), é o segundo ciclo, no qual as Constituições passam a reconhecer um pluralismo jurídico, com o reconhecimento, de forma expressa, das normas, procedimentos e autoridades indígenas. É neste ciclo também que as Constituições oficializam os idiomas indígenas, adota a educação bilíngue e intercultural, a consulta prévia.

Já o Constitucionalismo Plurinacional, representado pelas Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), é aquele em que há a incorporação da cosmovisão dos povos indígenas, em especial o direito ao *buen vivir/ vivir bien*.

públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimento e de práticas de manejo ambiental” (SANTILLI, 2005, p. 34)⁹.

Em seu Capítulo VIII, reservado exclusivamente aos povos indígenas, além de reconhecer aos povos originários o respeito à sua organização social, à sua cultura, o texto constitucional reconheceu os direitos originários sobre as terras que por eles são ocupadas. O artigo 231 do texto constitucional inaugura as disposições que são voltadas exclusivamente ao reconhecimento de direito aos povos originários. Desta forma, já, desde logo, evidencia que:

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.

Desde logo, entende-se que o art. 231 é cláusula pétrea, por prever direitos fundamentais aos povos indígenas. Neste sentido, alinha-se ao entendimento de Daniel Sarmiento, de que “a melhor interpretação da Constituição, sem sombra de dúvidas, é a que qualifica o direito do art. 231 da Constituição como cláusula pétrea” (SARMENTO, 2013, p. 13). Para o referido autor:

para os povos indígenas, a terra representa muito mais do que um bem patrimonial. A terra é o *habitat*, com o qual as comunidades, e cada um dos seus integrantes, mantêm profundo vínculo espiritual. É o espaço em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes. A garantia do direito à terra é, portanto, condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como *índio* (SARMENTO, 2013, p. 09)

A Constituição ao reconhecer aos povos indígenas o direito à sua organização social, aos seus costumes, línguas e crenças, objetiva romper com o paradigma que imperava na relação Estado brasileiro com os povos indígenas: o assimilacionista, integracionista (SOUZA FILHO, 2013, p. 15). “A Constituição de 1988 reconhece aos *índios* o direito de ser *índio*, de manter-se como *índio*” (SOUZA FILHO, 2021, p.107).

⁹ Dentro de um país marcado por desigualdade, a lógica de um novo paradigma desenvolvimentista deve ser pautada na redução da pobreza e da desigualdade social, promovendo valores de justiça social e equidade. E nesta lógica, o socioambientalismo, como um novo paradigma de desenvolvimento, “deve promover e valorizar a diversidade de cultura e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação na geral ambiental” (2005, p. 34). O Socioambientalismo surge como uma alternativa ao conservadorismo/preservacionismo, cuja pauta se distanciava das lutas de movimentos sociais, em especial dos povos indígenas e comunidades tradicionais (SANTILLI, 2005).

Para Ana Valéria Araújo (1993), a Constituição Federal de 1988 abandona a ideia de que a cultura indígena estava fadada à extinção, já que os indígenas deveriam ser integrados à comunhão nacional. A nova constituição, assim, funda-se no direito à diferença, garantindo aos povos indígenas a tutela constitucional aos seus valores, à sua cultura (ARAÚJO, 1993).

No mesmo sentido, Vitorelli (2013, p. 30-32) afirma que

A nova ordem jurídica, implementada pela Constituição da República de 1988, acolheu a relatividade das culturas, como demonstra a leitura do art. 231, que reconhece e valoriza a diversidade cultural, assim como a pluralidade de etnias. Não busca a ordem constitucional assimilar os *índios* à cultura predominante entre os não-*índios*.

A Constituição Federal de 1988 não criou o direito à terra ou o direito ao território aos povos indígenas. “Tratam-se de direitos territoriais apenas declaratórios e não constitutivos, porque o direito à terra é anterior, sendo o Indigenato a fonte primária e congênita da posse territorial” (DAN; ASSIS, 2020, p. 264).

Manuela Carneiro da Cunha, no mesmo sentido, reforçou a ideia de que a CF/1988 ressaltou a natureza histórica dos direitos indígenas, já que “são direitos originários, anteriores ao próprio Estado. Existem por si só, independentemente do reconhecimento que o Estado lhe deve” (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 440).

De igual modo, José Afonso da Silva reforça a ideia de que “os dispositivos constitucionais sobre a relação dos *índios* com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar a teoria do indigenato” (SILVA, 2018, p. 31). Silva ainda reforça que o indigenato não pode ser confundido com a mera posse, posto que essa depende do preenchimento de requisitos que a legitimem, enquanto aquele independe de qualquer legitimação, inclusive estatal. (SILVA, 2018).

Afirmar que um determinado direito é declarado, reconhecido por parte do Estado, traz implicações distintas de quando um determinado direito é criado. Andressa Lewandowski aponta que:

No caso indígena, reconhecendo esse direito, assevera-se que ele já existia antes da lei, ou seja, é a ela preexistente, o que restringe o escopo da atuação estatal às ações protetivas e declaratórias. Sendo anterior à lei, não é um direito disciplinado pelos requisitos de posse e propriedade (2019, p. 59)

Liana Amin Lima da Silva e Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2016) indicam que a Constituição Federal, com vistas a garantir a existência dos povos

indígenas, apresentou uma perspectiva decolonial, na medida em que permite e garante a forma de existir, com liberdade, deste povo culturalmente diferenciado.

O artigo 231 também traz a obrigação, da União Federal, de demarcar, proteger e respeitar os territórios indígenas. A União apresenta-se como o ente federativo central na relação entre Estado e povos indígenas, inclusive, cabendo a ela legislar privativamente sobre assuntos relacionados a estes povos originários, conforme dispõe o art. 22, XIV. Em relação à obrigação de demarcar as terras indígenas, o art. 67, do ADCT, previu o prazo de 5 anos para que as demarcações fossem concluídas pela União.

O art. 231 do texto constitucional indica que é direito elevado ao *status* constitucional dos povos indígenas o “direito originário às terras que constitucionalmente ocupam”. Dentro desta previsão, a Constituição se preocupou em conceituar “terras tradicionalmente ocupadas”, no §1 do art. 231:

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos *índios* as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Diante desta conceituação, é evidenciada a importância da terra, já que esta é um elemento essencial para o exercício de direitos aos povos originários (DUPRAT, 2018). Assim, “a centralidade da terra está exatamente na sua estreita relação com os aspectos culturais e identitários do grupo” (DUPRAT, 2018, p. 86).

De acordo com José Afonso da Silva, “o tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os *índios* ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra”. (SILVA, 2006, p. 857)

Duprat indica que o termo tradicional não condiciona a um uso objetivo e temporal da terra, mas está relacionada à relação, à vivência dos povos indígenas com seu território. Neste sentido:

De outro giro, muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí por que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva (DUPRAT, 2006, p. 07)

Há uma clara tentativa constitucional de trazer a ideia de que “a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado a perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo” (SOUZA FILHO, 2021, p. 120). Na mesma linha, indica Haesbaert (2017, p. 214) que “o território, no âmbito latino-americano, aparece como participante indissociável da própria sobrevivência cultural de muitos grupos sociais, uma condição de sua existência ou ontológica”.

A Constituição, entretanto, não concedeu aos povos indígenas a propriedade de suas terras, e, repetindo a disposição das constituições anteriores, reconheceu aos povos originários somente a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes¹⁰. Almeida afirma que o fato da Constituição não ter concedido a propriedade aos povos indígena evidencia “uma situação de tutela e distinguindo-se, portanto, das terras das comunidades remanescentes de quilombos, que são reconhecidas na Constituição de 1988 como de propriedade definitiva dos quilombolas” (ALMEIDA, 2004, p. 11).

A propriedade dessas terras, tal como já definido em ordens constitucionais anteriores, ficou definida como bem da União, conforme preceitua o art. 20, XI, da CF¹¹. Segundo Souza Filho (2021, p. 121), “a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente”.

O mesmo artigo constitucional, em seu §2º, previu que “As terras tradicionalmente ocupadas pelos *índios* destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Dizer que os povos indígenas possuem o usufruto exclusivo de suas terras tradicionalmente ocupadas gera duas consequências: 1) o usufruto não é passível de transferência; 2) os resultados de qualquer uso da posse serão sempre coletivos (SOUZA FILHO, 2021).

A Constituição determinou que as terras indígenas serão inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis. Tais comandos são voltados, especialmente, à União, tendo em vista que as terras indígenas integram o seu acervo de bens. Portanto, a União Federal não pode alienar ou dispor das terras, tampouco estas terras são

¹⁰ Art. 231, § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos *índios* destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

¹¹ Art. 20. São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos *índios*.

usucapíveis por particulares. Por fim, determina o direito de permanência, no §5º do art. 231, por vedar a remoção de povos indígenas das suas terras. Tal direito será analisado de forma pormenorizada em tópico próprio.

O art. 231, §6º também definiu que são nulos, não produzindo quaisquer efeitos jurídicos, os atos que possuam por objeto a ocupação, domínio, posse de terras indígenas ou de atos que tenham por objeto a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. Em que pese a delegação para o legislador ordinário para regulamentar tal hipótese excepcional, a legislação nunca chegou a ser criada.

Ainda, continua o art. 231, §6º ao definir que a nulidade e a extinção dos atos administrativos sobre terras indígenas não geram direito à indenização ou a ações contra a União, ressalvando-se a hipótese de ocupação de boa-fé.

Já o §7º do art. 231 da CF indica a inaplicabilidade às terras indígenas das disposições contidas no art. 174, § 3º e § 4º. Em seu caput, o art. 174 da CF traz disposições direcionadas ao Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, garantindo aos agentes econômicos certos incentivos. Neste sentido, os §§3º e 4º tratam de incentivos referentes à atividade de garimpos, garantido prioridade, inclusive, para autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis.

Ou seja, o que a Constituição Federal excepcionou às terras indígenas foi a impossibilidade de atividade garimpeira em terras indígenas. Não admitiu, o constituinte, a exploração da atividade econômica de garimpo no interior dos territórios tradicionais.

Nota-se que ao tratar sobre as terras indígenas, a Carta Constitucional não estabeleceu nenhum termo temporal, somente adjetivando: caberia à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. Não houve, por parte do constituinte originário, nenhuma designação de prazo, ou tempo de ocupação como condicionante ao reconhecimento de direito territorial aos povos tradicionais.

Em que pese a Constituição reconhecer a existência de um Estado pluriétnico e multicultural, tais disposições “não resultaram, entretanto, na adoção pelo Estado de uma política étnica e nem tampouco em ações governamentais sistemáticas capazes de reconhecer prontamente os fatores situacionais que influenciam uma consciência étnica.” (ALMEIDA, 2004, p. 11).

2.2 Os Direitos Territoriais Indígenas e o Direito Internacional

2.2.1 Os direitos territoriais indígenas nos tratados e convenções internacionais

A primeira norma internacional que tratou, de forma específica, sobre a “proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes”, foi a Convenção 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1957.

Contudo, conforme expõe Ribeiro (2021), embora tenha rompido o silêncio do Direito Internacional sobre o tratamento dos povos indígenas, tal norma tinha caráter integracionista e de assimilação cultural dos povos. Assim, o primeiro paradigma de proteção internacional de povos indígenas possuía teor colonialista voltado à hierarquização cultural. Esta Convenção seguia a política dominante à época, com caráter paternalista e integracionista, e “isso expressava a crença de que os povos indígenas eram transitórios” (SILVA, 2017, p. 125)

Em substituição ao entendimento assimilacionista, surge a Convenção 169, OIT, aprovada em 1989, e ratificada em 25 de julho de 2002 e internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.501/2004. Conforme a jurisprudência do STF, firmada no RE 466.343/SP, a Convenção tem, no mínimo, status supralegal, portanto, possuindo caráter vinculante.

De acordo com Rafaela Teixeira Sena Neves, “a Convenção 169 da OIT representa o documento internacional de maior importância na América, porque foi nessa região que a Convenção teve um número expressivo de ratificações (...) e de incorporação de seus conceitos nas constituições nacionais” (NEVES, 2016, p. 25-26). Neste sentido, registra-se que a Convenção 169 foi ratificada por 15 países latino-americanos, desde sua adoção em junho de 1989, quais sejam: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela. Do total de 23 ratificações, a grande maioria se refere a países latino-americanos.

Segundo Araújo Júnior (2016, p. 252), a Convenção 169 da OIT “pressupõe o direito à existência continuada e ao próprio desenvolvimento das comunidades de forma autônoma”. Já Ribeiro (2021, p. 131), afirma que “essa norma internacional pode ser considerada a primeira a reconhecer povos indígenas e tribais como sujeitos

de direito em sentido estrito, em razão do caráter de promoção da autonomia dessas coletividades”. Para Shiraishi Neto (2007, p.21), “a Convenção 169, da OIT, reconhece, ao lado dos povos indígenas, outros tantos grupos cujas condições sociais, econômicas e culturais os distingu[em] de outros setores da coletividade nacional, arrolando, para todos eles, um rol de direitos específicos”.

Assim, a Convenção 169 da OIT representa um paradigma para o reconhecimento de direitos para as populações tradicionais. Em seu texto, prevê alguns mecanismos de participação do processo decisório, em respeito à autodeterminação dos povos. Exemplo é a realização de consulta prévia, prevista no art. 6º, que deve ser livre, informada e com procedimentos apropriados aos povos consultados (6.1a). Deve-se buscar o real consentimento dos povos, por meio de um diálogo verdadeiro, afastando-se a possibilidade de consultas vazias.

O respeito à autodeterminação dos povos também está presente no caso de remoções, que não podem ocorrer em nome de um interesse nacional. Tal hipótese será analisada de forma mais detalhada em tópico específico.

A Convenção determina um tratamento diferenciado aos indígenas, em razão da sua identidade, a exemplo de fornecer tratamento de saúde adequado ou permitir que os povos se organizem para prestar tais serviços (art. 25), desenvolvimento de programas e serviços de educação, respeitando a sua história e sua língua (art. 26 a 31); e o respeito à relação especial que os povos indígenas possuem com o seu território (art. 13).

Em relação ao art. 13, é importante ressaltar que a Convenção entende o respeito a essa relação especial como o respeito “respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação” (OIT, 1989).

Para a Convenção, no conceito terra deve estar compreendido o conceito de território, “o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma” (OIT, 1989). Assim, em seu art. 14, a convenção indica que deverão ser reconhecidos aos povos e comunidades tradicionais a posse e propriedade de suas terras, cabendo aos Estados adotarem as medidas para garantir a proteção efetiva dos direitos possessórios e petítórios a esses povos.

A Convenção prevê, no artigo 15, o direito aos recursos naturais existentes em suas terras. Neste direito, está abrangida a utilização, administração e conservação dos recursos naturais. Na hipótese da propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo pertencerem ao Estado, os estados devem respeitar a consulta aos povos, com a finalidade de verificar se o interesse dos povos será prejudicado. Tal artigo também prevê o direito de participação dos povos nos benefícios trazidos pela atividade, bem como receber indenização por qualquer dano que essa atividade puder lhes causar.

Já a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (DNUPI) foi aprovada pela Resolução nº 61/295, de 13 de setembro de 2007. Tem como principal objetivo consolidar a forma como os Estados entendem a matéria, contudo, não possui efeito vinculante. Para Araújo Júnior (2016), muito embora a declaração não tenha forma de um tratado, “pode figurar um indício de outra fonte formal do direito internacional público: o Costume” (ARAÚJO JUNIOR, 2016, p. 253).

Para o autor, os elementos jurídicos que configuram o costume, de acordo com o art. 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça¹², estão presentes na DNUPI, “tendo em vista a construção do consenso na matéria pelos Estados, após mais de duas décadas e pelas manifestações dos Estados a favor de seu cumprimento”. (ARAÚJO JUNIOR, 2016, p. 254).

É importante ressaltar a importância da DNUPI, pois se trata do único instrumento internacional que, expressamente, vincula o tratamento dos grupos indígenas como povos e o seu direito à autodeterminação (ARAÚJO JUNIOR, 2016). Assim, em seu art. 3º, estabelece que os povos possuem direito à autodeterminação, e, conseqüentemente, podem, livremente, determinar sua condição política e buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

O art. 4º, por sua vez, estabelece a “dimensão interna da autodeterminação” (ARAÚJO JUNIOR, 2016), pois “os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões

¹² Artigo 38: 1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio ex aequo et bono, se convier às partes.

relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas” (ONU, 2007).

O art. 25 da DNUPI estabelece como direito aos povos indígenas o de manter e fortalecer a relação espiritual com a terra e o território, bem como com as águas, mares e outros recursos que tradicionalmente possuam, ocupem ou utilizem. O Artigo 26.1, também, determina o direito dos povos indígenas “às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido” (ONU, 2007).

Em decorrência do seu direito à autodeterminação, a DNUPI reconhece o direito dos povos indígenas de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos, em razão da propriedade tradicional, ou de qualquer outra forma tradicional de ocupação (art. 26.2). Por fim, é de responsabilidade dos Estados reconhecer e proteger essas terras, com o respeito aos costumes, tradições e regimes de posse dos povos indígenas (art. 26.2), aplicando-lhes, em conjunto a eles, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente de reconhecimento de suas leis, tradições, costumes e regime de posses, para reconhecer e aplicar o direito dos povos indígenas sobre suas terras (art. 27).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2016, foi aprovada a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI). Em seu preâmbulo, reconhece a importância histórica do direito dos povos indígenas para as Américas no presente e no futuro e, também, para a humanidade.

Para a DADPI, os Estados Americanos “reconhecem e respeitam o caráter pluricultural e multilíngue dos povos indígenas que fazem parte integrante de suas sociedades”. Em relação aos direitos territoriais, a Declaração Americana reconhece o direito dos povos indígenas em manter e fortalecer a relação espiritual cultural e material com as suas terras; o direito à terra e ao território; e o direito à posse.

Sobre o direito dos povos originários de manter e fortalecer suas mais diversas relações com suas terras e territórios, o art. XXV.1 reconhece que esse direito também abrange os recursos e a responsabilidade de conservação de suas terras para as atuais e futuras gerações.

Já sobre o direito à terra e território tradicionais, o art. XXV.2 reconhece que neste direito também é compreendido os recursos que tradicionalmente tenham ocupado, utilizado, adquirido ou que tenham sido proprietários. Neste ponto, é

importante salientar que, de acordo com Benatti *et all* (2021, existe uma diferenciação conceitual entre território tradicional e terras tradicionalmente ocupadas.

O direito ao território compreende “mecanismos de acesso à terra e aos recursos naturais (reconhecimento de direito (...) à titulação da terra e as garantias formais para exercer o direito de propriedade, ou seja, relacionada à transferência total ou parcial de poderes dominiais” (BENATTI *et all*, 2021, p. 18). Já o direito ao *uso do território* se refere às regras de manejo e gestão da terra, ou seja, “são as normas jurídicas e sociais (...) que definem os poderes de uso e utilização do espaço reconhecido pelo poder público, a autonomia no uso da terra e dos recursos naturais (uso e gozo)” (BENATTI *et all*, 2021, p. 18). Ambas as conceituações inserem-se no conceito mais amplo de direito ao território tradicional, tendo em vista que esse está dividido em dois momento distintos (BENATTI *et all*, 2021).

A DADPI define, dentre os direitos territoriais, o direito à posse, de acordo com o art. XXV.3. Para a declaração, o direito à posse compreende a utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos naturais, sendo que esse direito decorre da propriedade tradicional ou de qualquer outro tipo de forma de ocupação ou utilização da terra.

Por fim, a DADPI traz normas sobre o direito ao reconhecimento da posse ou propriedade tradicional por parte dos Estados. Define como obrigação dos Estados o reconhecimento e a proteção jurídica da terra, do território e dos recursos tradicionais, sendo que tal reconhecimento deve respeitar os usos, costumes e tradições tradicionais, bem como os diversos sistemas de posse dos povos indígenas relacionados. Ainda, garante que os Estados devem estabelecer regimes especiais que sejam apropriados para o reconhecimento desses direitos territoriais e que deem efetividade à demarcação ou titulação.

2.2.2 A Construção Jurisprudencial no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos faz parte sistema regional interamericano, e está inserida no âmbito do Sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), visa a proteção dos direitos humanos no âmbito dos países americanos, e está em constante e permanente diálogo com o Sistema Onusiano.

É válido registrar que nem todos os casos submetidos ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) passam pela CortelDH, tendo em vista que serão submetidos à jurisdição contenciosa somente após passar pela Comissão de Direitos Humanos. A Comissão é responsável por fazer a análise dos critérios previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). A CADH, conforme já decidido anteriormente pela própria Comissão, é fonte de obrigações internacionais, em que pese não tenha um caráter vinculante (TEREZO, 2014).

Em relação à construção jurisprudencial relacionada aos direitos territoriais indígenas, analisar-se-á os principais julgados da CortelDH envolvendo o assunto. Eliane Moreira indica que “a cada apreciação de novos casos, o SIDH tem avançado, aproximando-se mais da compreensão de direitos territoriais coletivos em contraposição a uma visão civilista do direito de propriedade moderna, numa clara ressignificação do art. 21 da CADH” (2017, p. 84).

No mesmo sentido, Gamboa (2012) afirma que o desenvolvimento dos direitos de povos indígenas na região das Américas, bem como em nível internacional, sofreu grande influência da jurisprudência da CortelDH.

Inicialmente, é necessário analisar o primeiro caso que “aliou o debate ambiental ao debate territorial, impulsionando a mais significativa interpretação evolutiva já ocorrida no sistema” (MOREIRA, 2017, p.101): o *Caso da Comunidade Mayagna(sumo) Awas Tigni vs. Nicarágua*.

Este caso, julgado em 2001, tratou sobre o impasse entre a comunidade indígena Awas Tingni e o Estado da Nicarágua. O Estado afirmava que parte da TI era de propriedade pública, e, assim, outorgou, em 1996, parte da área para uma madeireira pelo período de 30 anos. O caso, assim, envolveu a “falta de demarcação, delimitação e titulação do território ancestral da comunidade” (GAMBOA, 2012, p. 3).

A CortelDH condenou o Estado da Nicarágua pela violação ao direito à proteção judicial e o direito à propriedade, respectivamente, os artigos 25 e 21 da CADH, bem como condenou o Estado a devolver o território, por entender que o território não se encontrava na posse do povo indígena por motivos alheios à sua vontade. Na decisão, a Corte, pela primeira vez interpretou o art. 21¹³ da CADH, de

¹³ O texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu art. 21, dispõe que: Artigo 21. Direito à propriedade privada 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social

forma ampliada (GAMBOA, 2012), ao entender que houve violação ao referido dispositivo.

Como *ratio decidendi*, a Corte interamericana entendeu que, a partir da norma de interpretação contida no art. 29¹⁴, da CADH, que veda a interpretação restritiva de direitos, e combinando-o com uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, Assim, deve-se entender que “o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, direitos dos membros da comunidade indígena no contexto da propriedade comunal” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 2001, p. 78).

A Corte determinou que o Estado da Nicarágua procedesse com a delimitação, demarcação e titulação do território em favor da comunidade, e que se abstinhasse de realizar quaisquer atos, por meio de seus agentes ou de terceiros autorizados ou tolerados, que pudessem prejudicar o uso ou o gozo dos bens pela Comunidade.

Neste julgado, a Corte entendeu ser necessário ressaltar algumas questões referentes ao conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Assim, reforçou que “entre os indígenas, existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, p. 78).

A Corte reconheceu, como decorrência da própria existência dos povos indígenas, o direito de viver livremente em seus territórios. Também é consequência da existência dos povos originários a relação próxima que possuem com a terra, devendo esta ser reconhecida e compreendida como sendo a base fundamental de sua vida espiritual, sua cultura, sua integridade física e sobrevivência.

De igual forma, a importância do direito consuetudinário dos povos indígenas foi reforçado pela CortelDH, ao afirmar que este deve ser especialmente levado em consideração para o reconhecimento da posse tradicional. Neste sentido, entendeu que “como produto do costume, a posse da terra deveria bastar para que as comunidades indígenas que careçam de um título real sobre a propriedade da terra

e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

¹⁴ Assim dispõe a literalidade do dispositivo da CADH: Artigo 29. Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

obtenham o reconhecimento oficial desta propriedade e o consequente registro” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 2001, p. 78).

O segundo caso a ser analisado é o caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, julgado pela CorteIDH, no ano de 2005. Tradicionalmente, a comunidade ocupava a região do chaco paraguaio. Contudo, o Governo do Paraguai vendeu 2/3 da Região para o pagamento das dívidas originadas na Guerra da Tríplice Aliança. O processo de demarcação da área se iniciou somente em 1993, ocasionando uma impossibilidade de acesso ao território, gerando como consequência a vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária da comunidade, colocando em risco sua própria sobrevivência.

A Corte, ao julgar este caso, entendeu que houve, principalmente, a violação ao art. 21 da CADH, relacionado às garantias judiciais e de proteção judicial, pois “demora prolongada, como a que se deu neste caso, constitui em princípio, por si mesma, uma violação das garantias judiciais” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005).

A CorteIDH entendeu que o direito à propriedade privada, tal como no caso da *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, foi violado. “Nesta sentença foi delineada uma importante relação entre o despojo do território e a vulnerabilidade e a insegurança alimentar decorrentes da perda do acesso aos recursos naturais decorrentes do impedimento físico da prática das atividades tradicionais de subsistência” (MOREIRA, 2017, p. 116). O tribunal interamericano ressaltou que:

A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seus principais meios de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005)

A decisão determinou que os estados devem respeitar a importância da relação dos povos originários com o seu território. Reforçou o entendimento firmado no caso anterior, de que a relação dos povos indígenas com o seu território deve ser protegida pelo direito à propriedade privada, segundo o art. 21 da CADH, compreendido, dentro deste conceito, os recursos naturais ligados a sua cultura e os elementos incorpóreos. Isto porque:

A garantia do direito à propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005)

Para tanto, expandiu o conceito de “bens” previsto na CADH, para entender como “aquelas coisas materiais apropriáveis, bem como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa; este conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005).

Neste caso, o tribunal firmou o entendimento que, em caso de contraposições, reais ou aparentes, entre a propriedade comunal dos povos indígenas e a propriedade privada, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos e a Jurisprudência do Tribunal oferecem diretrizes para definir quais são as restrições admitidas: a) devem ser estabelecidas em lei; b) devem ser necessárias e proporcionais; c) devem ser feitas com a finalidade de atingir um objetivo legítimo de uma sociedade democrática. Tais conflitos devem ser analisados caso a caso, a partir da aplicação destas diretrizes.

O terceiro caso envolve a comunidade *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, sentenciado no ano de 2010. A Corte julgou a demora na demarcação da terra indígena pleiteada pela comunidade, bem como a afetação de parte da área pleiteada pela comunidade, como reserva natural. “A controvérsia, neste caso, dizia respeito à obrigação de devolução das terras especificamente reclamada e a realização efetiva de seu direito à propriedade comunal” (MOREIRA, 2017, p. 161)

Em continuidade aos julgados anteriores, o tribunal interamericano entendeu que estão abrangidos pela proteção do art. 21 da CADH a estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que nelas se encontram, bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles.

Um ponto importante, fixado pela corte no julgamento deste caso, foi o direito de reclamar as terras tradicionais. Entendeu que enquanto perdurar a base espiritual

e material que sustenta a identidade dos povos indígenas, o direito de reivindicar suas terras permanecer, ou seja, enquanto for identificada a relação única entre os povos indígenas e suas terras tradicionais, persiste o direito de reivindicação.

Assim, para auferir a existência dessa relação única com suas terras tradicionais, a Corte determinou que: 1) a relação pode se expressar de diferentes formas, a partir do povo indígena envolvido, e das circunstâncias do caso concreto, sendo que a relação com a terra deve ser possível. Esta relação, então, pode estar expressa no uso ou na presença tradicional, por meio de laços espirituais ou cerimoniais, cultivos esporádicos, etc. 2) os membros da comunidade não podem ser impedidos, por causas alheias a sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência desta relação.

No caso da Comunidade *Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, “a Corte manifestou-se sobre a hipótese de destinação de terras alternativas de forma mais específica que as sentenças anteriores, ressaltando-se que o simples fato de estar em mãos privadas e racionalmente exploradas não impede este objetivo” (MOREIRA, 2017, p. 166)

Ressalta-se também a importância do Caso *Comunidad Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* para o reconhecimento internacional dos direitos territoriais indígenas. O caso, julgado pela CorteIDH em 2006, trata sobre o limite temporal do direito de recuperação de suas terras tradicionais.

A referida comunidade foi expulsa de suas terras tradicionais, e, durante o período em que se encontravam removidos de suas terras, não tiveram acesso a serviços essenciais, como água, alimento, saúde, escolas culturalmente apropriadas, bem como as práticas dos seus modos de vida tradicional estavam constantemente ameaçados. Alguns membros da comunidade, inclusive, passaram a residir nas encostas de uma rodovia nacional, em extrema pobreza, sem nenhum tipo de serviço básico.

De acordo com Moreira:

É interessante observar que uma das questões controversas no caso dizia respeito à alegação do Estado de que a área reivindicada colidia com um registro de imóvel existente há muito tempo e que seguiu sendo transmitido a vários proprietários particulares (§ 125). O Estado também alegava que temia que a demarcação territorial pretendida pudesse desencadear a percepção de que todo o território do Paraguai viesse a ser reivindicado pelos povos indígenas que o habitavam originalmente (2017, p. 135)

A partir das alegações do Estado do Paraguai, a Corte recuperou entendimentos prolatados em casos anteriores, no sentido de analisar se a posse das terras, por parte dos povos indígenas, seria um requisito para o reconhecimento do direito territorial, bem como, se existiria um limite temporal para o seu reconhecimento.

A CorteIDH considerou que a identidade dos povos originários se sustenta na sua relação única com as suas terras tradicionais. Assim, enquanto perdurar esta relação, o direito de reivindicação permanecerá vigente. Para a Corte, essa relação pode se manifestar das mais diversas formas, a depender da comunidade indígena que se está tratando, e das circunstâncias concretas encontradas. Assim, a relação pode se manifestar por meio de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca etc.

A Corte faz uma ressalva: deve ser considerado que a relação com a terra seja possível. A exemplo do presente caso, em que a relação com a terra se manifesta por meio das atividades tradicionais de caça, pesca e colheita. Assim, se o povo indígena não realiza nenhuma dessas atividades pois estão impedidos de fazê-las, por causas alheias a sua vontade, que impliquem um real obstáculo para manter a relação, o direito de recuperação/reintegração/reivindicação de suas terras persiste até que os impedimentos desapareçam.

Assim como alguns membros da comunidade *Sawhoyamaxa*, apesar de terem perdido a posse de seu território, continuaram a realizar atividades tradicionais e consideraram a terra como sua, a Corte considerou que o direito da comunidade de reivindicar seu território não havia caducado.

Uma vez existente aos povos tradicionais o direito de reivindicação de seu território tradicional, cabe ao Estado realizar ações para devolver o território aos seus membros. Contudo, excepcionalmente, se o Estado estiver impossibilitado, por motivos objetivos e fundamentados, de desenvolver essas medidas, deverá entregar à comunidade indígena um território alternativo, de igual extensão e qualidade, escolhido de maneira consensual, junto à comunidade.

Em relação ao Estado Brasileiro, o primeiro caso em que o Brasil foi condenado pela violação à propriedade comunal e, conseqüentemente, ao direito territorial de povos indígenas foi o caso do Povo Indígena Xucuru vs. Brasil, sentenciado em 5 de fevereiro de 2018. Em síntese, o caso envolveu o conflito entre o direito de propriedade individual de não-indígenas, que possuíam áreas no interior da terra indígena, e o direito coletivo da comunidade.

Para a Corte, ambos os direitos são protegidos pela CADH, “em que pese o direito coletivo ser tradicional e ter efeitos equivalentes ao título de domínio conferido pelo Estado” (SILVA; LOPES, 2022, p. 491). Entendeu a Corte que, em caso de conflitos entre esses direitos, o Estado deve ponderá-los, com a finalidade de compatibilizar as restrições mútuas, mas resguardando um núcleo duro ao direito coletivo, qual seja, a restrição não poderia denegar a subsistência do povo tradicional.

Para a Corte Interamericana, tal sopesamento já fora realizado pela Constituição Federal:

A qual confere proeminência ao direito à propriedade coletiva sobre o direito à propriedade privada, quando se estabelece a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território, ou seja, os direitos dos povos indígenas ou originários prevalecem frente a terceiros de boa-fé e ocupantes não indígenas. Além disso, o Estado afirmou que tem o dever constitucional de proteger as terras indígenas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018)

No caso, a CorteIDH julgou o Estado Brasileiro como responsável pela violação à propriedade comunal do Povo Xucuru, pois esta não findou com o registro com a conclusão do processo formal de demarcação. O que significa dizer que mesmo com o registro da demarcação da TI no cartório de registro de imóveis, a violação à propriedade comunal persiste na medida em que ainda há pessoas não indígenas ocupando a área do povo Xucuru. Assim, enquanto não houver a desintrusão, a violação do direito territorial persiste.

Neste sentido, a CorteIDH condenou o Brasil a proceder com a desintrusão do território do Povo Xucuru, com o pagamento das benfeitoras para os não indígenas de boa-fé, bem como o Estado deve garantir a proteção da terra indígena, para que não haja invasões por parte de não indígenas.

Assim, “a condenação do Brasil no caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros Vs. Brasil foi um feito histórico, resultado de anos de luta do povo Xucuru por justiça e pela demarcação de seu território” (SILVA; LOPES, 2022, p. 490).

Para Gamboa, “a jurisprudência da corte em matéria de direito dos povos indígenas e meio ambiente tem permitido, nos últimos anos, gerar padrões importantes para o reconhecimento de sua relação intrínseca e apontar para uma proteção mais efetiva” (2012, p. 21, *tradução nossa*).

2.3 Violação do direito territorial de permanência: As remoções forçadas de povos indígenas

2.3.1 As Violações dos Direitos Territoriais

Para Paul Little (2001), os conflitos socioambientais podem ser entendidos como “disputas entre grupos sociais derivadas dos distintos tipos de relação que eles mantêm com o seu meio natural” (LITTLE, 2001, p. 107). Eliane Moreira indica que esses conflitos dizem respeito à afirmação de direitos socioambientais “que se encontram no cruzamento das agendas sociais, ambientais e culturais, tais como os direitos territoriais” (MOREIRA, 2017, p. 19). Assim, esses conflitos são um campo específico que configuram a chamada justiça socioambiental (MOREIRA, 2017).

E nesse cenário de conflitos socioambientais, é o território originário o principal fator de disputa, já que esses conflitos “envolvem disputas em torno de território e a natureza que lhe é intrínseca e tem como ponto comum a especial relação que os povos e comunidades tradicionais possuem com estes bens como base para a vivência social e cultural” (MOREIRA, 2017, p. 21).

A partir dessa concepção, entende-se que os conflitos socioambientais podem ser um fator gerador da desterritorialização. Segundo Haesbart (2017, p. 213), “desterritorialização, em sentido mais amplo, pode ser considerada como a saída de um território, seja por seu abandono, seja por uma destruição e/ou precarização”. O referido autor indica que o conceito de território e de desterritorialização estão vinculados, e, assim, “dependendo de como concebemos ‘território’, muda também a nossa concepção de desterritorialização” (2017, p. 213).

Para os povos indígenas, o território precisa ser compreendido de uma forma mais profunda, do que a mera propriedade privada, concebida pelo direito civil. Juridicamente, à luz do direito brasileiro atual, a lei brasileira optou por criar uma situação especial para povos indígenas e o território em que ocupam, definindo-os como uma propriedade pública, estatal, coletiva, não apta de identificação individual (SOUZA FILHO, 2021).

A violação dos direitos territoriais de povos indígenas, então, deve ser entendida como gênero, os quais são espécies os direitos relacionados à identidade; à cultura; aos costumes e tradições; aos recursos naturais e ao direito de permanência. Isto porque os direitos territoriais, para os povos indígenas, possuem uma íntima vinculação com a sua própria sobrevivência.

Neste sentido, “a questão da territorialidade assume a proporção da própria sobrevivência dos povos, um povo sem território, ou melhor, sem o seu território, está ameaçado a perder suas referências culturais e, perdida a referência, deixa de ser povo” (SOUZA FILHO, 2021, p. 120). Na mesma linha, indica Haesbaert que “o território, no âmbito latino-americano, aparece como participante indissociável da própria sobrevivência cultural de muitos grupos sociais, uma condição de sua existência ou ontológica” (2017, p. 214).

Assim, falar de território, para os povos originários, é falar também, de sua existência, pois a própria existência do povo indígena é condicionada ao território que ocupam, portanto, “destituir, assim, um povo de seu território equivale condená-lo à morte, ainda que fiquem mantidos alguns indivíduos” (SOUZA FILHO, 2021, p. 120).

Contudo, no presente trabalho, optou-se por definir apenas um direito territorial para análise: o direito de permanência, considerado como a vedação às remoções forçadas, constitucionalmente previsto no art. 231, §5º. Entende-se que a violação ao direito de permanência é a mais grave violação aos direitos territoriais, pois representa uma implosão dos próprios direitos existenciais dos povos indígenas.

A Organização das Nações Unidas, por intermédio do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais conceitua remoção forçada como “uma remoção temporária ou permanente e contra a vontade de indivíduos, famílias e /ou comunidades das casas e/ou terras por eles ocupadas, sem acesso a meios legais ou outros meios de proteção” (ONU, 1997, p. 116). De igual modo, a ONU indica que os povos indígenas sofrem desproporcionalmente com a prática da remoção (ONU, 1997).

2.3.2 O Direito Territorial de Permanência e a Remoção dos Povos Indígenas: uma análise acerca de sua impossibilidade

Diante dos cenários históricos de violação de direitos territoriais de povos indígenas, especialmente no que diz respeito à remoção de seus territórios, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 231, §5º, veda expressamente a possibilidade de remoções territoriais de povos originários

Art. 231: § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Estabelece um direito constitucional de permanência dos povos indígenas em suas terras, e, ao mesmo tempo, um proibitivo constitucional, ao determinar uma obrigação negativa, por parte de terceiros ou do estado, de impossibilidade de remoção dos povos tradicionais.

Tal direito pode também ser reconhecido como um princípio: o princípio da irremovibilidade dos povos indígenas de suas terras. Para Souza e Silva:

Esse princípio possui amparo na noção de que o vínculo que o povo indígena tem com sua terra ancestral é insubstituível e a sua existência enquanto povo depende da garantia de sua posse permanente e usufruto exclusivo dos recursos naturais necessários à sua subsistência física e cultural (2018, p. 318)

Contudo, o próprio artigo constitucional excepciona a regra da irremovibilidade. Estabelece, em uma enumeração taxativa, que os indígenas poderão ser removidos, após determinação do Congresso Nacional, em apenas duas hipóteses: 1) em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população indígena; 2) no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional. Em qualquer das duas hipóteses, é garantido à população indígena removida o imediato retorno ao território, após a cessação do risco.

Entende-se que o Constituinte estabeleceu um rol taxativo de hipóteses, já que a remoção representa uma grave violação à própria sobrevivência dos povos indígenas. Como consequência de um rol taxativo, não pode o legislador infraconstitucional ampliar tais hipóteses por intermédio de lei infraconstitucional. De igual modo, pelo fato do art. 231, CF ser cláusula pétrea, não pode o Constituinte derivado propor emenda constitucional tendente a restringir o direito territorial dos povos indígenas, com a ampliação dessas hipóteses constitucionais.

Ademais, se a questão territorial de povos indígenas está intimamente ligada com a sua sobrevivência física, cultural, espiritual, a remoção de determinado grupo indígena de suas terras se demonstra como o próprio colapso dos demais direitos territoriais.

Cabe, entretanto, neste ponto específico, tecer críticas ao texto constitucional. Mesmo que a Constituição tenha representado um novo paradigma de reconhecimento de direitos para os povos originários, neste ponto específico, é possível enxergar resquícios do Estado assimilacionista de outrora. Ao definir que a aprovação dependeria do Congresso Nacional, ignora por completo a

autodeterminação dos povos indígenas, e, conseqüentemente a Consulta Livre, prévia e informada, que, à época, já era prevista pela Convenção 169, OIT.

A Convenção 169, OIT em seu art. 7º já estabelecia que:

os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Neste mesmo sentido, o dispositivo constitucional flerta com o Estado integracionista, ao definir como hipótese justificável para a remoção de povos indígenas o “interesse da soberania do país”. Não podemos esquecer que muitas das atrocidades cometidas face aos povos indígenas foram sob o mesmo pretexto, e de igual forma, a política indigenista brasileira sempre foi pautada na noção de soberania nacional, face aos direitos de povos indígenas.

Ainda, é necessário fazer uma observação. Ao definir que é vedada a remoção de povos indígenas de suas terras, de quais terras a Constituição está se referindo? Isto porque, de acordo com o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), a situação fundiária de terras indígenas pode se encontrar em vários estágios: áreas registradas, áreas homologadas, áreas declaradas, áreas identificadas, áreas a serem identificadas, áreas interditadas e áreas sem providências.

Entende-se que o direito de permanência independe da situação fundiária da terra indígena. Se a própria Constituição apenas reconheceu os direitos territoriais de povos indígenas, o ato demarcatório também tem o condão de apenas reconhecimento. Se esses direitos não são criados, posto que já existentes, a vedação de remoção dos povos indígenas de seus territórios é um direito territorial que independe da situação fundiária da área ocupada, bastando a comprovação da posse indígena em uma terra tradicionalmente ocupada, que o direito de permanência deve ser garantido.

Ora, se a terra tradicional está intimamente ligada à sobrevivência física, cultural, espiritual, dos povos indígenas, o direito de permanência não pode ser vinculado a um procedimento formal, de um mero reconhecimento de um direito já constituído. A vedação à remoção, então, não pode ficar vinculada ao reconhecimento formal, por meio da demarcação,

Anteriormente à CF/1988, a Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, denominada de Estatuto do Índio, já previa, em seu artigo 20¹⁵, a possibilidade de intervenção da União em terras indígenas, por meio de decreto do presidente da república, e em determinadas hipóteses elencadas no §1º do mesmo dispositivo. O artigo indica que, nos casos de intervenção, não poderá resultar em remoção, definitiva ou temporária, dos povos indígenas das terras em que ocupam.

Contudo, a remoção só será possível quando for desaconselhada a permanência da população indígena na área, devendo a comunidade ser transferida para uma área com igual equivalência territorial (§3º, art.20). Nesta hipótese, a comunidade indígena deverá ser integralmente ressarcida pelos prejuízos decorrentes do ato de remoção (§4º).

Em âmbito internacional, a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 27 de junho de 1989, assinada em 27 de junho de 1989, também estabeleceu que os povos originários não podem ser trasladados de suas terras, em seu artigo 16¹⁶.

¹⁵Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada: a) para pôr termo à luta entre grupos tribais; b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal; c) por imposição da segurança nacional; d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional; e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala; f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.

2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suasórios, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes: a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os *índios*; b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área; c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.

3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

4º A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.

5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.

¹⁶ No texto literal da Convenção 169, OIT: Artigo 16 - 1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam, 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados, 3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento, 4. Quando o retomo não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade

De acordo com o art. 16.2, da Convenção 169, OIT, na hipótese excepcional de que o traslado seja necessário, deve ser respeitado o consentimento livre e com conhecimento de causa dos povos originários.

A Convenção indica que, nos casos em que não for possível obter o consentimento dos povos interessados, devem ser realizados procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive por intermédio de enquete pública, na qual seja fornecida aos povos interessados a possibilidade de serem, efetivamente, representados.

Portanto, a Convenção prevê expressamente, como condição para o traslado o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas. Segundo Liana Silva,

O direito de consulta é indissociável do direito ao consentimento, por isso a compreensão de que a consulta abarca o direito ao consentimento e o direito de decidir. Como pode se observar, o direito de consulta e consentimento prévio livre e informado são reforçados e reiterados no texto da Convenção 169, previstos expressamente e nos artigos 6º, 7º, 15, 16, 17, 22, 27 e 28 (SILVA, 2017, p. 200)

A Convenção também previu o direito de regresso, sempre que possível. Assim, no caso em que forem trasladados, quando cessarem as causas que motivaram o traslado, deve ser garantido o retorno ao mesmo território. Contudo, de acordo com o art. 16.4 da Convenção 169, OIT, no caso em que não seja possível exercer o direito de regresso, os povos indígenas devem receber uma terra, cuja qualidade e estatuto jurídico sejam, pelo menos, iguais aquelas que ocupavam anteriormente, e que lhe permita cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro.

Por fim, a Convenção 169 da OIT, por meio do art. 16.5, dispõe, também, sobre o direito à indenização, que é devido aos povos originários sempre que houver qualquer perda ou dano sofrido, em consequência ao seu deslocamento.

A Declaração das Nações Unidas Sobre os direitos dos povos indígenas também estipula, em seu artigo 10, que os povos indígenas não serão removidos à

e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas; 5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

força de suas terras ou de seus territórios. Contudo, em caso de traslado, deve ser precedido pelo consentimento livre, prévio e informado dos povos envolvidos, devendo ser resguardado o direito de regresso, sempre que possível.

Cabe ressaltar, ainda, que para a Organização das Nações Unidas, as remoções forçadas são *prima facie* incompatíveis com qualquer disposição de direitos humanos, por representarem uma grave violação a estes. Contudo, em que pese os despejos serem contrários aos humanos, a ONU indica que há situações excepcionais em que as remoções são necessárias, inevitáveis e, como tal, justificadas, desde que sejam efetivados de acordo com o que prevê as disposições de direitos humanos.

Diante da lacuna legislativa no direito brasileiro pela ausência de norma que regulamente de forma específica a questão das remoções no âmbito nacional, bem como em decorrência da realidade social dos conflitos fundiários, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos editou a Resolução nº 10/2018, que visa disciplinar as questões envolvendo conflitos coletivos, garantindo medidas preventivas aos indivíduos ameaçados conflitos, rurais ou urbanos.

A resolução tem como foco principal a tutela da atuação do Estado nos conflitos coletivos pela posse ou propriedade do imóvel, quer seja urbano ou rural, incluindo no conceito de Estado os seus agentes, suas instituições e seus poderes, incluído o Poder Judiciário. Desta feita, a resolução reforça a importância do papel estatal na mediação desses conflitos, inclusive, como agente protetor de minorias que merecem proteção especial do estado, devido a sua condição de vulnerabilidade, como pessoas em situação de rua, atingidos e deslocados por obras ou empreendimentos, dentre outros.

O documento traz uma nova forma de encarar as remoções, em uma clara tentativa de humanizar o processo, ao tentar evitar que os despejos venham a ocorrer, priorizando a permanência dos grupos ameaçados nas áreas em que ocupam. O Estado deve sempre pautar a sua atuação em soluções alternativas e pacíficas, pois a resolução considera a prática como uma violação aos direitos humanos. Percebe-se a priorização prevalência dos direitos coletivos, tendo em vista a determinação de que o direito individual de propriedade não deve preponderar em relação aos direitos humanos da coletividade envolvida. O Estado deve adotar medidas de prevenção de conflitos coletivos, que envolvem, inicialmente, o reconhecimento da desigualdade que norteia as partes envolvidas no litígio.

Em relação aos conflitos fundiários urbanos e rurais, as medidas de prevenção também envolvem, dentre outras, a destinação de terras públicas devolutas para fins de regularização fundiária de interesse social aplicando a esses processos o princípio constitucional do devido processo legal; deve, ainda, assegurar assistência judiciária gratuita aos grupos vulneráveis para que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

O documento permite a realização dos despejos e remoções, desde que estes sejam realizados em caráter excepcional, sendo essa a única medida para garantir os direitos humanos dos envolvidos. Conseqüentemente, a resolução ressalta que o deslocamento não pode resultar em pessoas sem teto, sem território e sem terra.

As ações judiciais que versem sobre conflitos coletivos fundiários são regidas pelos princípios da busca pela autocomposição e do atendimento aos fins sociais, boa-fé, cooperação, resguardando-se, sempre, a dignidade da pessoa humana. Em decorrência disto, a resolução elenca uma série de medidas que devem ser adotadas pelo magistrado antes da apreciação da liminar.

A Resolução prevê que se concedida a liminar, e a remoção se concretizando como inevitável, o magistrado deverá elaborar um plano prévio de remoção e reassentamentos. Será baseado em algumas diretrizes elencadas pela resolução, em especial a participação do grupo atingido, por meio de reuniões nas quais deverão participar os representantes dos órgãos responsáveis pela política urbana de cada ente federativo, bem como a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, de forma presencial e, preferencialmente, no local da ocupação, como forma de oportunizar a ampla participação de todos os envolvidos, dando-lhes direito à voz e à livre manifestação, em especial respeito aos termos da Convenção 169, OIT, quando se tratar de populações tradicionais.

O local destinado para o reassentamento, quando se tratar de povos e comunidades tradicionais, fica condicionado ao consentimento dos povos envolvidos, que deve ser obtido por meio da consulta livre, prévia, informada e de boa-fé, nos termos da convenção 169, OIT. A área destinada ao reassentamento deve guardar semelhança com a área anteriormente ocupada, incluindo as características, de modo a garantir a reprodução dos modos de vida tradicionais. Ressalva o direito de retorno tão logo cesse as condições que deram causa à remoção.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TESE DO MARCO TEMPORAL: DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL AO CASO DO POVO XOKLENG

Em matéria de direitos territoriais indígenas, atualmente, a maior ameaça jurídica para o reconhecimento de direitos territoriais aos povos indígenas é a tese do Marco Temporal, entendimento criado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Petição 3388, que tratou sobre o processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Para essa tese, a Constituição trabalhou com um marco objetivo para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, qual seja, a data de sua promulgação: 05 de outubro de 1988.

Em termos políticos, a definição dessa tese, por parte do Supremo, reverberou no executivo federal, especialmente, durante o governo de Michel Temer. Em 2017, a Advocacia Geral da União publicou o Parecer nº 001/2017, o qual definiu como de observância obrigatória para a Administração Pública Federal, direta e indireta, as condicionantes ao processo de demarcação, fixada pelo STF, quando do julgamento da Petição 3388, o que foi realizado como justificativa para paralisar procedimentos de demarcação em andamento:

- I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas.
- II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR).

Em relação ao Poder Legislativo Federal, a tese do marco temporal serviu aos anseios da Frente Parlamentar da Agropecuária, a chamada bancada ruralista, que defendem a constitucionalidade da tese do marco temporal. Inclusive, a tese foi incorporada à proposta substitutiva da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215. A PEC 215 objetiva incorporar ao texto constitucional diversos retrocessos aos direitos territoriais de povos indígenas, dentre os quais a tese do marco temporal, estabelecendo um marco objetivo para o reconhecimento da posse tradicional dos povos indígenas.

No mesmo sentido, o Projeto de Lei nº 490/2007 visa incluir o marco temporal como previsão legal, expressamente prevista na legislação. Ou seja, para que haja a homologação de terras indígenas, os povos originários precisarão comprovar que estariam efetivamente ocupando seu território na data da promulgação da Constituição. Tal projeto de lei, e seus treze apensos, já foram aprovados na Câmara de Comissão e Justiça da Câmara dos Deputados, e aguarda votação no Plenário da Câmara. O PL nº 490/2007 foi objeto da Recomendação nº 23, de 08 de julho de 2021, do Conselho Nacional de Direitos Humanos, a qual recomendou o arquivamento do referido PL, em virtude de flagrante inconstitucionalidade, inconveniência e vícios formais.

Diante do exposto, primeiramente, cabe analisar quais os fundamentos jurídicos utilizados pelo Supremo, quando do julgamento da Petição nº 3388. Após, analisar-se-á de que forma a tese do marco temporal foi utilizada pelo próprio STF, notadamente com os julgamentos realizados pela 2ª turma, por fim, abordar-se-á brevemente uma discussão acerca da tese do marco temporal à luz da teoria da colonialidade.

3.1 Petição nº 3388: o Caso Raposa Serra do Sol e a Criação da Tese do Marco temporal

O caso da Raposa Serra do Sol foi um verdadeiro paradigma decisório em matéria de direitos territoriais indígenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tanto em questão de visibilidade do julgamento, quanto de complexidade da questão discutida. Até o momento que a Petição 3388-RR foi levada a julgamento ao STF, nenhum outro caso envolvendo direitos territoriais indígenas com tamanha relevância havia sido julgado pelo Supremo.

À título de exemplificação do tamanho da importância do julgamento do caso, segundo Erica Magami Yamada e Luiz Fernando Villares, “para se ter ideia da visibilidade do caso narrado (...) em 2008, três ministros do STF - o presidente Gilmar Mendes, o relator do processo Carlos Britto e a ministra Carmem Lúcia - sobrevoaram o local da controvérsia e aterrissaram na Aldeia Serra do Sol (...) para conhecer de perto a região e fazer um juízo mais apurado da questão” (YAMADA, VILLARES, 2010, p. 146).

Bruno Pegorari considera que “o caso Raposa Serra do Sol foi um *leading case* em matéria de demarcação de terras indígenas levado ao Supremo Tribunal Federal.

Até então nenhum caso de tamanha relevância havia chegado à suprema corte brasileira” (PEGORARI, 2017, p. 247). Assim, foi no julgamento do caso Raposa Serra do Sol que o STF se debruçou de forma mais apurada na questão dos direitos territoriais indígenas, tendo analisado diversos temas relacionados ao regime jurídico

Para uma melhor compreensão acerca do julgado, faz-se necessário uma breve contextualização fática do imbróglio. Em sua origem, a Petição de nº 3388 foi interposta nos autos da Ação Popular ajuizada em 2005 pelo então Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto em face da União Federal. No mérito, a ação tinha por objeto a declaração de nulidade da Portaria Homologatória nº 534/2008, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima.

Segundo dados do Instituto Socioambiental (2022), atualmente, a área da TI Raposa Serra do Sol possui 1.747 hectares de extensão, sendo ocupada pelos povos indígenas das etnias Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang, Wapichana. À época do ajuizamento da Ação, a área era ocupada por cerca de 17.559 indígenas, segundos dados da Fundação Nacional do Índio- FUNAI.

O caso envolvendo o questionamento quanto à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol chegou ao Supremo Tribunal Federal, foi julgado em 2009, teve a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto. O julgamento da ação popular teve dois desdobramentos: I) por unanimidade, os ministros resolveram as questões de ordem suscitadas pelo Relator, que diziam respeito tanto a aspectos procedimentais quanto à admissão na lide de assistentes, tanto do polo ativo, quanto do polo passivo, questões estas que não serão abordadas no presente trabalho; II) por maioria dos votos, os ministros do STF reconheceram a constitucionalidade da demarcação contínua da TI Raposa Serra do Sol, afirmaram a constitucionalidade do procedimento administrativo de demarcação, contudo, estabelecendo dezenove salvaguardas institucionais, propostas pelo Ministro-relator Carlos Ayres Britto, complementadas pelo voto do Ministro Menezes Direito.

O julgamento não foi unânime, sendo votos vencidos o ministro Joaquim Barbosa, que opinou pela total improcedência da ação; e o ministro Marco Aurelio, que opinou, em preliminar, a nulidade do processo, e julgava a ação totalmente procedente no mérito.

Neste caso, o STF estabeleceu dezenove condicionantes ou salvaguardas institucionais ao processo de demarcação¹⁷. Tais condicionantes disciplinam acerca da atuação governamental, bem como trazem regras acerca do usufruto das terras indígenas. “Algumas delas limitam-se a repetir o texto constitucional (condicionantes 2,3,4,14,15 e 18), mas outras conferem interpretação que esvazia o comando trazido no art. 231” (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 229-230). As dezenove condicionantes foram majoritariamente aprovadas. Contudo, tais condicionantes sequer eram objeto de

¹⁷ As condicionantes não serão objeto de análise da presente dissertação, pois fogem do escopo de apreciação da pesquisa, que tem por objetivo tão somente a tese do marco temporal. Contudo, serão elencadas a seguir, à título de conhecimento: 1) O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231, §6º, CF o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar; 2) O usufruto dos *índios* não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional; 3) O usufruto dos *índios* não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos *índios* participação nos resultados da lavra, na forma da lei; 4) O usufruto dos *índios* não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; 5) O usufruto dos *índios* não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 6) A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai; 7) O usufruto dos *índios* não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação; 8) O usufruto dos *índios* na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; 9) O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai; 10) O trânsito de visitantes e pesquisadores não-*índios* deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes; 11) Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-*índios* no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; 12) O ingresso, trânsito e a permanência de não-*índios* não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; 13) A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não; 14) As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade jurídica; 15) É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa; 16) As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros; 17) É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; 18) Os direitos dos *índios* relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis; 19) É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

discussão no processo, não foram suscitadas pelas partes, o que significa dizer que não foram levadas à discussão aos povos indígenas. Houve inovação por parte do órgão julgador, que extrapolou a sua margem de apreciação, já que “a complementação normativa ocorreu a despeito de não haver prévia existência de omissão legislativa” (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 234)”. Inclusive, critica-se tais condicionantes por afrontarem direitos constitucionais reconhecidos aos povos indígenas, bem como apresentam limitações a sua autonomia (ELOY AMADO, 2014).

Em que pese considerar as 19 (dezenove) condicionantes estabelecidas pelo STF como um verdadeiro retrocesso, estas não serão analisadas, no presente trabalho, de forma pormenorizada, pois é no “conteúdo positivo do processo de demarcação” que esta pesquisa irá concentrar suas análises, já que a tese do marco temporal foi nele estabelecida.

O que o Ministro Relator denominou como conteúdo positivo do ato de Demarcação são quatro critérios para que haja o reconhecimento de determinada terra indígena, que, segundo o Ministro, poderiam ser extraídos “do próprio corpo normativo da nossa lei maior”. São eles: (i) o marco temporal da ocupação; (ii) o marco da tradicionalidade da ocupação; (iii) o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional¹⁸; (iv) o marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”¹⁹. O estabelecimento deste conteúdo positivo do ato de demarcação foi uma inovação na ordem jurídica, por criar parâmetros para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (PEGORARI, 2017).

Contudo, dos quatro aspectos elencados pelo Ministro, o presente trabalho considera como mais importante para futura análise os aspectos referentes ao *marco*

¹⁸ Este critério busca entender no que consiste o advérbio tradicionalmente. Para o STF, o recheio topográfico ou abrangência fundiária do termo tradicionalmente se confunde com a própria finalidade prática da demarcação. Neste sentido, o voto reforça que as áreas são demarcadas para servir de habitação permanente para os indígenas, juntamente com as terras necessárias para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais, e aquelas necessárias ao bem-estar e à reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições de determinado povo indígena. Reforça o relator que estes são os quatro círculos concêntricos, que tratou o Ministro do Estado e da Justiça, Nelson Jobim, quando proferiu decisão administrativa sobre a demarcação da TI Raposa Serra do Sol. Desta abrangência fundiária decorre o sobredireito ao desfrute das terras indígenas. “Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os *índios* mantêm com o meio ambiente uma relação natural de unha e carne” (BRASIL, 2009, p. 302).

¹⁹ Este critério buscar definir que o princípio da proporcionalidade, ao ser aplicado em matéria de direitos territoriais indígenas, deve ganhar um conteúdo extensivo, considerando-se os usos, costumes e tradições indígenas.

temporal da ocupação e marco da tradicionalidade da ocupação. Isto porque são esses dois aspectos que ficaram conhecidos como “tese do marco temporal”, em que pese o estabelecimento de outros dois aspectos e das dezenove condicionantes anteriormente citadas.

Primeiramente, é importante ressaltar que

a tese jurídica do marco temporal não nasceu exatamente no âmbito do Poder Judiciário. Antes do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, esta interpretação jurídica era rotineiramente suscitada nos discursos parlamentares e de juristas que advogam para os interesses do capital (TERENA, 2021, *online*)

Assim, o marco temporal da ocupação indica que a Constituição trabalhou com um marco objetivo para o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Este marco objetivo seria a data de sua promulgação: 05 de outubro de 1988. Ressalta-se que, para o relator, não se trata de ocupações que estavam ocorrendo no ano de 1988, devendo haver uma completa correspondência entre dia, mês e ano da promulgação do texto constitucional.

A Constituição seria a chapa radiográfica” no que diz respeito ao tema da ocupação das terras a serem demarcadas pela União. Isso porque para o Ministro são “terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2009, p. 295).

O marco objetivo, ou seja, a data certa da promulgação da constituição, para o STF, teve o propósito constitucional de encerrar (ou como disse o ministro-relator, “colocar uma pá de cal”) as discussões quanto à uma referência temporal de ocupação de área indígena. A definição desse marco temporal evita, de acordo com o Supremo, duas consequências: I) A proliferação fraudulenta e súbita de aldeamentos indígenas, que possuem por finalidade a artificialização da expansão dos limites da demarcação, com o recrutamento de indígenas de outras partes do país e/ou de países vizinhos; II) a violenta expulsão dos povos indígenas, com a finalidade de descaracterizar a tradicionalidade da posse de suas terras.

Neste julgado, estabeleceu-se a tese do fato indígena, proposta pelo Ministro Menezes Direito, em contraposição à teoria do indigenato. Em acréscimo, apontou o Ministro que a definição primária de terras indígenas foi exposta no art. 231, ao definir como “terras que tradicionalmente ocupam”, sendo que a identificação espacial da

terra indígena deve ser orientada pelo verbo “ocupam” e pelo advérbio “tradicionalmente”. Assim defendeu o ministro:

Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos *índios*. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos *índios* quando da promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 2009, p. 378)

Por tal orientação, propôs que fosse usado como critério constitucional a teoria do fato indígena, pois “a aferição do fato indígena em 05 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena” (BRASIL, 2009, p. 381)

Para o ministro Menezes Direito, além do fato indígena – que seria um fator temporal a ser analisado – para caracterizar terras indígenas também seria necessário verificar a existência de: I. Fato econômico; II. Fator ecológico; III. Fator cultural e demográfico. O ministro ressaltou que a ciência oferece meios para identificar o fato indígena:

Não há, é verdade, um critério matemático preciso, uma regra abstrata e geral que possa levar tal qual um tipo jurídico à identificação dessas expressões da ocupação indígena. Isso, contudo, não significa que não devam ser aferidos mediante a observação e a experimentação científica aplicadas às comunidades envolvidas. (BRASIL, 2009, p. 382)

Em seu voto, o Ministro afirmou que o procedimento de demarcação deve ter por objeto o fato indígena:

A identificação do fato indígena, que por um lado dispensa considerações sobre a ocupação imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da constituição de 1988 dos *índios* nas terras em questão, uma presença constante e persistente. (BRASIL, 2009, p. 383)

Já o segundo critério diz respeito ao *marco da tradicionalidade da ocupação*. Não basta apenas analisar se a comunidade indígena cumpre o requisito do marco temporal, deve-se cumulativamente analisar a tradicionalidade da ocupação indígena. A ocupação indígena deve ser tradicional. E a tradicionalidade, neste caso, tem o sentido de perdurabilidade. Para o Ministro-relator:

É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da lei maior de 1988, a reocupação não ocorreu por efeito do renitente esbulho. (BRASIL, 2009)

Para este critério, a tradicionalidade envolve a relação entre os povos indígenas e suas terras, não em uma visão de sujeito e objeto, mas a partir de uma perspectiva que incorpora ambos - o indígena e a terra por eles ocupadas - como sujeitos de uma *realidade telúrica* (BRASIL, 2009).

As terras indígenas representam a encarnação de um espírito protetor, na qual a terra é um bem sentidamente congênito, passado entre gerações o espaço utilizado para produzir economicamente, e reproduzir fisicamente, cultural e socialmente sua etnia, “e tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão” (BRASIL, 2009, p. 298).

Para o relator, o termo originário é sinônimo de primevo, pois revela uma cultura pré-europeia ou “ainda não civilizada”. “O termo ‘originários’ traduz uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios” (BRASIL, 2009, p. 298).

O STF ressaltou uma hipótese na qual a tradicionalidade estaria presente mesmo que a comunidade indígena estivesse ausente fisicamente na data da promulgação da Constituição: se comprovado o renitente esbulho. Assim, entendeu a Suprema Corte brasileira que “A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios” (BRASIL, 2009, p. 77).

A corte, neste momento, não apresentou uma definição precisa sobre o que consistiria o renitente esbulho, sendo que tal baliza interpretativa só seria, posteriormente, definida quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, quando o Supremo definiu o renitente esbulho como controvérsia possessória judicializada, o que será discutido posteriormente neste capítulo. Entretanto, desde logo, ressalta-se que “a ideia de que o renitente esbulho impediria injustiças não se concretizou, tendo em vista as posteriores interpretações sobre o que é posse tradicional e o que é resistência aceitável no contexto pré-1988, marcado pela tutela e pela assimilação” (SARTORI JUNIOR; LEIVAS, 2018, p. 159). Pegorari afirma que “este critério [marco da tradicionalidade da ocupação] está em plena consonância com a interpretação gramatical do art. 231 da Constituição” (2017, p. 248).

Contudo, a tese do marco temporal (entendendo em conjunto os critérios do marco temporal da ocupação e do marco da tradicionalidade da ocupação) é merecedora de todas as críticas possíveis. “Em primeiro lugar, por restringir o direito à terra para aquém do trazido, gramaticalmente, no próprio texto da constituição” (PEGORARI, 2017, p. 248-249). A decisão acaba por criar critérios que não foram previstos pelo constituinte originário. O julgador extrapola a sua margem de apreciação, a restringir o direito originário à terra sem qualquer respaldo constitucional, mesmo que diga o contrário.

A lógica é simplista: a Constituição, ao utilizar o verbo ocupar no presente, definindo que “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, estabelece um marco temporal, já que ocupar, no presente, refere-se a “ocupar naquele momento”. Assim, supostamente utilizando uma interpretação gramatical do texto constitucional, o julgador revela que o desejo do constituinte originário seria delimitar temporalmente os direitos territoriais dos povos originários, a partir da data da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988.

Contudo, entender a data da promulgação da constituição como um marco objetivo para o reconhecimento de direitos territoriais indígenas é interpretar a Constituição de forma arbitrária, extrapolando, inclusive, uma interpretação literal da norma constitucional. Se o constituinte originário tivesse desejado delimitar um marco objetivo para o reconhecimento de direitos territoriais, assim o teria feito, como efetivamente o fez em diversos outros momentos do texto constitucional.

Aliás, em uma leitura atenta do art. 231, nota-se que a Constituição “reconhece” os direitos originários, não os “confere” (SILVA, 2018). Portanto, não se pode distorcer o texto constitucional, a pretexto de uma interpretação literal da norma, com o intuito de restringir direitos fundamentais, que, se conferidos pela Constituição, somente por ela podem ser restringidos, e de forma expressa.

Ainda, o STF ignora todo um passado de construção dos direitos territoriais dos povos indígenas, pois “a fixação de um marco temporal contraria a trajetória constitucional dos direitos indígenas, já que a garantia formal de posse de terras não se iniciou em 1988, tendo respaldo constitucional pelo menos desde 1934” (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 233).

Nesse sentido, tem-se que, conforme expõe José Afonso da Silva (2018), o termo “marco” possui um sentido espacial: e em sentido temporal, define limites históricos, o que significa delimitar o início de uma nova situação. Sendo assim, o

documento jurídico que primeiro reconheceu juridicamente o direito dos povos indígenas foi a Carta Régia de 30 de julho de 1611, portanto, “aqui temos inequivocamente um *marco temporal* - o reconhecimento jurídico-formal - dos direitos originários dos *índios* sobre as terras que ocupam” (SILVA, 2018, p. 09).

O Supremo desconsidera e vai de encontro ao direito internacional dos direitos humanos. Em primeiro lugar, conforme exposto pelo próprio relator, os povos indígenas seriam um tema de matriz constitucional, já que a matéria está inserida no bloco normativo constitucional. O fato de integrarem este bloco normativo traz diversas consequências, especialmente em relação ao fato de que as terras indígenas integram o território nacional, e, por isso, “incide, com exclusividade, o Direito nacional. Não o Direito emanado de um outro Estado soberano, tampouco o de qualquer organismo internacional [...]” (BRASIL, 2009, p. 270).

No julgamento da Petição 3388-RR, o STF demonstra uma resistência aos diplomas internacionais, ignorando que participa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O julgado, inclusive, ressalta que “É a nossa Constituição que *índios* brasileiros devem reverenciar como sua carta de alforria [...] e não essa ou aquela declaração internacional de direitos, por mais bem intencionada que seja (BRASIL, 2009, p. 280)”

Na verdade, o STF sequer analisou as normas de direito internacional de forma integrada, limitando-se a afirmar que o teor da Convenção 169 coincide com o texto constitucional, e que a DNUPI possui um viés autonomista e emancipacionista das comunidades indígenas (ARAÚJO JUNIOR, 2018).

De acordo com Eliane Moreira (2017, p. 5), “não raras vezes é possível observar a total dissonância do Direito vivenciado no Sistema Judicial Brasileiro perante os *Standards* estabelecidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Assim, a tese do marco temporal se insere nessa estatística, na medida em que vai na contramão da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Enquanto a CortelDH discutia uma jurisprudência no sentido de reconhecer a propriedade comunal aos povos originários, a partir do julgamento dos casos *Caso da Comunidade Mayagna(sumo) Awas Tigni vs. Nicarágua* (2001), *Comunidade Indígena Yakyé Axa Vs. Paraguai* (2005), *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010); *Caso Comunidad Sawhoyamaxa Vs. Paraguay* (2006), o STF definia uma tese completamente arbitrária para restringir os direitos territoriais de povos indígenas.

O STF ignorou completamente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no qual o Brasil está inserido. Registra-se que, desde 1998, quando o Brasil aceitou a competência contenciosa obrigatória da CorteIDH, “comprometeu-se internacionalmente a respeitar a cumprir as decisões oriundas da atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (PEGORARI, 2017, p. 255).

O Ministro Menezes Direito, em seu voto, até chega a citar o Caso *Awás Tigni*, precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas não realizar nenhuma construção ou desconstrução fundamentada dos precedentes existentes na CorteIDH até então, não aborda os precedentes interamericanos de forma qualificada e, quando o faz, apenas utiliza-o com o objetivo de confirmar o argumento ou para contextualizar a demanda (NEVES, 2016).

Para Raquel Osowski (2018), diversos são os interesses ocultos que geraram a interpretação distorcida do texto constitucional. Segundo Osowski, com o marco temporal

Descortina-se, assim, o inequívoco objetivo de dificultar a demarcação e o reconhecimento formal por parte do Estado brasileiro das terras indígenas tradicionalmente ocupadas, bem como, uma vez mais, de relegar à invisibilidade o histórico de graves violações aos povos indígenas. (2018, p. 89).

Já Ailton Krenak, liderança indígena do povo krenak e um dos principais líderes indígenas brasileiros, em entrevista concedida à CNN Brasil no ano de 2021, indica que o marco temporal representa “a maior privatização de terras no país”. Neste sentido, a tese do marco temporal objetiva alcançar interesses do capital, representado pelo latifundiário brasileiro, que ao restringir os direitos territoriais de povos indígenas, alcança o seu principal objetivo: a concentração fundiária.

O marco temporal demonstra a vinculação existente entre a política e o latifúndio brasileiro (SARTORI JUNIOR; LEIVAS, 2018). Essa correlação de forças desigual faz com que as comunidades indígenas fiquem suscetíveis à perda de território, mas também às violências do campo, à mortalidade infantil e às altas taxas de suicídio (SARTORI JUNIOR; LEIVAS, 2018, p. 164)”.

Outro ponto importante é que a tese do marco temporal reflete um pensamento colonial, que ainda reverbera dentro do Poder Judiciário Brasileiro. Para Aníbal Quijano (1992), o Colonialismo é a relação de dominação direta, política, social estabelecida entre os conquistadores europeus e os conquistados (americanos,

asiáticos, africanos). Para o referido autor, o aspecto político do colonialismo já foi, majoritariamente, derrotado, contudo, “a estrutura colonial de poder produziu as discriminações sociais que posteriormente foram codificadas como ‘raciais’, ‘étnicas’, ‘antropológicas’ ou ‘nacionais’ (QUIJANO, 1992, p. 168 – tradução nossa) Essa estrutura de poder é um marco sobre o qual operam outras relações sociais classistas ou estamentais.

Aponta Quijano que mesmo que o Colonialismo político seja passado, a relação existente entre a cultura europeia e as demais culturas continua sendo uma relação de dominação colonial. Essa dominação colonial internalizada é resultado de uma sistemática repressão, que recaiu nos modos de conhecer, de produzir conhecimento e perspectivas, imagens, etc. Após, foi imposto o uso dos padrões de expressão dos dominantes, especialmente em relação às crenças e ao sobrenatural, que tinham por objetivo o controle social e cultural (QUIJANO, 1992).

Assim, o marco temporal reforça uma estrutura de poder colonial, na medida em que desconsidera as cosmologias e territorialidades indígenas, ao impor um marco objetivo e uma data de um ato normativo não indígena. Para Sartori Junior, com o marco temporal, há a “invalidação das formas tradicionais indígenas de relação com o território e com o Estado, tornando-as sem efeito para o direito, a despeito do art. 231 da Constituição” (2016, p. 95).

3.2 Consequências Jurídicas: A aplicação da tese do marco temporal e as decisões do Supremo Tribunal Federal após o julgamento da petição nº 3388.

Neste ponto, que se convencionou chamar de “consequências”, pretende-se demonstrar como a tese do marco temporal impactou as mais diversas formas de expressão de poder, desde as decorrências jurídicas, com os seus reflexos na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com o julgamento dos Embargos de Declaração na Petição 3388, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, definiu-se que “a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar” (BRASIL 2013, p. 02).

Entretanto, parece que o posicionamento adotado pela Corte, quando do julgamento desse ED, foi no sentido de contenção de danos, pois, em leitura pormenorizada do julgamento da petição 3388-RR, percebe-se que o objetivo dos ministros era estabelecer um regramento próprio ao procedimento de demarcação, não somente aplicável àquele caso concreto.

A tese do marco temporal também gerou consequências nos direitos territoriais das comunidades quilombolas. O questionamento acerca da aplicabilidade da tese aos territórios quilombolas foi suscitado por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239/DF, proposta pelo Partido da Frente Liberal (atual Democratas) que discutia a constitucionalidade do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, cujo objeto regulamenta o procedimento administrativo para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. “O partido autor da ação defende que o Estado só estaria obrigado a emitir títulos às comunidades que estavam na posse das terras no momento da promulgação da CF” (MONTEIRO; TRECCANI, 2019, p. 25)

Em relação aos direitos territoriais das comunidades quilombolas, a Constituição, de forma expressa, reconheceu a propriedade definitiva de suas terras, conforme o art. 68, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao definir que “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos” (BRASIL, 1988). “Com o art. 68, o Estado rompe definitivamente com a estigmatização do quilombo, já que se compromete a conceder os direitos específicos diferenciados aos descendentes de escravos fugitivos, em particular sobre as suas terras” (BOYER, 2009, p. 139). A CF também estabelece, em seu art. 215, §1º, a obrigação do Estado em garantir o exercício de direitos culturais e a proteção das manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras.

O STF julgou a ADI em 2018, e entendeu a aplicabilidade da Convenção 169 da OIT às comunidades quilombolas, bem como reconheceu como constitucional e legítima a adoção, como critério de determinação da identidade quilombola, a adoção da autoatribuição.

Além disso, o Supremo decidiu quanto à aplicação da tese do marco temporal ao reconhecimento do direito de propriedade às comunidades quilombolas, momento em que rechaçou a aplicação da referida tese. “O STF foi instado, mesmo que

indiretamente, a se manifestar e interpretar o art. 68 do ADCT que resguarda aos quilombolas o reconhecimento da propriedade definitiva, buscando definir o alcance da expressão ‘que estejam ocupando suas terras’” (MONTEIRO; TRECCANI, 2019, p. 26).

A celeuma ficou bem evidenciada na indagação realizada pelo Ministro Dias Toffoli, ao questionar, em seu voto, “para ser reconhecido o direito de propriedade, em que momento a comunidade deveria estar ocupando suas terras?” (BRASIL, 2019, p. 149).

Ressalta-se aqui o voto da Ministra Rosa Weber, que opinou pela improcedência da ação, declarando a constitucionalidade do Decreto nº 4887. Contudo, na primeira versão de seu voto-vista, a Ministra defendeu a efetiva posse em 05 de outubro de 1988 como requisito essencial para a aplicação do artigo 68 do ADCT. Posteriormente, na segunda versão apresentada, a Ministra “limitou-se a rejeitar a serventia metodológica da data de 13 de maio de 1888 (data da promulgação da lei áurea, que oficializou o fim da escravatura) para a definição do status dos quilombos” (MONTEIRO; TRECCANI, 2019, p. 27) Neste sentido, opinou Weber:

À falta de deliberação do Plenário quanto a eventual marco temporal, deixo de tecer considerações, ainda que em *obiter dictum* a respeito, anotando, contudo, que a data de 13 de maio de 1888 não tem serventia metodológica à definição do *status* dos quilombos. A uma porque o próprio conceito de remanescente de quilombo nos dias atuais exige a reprodução contínua de uma comunidade que, originada na resistência à escravidão, permaneceu coesa. A duas porque é impossível saber, hoje, em que momento do passado histórico a Lei Áurea, embora assinada naquela data, se tornou de conhecimento público em localidades remotas do território brasileiro, bem como a disposição que tiveram as autoridades locais de lhe conferir eficácia. Enfim, a data da abolição formal da escravidão não induz a que após 13 de maio de 1888 não tenha persistido o perverso regime em tal ou qual localidade. No universo hipotético-formal dos juristas é que a figura do quilombo perde o sentido existencial de forma simultânea à abolição, o mesmo não ocorrendo necessariamente na vida. Convergem nessa linha as análises de autorizados juristas e antropólogos (BRASIL, 2019, p. 44).

Os ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski votaram a favor da ocupação quilombola, e contrários à aplicação da tese do marco temporal. Em seu voto, o Ministro Edson Fachin reforçou o histórico de invisibilização jurídica das Comunidades Quilombolas antes de 1988, bem como reforçou que não se depreende da redação do art. 68 do ADCT o marco temporal. Ainda, o Ministro entende que é necessário garantir a máxima eficácia das normas constitucionais, sob pena de “fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania” (BRASIL, 2019, p. 215).

Assim, “a adoção da tese do marco temporal da ocupação aos territórios quilombolas contraria os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que impõe clara limitação ao alcance da expressão do texto do art. 68 do ADCT” (MONTEIRO; TRECCANI, 2019, p. 35).

Bem verdade, o STF, notadamente por intermédio da 2ª turma, revisitou a tese do marco temporal em detrimento dos direitos territoriais indígenas, e, em efeito dominó, foi relativizando o reconhecimento de terras indígenas já demarcadas, à exemplo da TI Guyraroká e TI Limão Verde. Então, os próximos tópicos irão analisar como a tese do marco temporal refletiu nos julgados do STF, em relação aos povos indígenas.

3.2.1 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087: A Terra Indígena Guyraroká do povo Guarani Kaiowá e a anistia aos crimes praticados durante a ditadura militar

Em 2014, no julgamento ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a Segunda Turma do STF, em maioria dos votos, concedeu a segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Guyraroka, situada no Estado do Mato Grosso do Sul e pertencente ao povo indígena Guarani Kaiowá, assim como também declarou nula a portaria nº n. 3.219, de 7.10.2009, do Ministro de Estado da Justiça.

Segundo Débora Duprat (2018), neste julgamento, a Segunda Turma do STF rompeu com uma farta jurisprudência consolidada no âmbito da corte constitucional, que não afirmava o mandado de segurança como instrumento processual hábil para discutir os limites de terras indígenas já homologadas pela presidência da república. Assim, no julgamento do RMS nº 29.087, o STF “passou a anular, pela via da ação mandamental, tais atos administrativos, sob o argumento de que não havia demonstração de posse indígena na data da promulgação da Constituição de 1988 nem, tampouco, do chamado ‘esbulho renitente’” (DUPRAT, 2018, p. 43)

Registra-se que a ação mandamental foi impetrada no Superior Tribunal de Justiça, sob a alegação de que a Portaria que declarou a posse permanente da TI Guyraroká aos Guarani Kaiowá violou o direito líquido e certo do impetrante às terras cuja posse e propriedade (supostamente) lhe pertenciam.

O STJ denegou a segurança, seguindo a jurisprudência consolidada pelo STF até então, no sentido da inadequação do mandado de segurança, por haver a necessidade de dilação probatória, já que os documentos acostados pelo impetrante não comprovariam o alegado. Por tal motivo, por meio de Recurso Ordinário, a discussão foi levada à Corte Constitucional.

O Ministro-relator, Ricardo Lewandowski, entendeu por negar provimento ao MS, sob o argumento, firmado pela jurisprudência consolidada do STF até então, de que o mandado de segurança não suporta a dilação probatória que o caso requeria. Inclusive, entendeu o ministro relator que mesmo que o procedimento demarcatório estivesse eivado de falhas procedimentais, estas não poderiam ser alegadas em sede do remédio constitucional ali utilizado, podendo o ato do Ministro da Justiça ser questionado por intermédio de uma ação anulatória, por exemplo.

No presente caso, após pedido de vistas, o Ministro Gilmar Mendes votou de forma divergente ao relator, de forma a conceder a segurança e declarar a nulidade da portaria nº 3.219, de 7.10.2009, do Ministro de Estado da Justiça. Entendeu o ministro ser possível, em ação mandamental, verificar se os requisitos para o procedimento de demarcação de terras indígenas foram seguidos de forma correta. E neste ponto, o ministro traz o julgamento da Petição 3388, relativa ao Caso Raposa Serra do Sol.

Para o Ministro Gilmar Mendes, as salvaguardas institucionais estabelecidas pelo Supremo quando do julgamento da petição 3388 “são orientações não apenas direcionadas a esse caso específico, mas a todos os processos sobre o mesmo tema (demarcação de terras indígenas)” (BRASIL, 2014, p. 3). Assim, ressalta o ministro, deve ser observado o marco temporal como “referencial insubstituível” para o reconhecimento de direitos territoriais indígenas. Neste sentido, reforçou o ministro:

desde o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o procedimento de demarcação de terras indígenas deve contar com mais de um pressuposto: a observância das salvaguardas institucionais reafirmadas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. 3388. O entendimento da Corte então assentado deve servir de apoio moral e persuasivo a todos os casos sobre demarcação de terras indígenas. (BRASIL, 2014, p. 5).

Indica o Ministro que o critério utilizado pelo STJ para denegar a segurança, qual seja, o laudo da FUNAI não poderia ser adotado. Ressalta-se que o laudo antropológico indicou que os Guarani Kaiowá residiam na TI Guyraroká desde 1750-

1760, tendo sido removidos de suas terras nos anos 40, a partir da pressão de fazendeiros da região, entretanto, alguns indígenas permaneceram no local, trabalhando nas fazendas ali criadas, com a finalidade de manter laços com a terra, e cultivando costumes de seus ancestrais.

Contudo, divergiu o ministro neste ponto. Entendeu que este critério, de ocupação em um passado longínquo, não poderia ser considerado, pois, se assim o fosse, “muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situadas os antigos aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região norte e na Amazônia” (BRASIL, 2014, p. 3).

Para o ministro, ainda, o laudo elaborado pela FUNAI deveria seguir os parâmetros fixados pela jurisprudência do STF. Neste sentido, afirmou que “e só para deixar claro (...) o laudo da FUNAI é que tem que seguir a jurisprudência do tribunal (...), ela tem que se orientar para fixar que a posse indígena tem que ser fixada, identificada, em 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2014, p. 2).

Em continuidade, o voto do ministro reforçou que a jurisprudência do STF não entende o termo “tradicionalmente” como sendo sinônimo de “posse imemorial”. E por isso, deve-se seguir o marco objetivo, qual seja, a data da promulgação da Constituição Federal, pois, “caso contrário, em nada adiantaria o estabelecimento de tais limites, que não serviriam para evitar a ocorrência de conflitos fundiários” (BRASIL, 2014, p. 5).

Em seu pronunciamento, o Ministro Gilmar Mendes resgatou a tese colonialista outrora utilizada pelo Supremo, denominada de “Síndrome de Copacabana”, para defender que o STF não adotava a “posse memorial”, já que:

Copacabana certamente teve *índios*, em algum momento; a Avenida Atlântica certamente foi povoada de *índio*. Adotar a tese que está aqui posta nesse parecer, podemos resgatar esses apartamentos de Copacabana, sem dúvida nenhuma, porque certamente, em algum momento, vai ter-se a posse indígena. Por isso que o Tribunal fixou o critério, inclusive em relação aos aldeamentos extintos que pegariam uma boa parte de São Paulo. Hoje, um dos maiores municípios, e talvez um dos maiores orçamentos e dos maiores PIBs, é o de Guarulhos. Então se esse argumento pudesse presidir, tivesse valia, certamente nós teríamos que voltar, e isso contraria, inclusive, a Súmula do Supremo sobre os aldeamentos extintos. Esse é um ponto importante. (BRASIL, 2014)

De igual forma, a ministra Cármen Lúcia opinou de forma divergente ao relator, concordando com a aplicação da tese do marco temporal ao caso da TI *Guyraroká*. A Ministra entendeu ser possível analisar a legalidade da demarcação pela via do

mandado de segurança, tendo em vista que as provas já estariam préconstituídas, especialmente a partir do laudo antropológico da FUNAI.

Assim, em seu voto, reconheceu que os Guarani-Kaiowá não estavam ocupando a TI *Guýraroká* no momento da promulgação da Constituição. E, em relação a esse ponto específico, ressaltou que:

Não há relato de violenta expulsão dos *índios*, conquanto haja referência a pressões dos fazendeiros para a desocupação do território em vista da ampliação da atividade agropastoril e de atuação de agentes da extinto Serviço de Proteção ao Índio – SPI, o que teria resultado na pulverização das parentelas que compunham essa comunidade nas reservas indígenas situadas nas adjacências (BRASIL, 2014)

Ignora a Ministra que, ao permitir tal discussão pela via do *mandamus*, não se oportunizou a dilação probatória. Assim, os povos indígenas ou a FUNAI não tiveram a possibilidade de comprovar a expulsão violenta que sofreram. As sucessivas espoliações vividas pelos Guarani Kaiowá são retratadas pela fala indignada de um líder guarani, em entrevista à Manuela Carneiro da Cunha (2014):

Como disse um líder kaiowá ao protestar recentemente em Brasília: "A coisa está tão absurda que hoje querem nos penalizar por termos sido expulsos de nossos territórios. Querem que assumamos a culpa pelo crime deles. Durante décadas nos expulsaram de nossa terra à força e agora querem dizer que não estávamos lá em 1988 e, por isso, não podemos acessar nossos territórios?"

Portanto, a partir do caso do povo indígena Guarani Kaiowá, percebe-se que a existência da tese do marco temporal significa ignorar as sistemáticas violações sofridas pelos povos originários desde a época do Brasil Colônia até os dias atuais. Neste sentido, existem inúmeros movimentos, por parte dos povos originários, de conscientização dos riscos da existência dessa tese para a concretização dos seus direitos, consagrados na Constituição Federal de 1988. Por exemplo, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB lançou, em 2017, a campanha "Nossa história não começa em 1988!", como forma de conscientizar a sociedade e o judiciário para os riscos da adoção do Marco temporal, especialmente após a aprovação do Parecer 001/2017, da AGU. A campanha ressaltou que

Afirmar que a história dos povos indígenas não começa em 1988 não significa, como afirmam desonestamente os ruralistas, que eles querem demarcar o Brasil inteiro. Os povos indígenas querem apenas que suas terras tradicionais sejam demarcadas seguindo os critérios de tradicionalidade

garantidos na Constituição – que não incluem qualquer tipo de “marco temporal! (APIB, 2017, *online*)

3.2.2 Agravo regimental em Recurso Extraordinário (ARE 803.462 - AGR/MS): O Caso da Terra Indígena Limão Verde do Povo Terena e o Esbulho Renitente.

O Caso da Terra Indígena Limão Verde, localizada no Estado do Mato Grosso do Sul e pertencente ao Povo Terena, também foi julgado pela 2ª Turma do STF, no ano de 2014. De relatoria do Ministro Teori Zavascki, o processo envolveu o questionamento acerca da nulidade dos atos administrativos que homologaram a TI, em 2003.

Nesse julgamento, a segunda turma deu provimento, por unanimidade, ao agravo regimental, cujo processo de origem foi julgado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. No caso, a segunda turma abordou, de forma mais detalhada, o entendimento acerca do que se caracteriza como esbulho renitente. Rememora-se que, para o STF, quando caracterizada a situação de esbulho renitente, esta é a única hipótese que não afasta a tradicionalidade da ocupação.

A principal controvérsia do julgamento dizia respeito ao fato da área ter sido ocupada pelo povo terena em 1953, contudo, estes foram expulsos de seu território tradicional em meio ao processo de demarcação. O relator entendeu que tal hipótese não configuraria o renitente esbulho:

renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (BRASIL, 2014, 15).

Assentou-se o entendimento de que apenas seria considerado esbulho renitente as hipóteses de conflito possessório judicializado. No caso, a alegação de que o povo terena pleiteava a demarcação do seu território desde o século XX, junto aos órgãos públicos, foi afastada, pois, segundo o relator, esse fato apenas demonstrava o anseio por uma futura demarcação, e não uma situação de esbulho possessório atual.

Para Débora Duprat (2018), os requerimentos administrativos foram a forma de resistência encontrada pelo povo Terena da TI de Limão Verde. “A desqualificação dessas iniciativas e a exigência de que a figura do ‘esbulho renitente’ se acomode à

imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria é, a um só tempo, negativa ao pluralismo e ao processo histórico nacional” (DUPRAT, 2018, p. 69).

Após o provimento do recurso, com a consequente declaração de nulidade do procedimento demarcatório, a Comunidade Terena requereu ingresso nos autos, por meio do instituto do Litisconsórcio Passivo Necessário. O Relator, Ministro Teori Zavascki indeferiu o pedido, entendendo não ser caso de litisconsórcio passivo necessário, argumentando que:

Diversas são as razões hábeis a fundamentar o indeferimento do pedido. Em primeiro lugar, a Comunidade Terena não goza da qualidade de parte no presente processo, uma vez que, em momento algum, requereu seu ingresso na lide, não tendo, portanto, legitimidade para pleitear o reconhecimento de nulidade no processo. De outro lado, o voto citado na petição, no sentido de que seria necessária a citação das comunidades indígenas do território objeto da lide, foi proferido na PET. 3.388 pelo Min. Marco Aurélio, e não pelo relator do processo, Min. Ayres Britto, não representando a solução aplicada ao caso. Com efeito, ao decidir questão de ordem relativa a essa matéria na PET 3.388, o Pleno acolheu a manifestação do relator no sentido de admitir “a Fundação Nacional do Índio – FUNAI (petição n. 62.154), a Comunidade Indígena Socó (petição n. 70.151) e a Comunidade Indígena Barro e outras (petição n. 68.192), na posição de assistentes da ré, que, no caso, é a União. Todos eles recebendo o processo no Estado em que se encontra”. Não há que se falar, portanto, em litisconsórcio passivo necessário. Registre-se que a Comunidade Terena não logrou êxito em demonstrar qualquer prejuízo decorrente de sua não participação no processo, sendo certo que (a) integrou o polo passivo da demanda a FUNAI – órgão a quem cabe “a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas” (art. 35 da Lei 6.001/73) – e (b) a causa foi acompanhada em todas as instâncias pelo Ministério Público Federal. É de salientar que ambos os órgãos interpuseram recursos em favor da Comunidade Terena.

Há, no mínimo, uma contradição no posicionamento do Ministro Teori Zavascki. Ao mesmo tempo em que exige, para a comprovação do esbulho renitente, uma posição ativa dos povos indígenas para a defesa dos seus direitos, indefere o ingresso do povo Terena na lide, sob o argumento de que não houve quaisquer prejuízos comprovados à comunidade (como se a relativização de um direito territorial não fosse prejuízo suficiente), bem como utilizando o argumento de que a FUNAI, responsável pela defesa judicial dos povos indígenas, estava participando do processo.

Ora, se os povos indígenas não podem participar do processo em que se discute direitos possessórios em pleno século XXI, após uma Constituição que revolucionou o reconhecimento de seus direitos, como exigir uma controvérsia possessória judicializada em tempos em que, como regra, os povos indígenas eram tidos como incapazes sob o regime tutelar, sendo que, para a defesa de seus direitos,

dependiam de um órgão público, no qual havia a concepção de que os povos indígenas precisavam ser integrados à sociedade? Somado a isso, “os *índios* e as comunidades indígenas antes da Constituição de 1988 não tinham legitimidade processual.

Tal posicionamento do Supremo perpetua a herança integracionista, assimilacionista e pautada em um regime tutelar dos povos indígenas. De acordo com Dailor Sartori Junior e Paulo Gilberto Cogo Leivas

ainda que o MPF e a Funai tenham entre suas atribuições o acompanhamento dos processos judiciais das comunidades indígenas, por conta da qualidade da parte, não podem falar em substituição aos *índios*, sobretudo quando estes manifestam formalmente o desejo de participar das ações (2018, p. 161)

José Afonso da Silva apresenta severas críticas à concepção de esbulho renitente. Em primeiro lugar, indica que o STF reconhece a existência de conflitos entre indígenas e não indígenas, mas não reconhecem a origem desses conflitos, qual seja: invasão, grilagem, e usurpação das terras indígenas (SILVA, 2018). “Mas, às vezes, se sente nas entrelinhas que os julgadores entendem que os *índios* é que provocam o conflito” (SILVA, 2018, p. 33).

Em continuidade, Silva aponta que o ônus do conflito e da solução deveria recair em quem pratica o conflito: os não indígenas, e não sobre os povos indígenas, pois se está requerendo dos povos originários um comportamento que é típico dos não-indígenas, no que diz respeito à luta dos direitos (SILVA, 2018).

Para o autor, a exigência de um conflito possessório judicializado pelos indígenas, para comprovar o esbulho renitente, ignora o fato de que os direitos indígenas não são dos indivíduos, mas da comunidade. De igual forma, não considera que os povos indígenas estavam submetidos ao regime tutelar, de competência da União (SILVA, 2018).

Silva aponta três pontos metodológicos, que demonstram o desvio semântico contido na concepção de renitente esbulho, pois “distorcem o sentido das normas constitucionais protetivas dos direitos originários dos *índios* sobre as terras que ocupam” (SILVA, 2018, p. 33).

O primeiro desvio semântico do conceito de renitente esbulho trata sobre a mudança de foco da interpretação das normas constitucionais. Para Silva, o conceito de esbulho renitente interpreta as normas constitucionais como se fossem destinadas aos não-indígenas, pois espera dos povos originários uma ação propriamente daqueles que vivem em uma sociedade dita “civilizada”. “As regras da Constituição

sobre os direitos indígenas têm a natureza de direitos protetivos de minorias e, portanto, devem ser compreendidas na conformidade do texto de vivência dessa minoria” (SILVA, 2018, p. 34).

O segundo desvio metodológico diz respeito ao tratamento do conflito, a partir de uma concepção civilista. “É a compreensão dos conflitos sobre terras indígenas como ‘um conflito possessório de direito civil’” (SILVA, 2018, p. 34). O conceito de esbulho renitente trata o conflito possessório como se fossem dois particulares litigando por uma posse estritamente civilista. “Não é isso que se dá; não é uma disputa de natureza possessória, porque os *índios* (...) não tem uma posse nesse sentido do direito privado. Os direitos dos *índios* não são de natureza individualista, porque os direitos originários sobre as terras é um direito comunitário” (SILVA, 2018, p. 34). E é pelo fato de serem direitos comunitários, que são direitos fundamentais de solidariedade.

De acordo com Liana Amin Lima da Silva, a tese do marco temporal:

Trata-se de aplicação de critérios restritivos civilistas com a invenção do inconstitucional critério do marco temporal, visando garantir a segurança jurídica no âmbito de direitos individuais. Tal tecnicismo jurídico mais corresponde à ideologia da dominação, exclusão, extinção e integração dos povos indígenas e outros povos e comunidades tradicionais invisibilizados (SILVA, 2017, p. 218).

Por fim, o terceiro desvio semântico, trazido por José Afonso da Silva, aborda a noção de que “não se compadece com a constituição essa concepção de que o esbulho não se refere ao passado” (SILVA, 2018, p. 34). Para o constitucionalista, enquanto a comunidade indígena existir, de igual modo, perduram os seus direitos territoriais, posto que são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis, de acordo com o art. 231, §4º, CF. A partir desse entendimento, a Comunidade indígena que for removida de suas terras por não indígenas “tem direito de a elas retornar a qualquer tempo e isso deve ser garantido pelo Poder Judiciário, que tem o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens dos *índios*” (SILVA, 2021, p. 218)

Tal entendimento do jurista brasileiro se coaduna com o posicionamento já proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando julgou o caso *Comunidad Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, em 2006. O principal ponto de abordagem, julgado pela CortelDH, diz respeito à limitação temporal do direito de recuperação.

3.3 O caso do Povo Xokleng e o julgamento do RE 1.017.365-SC: uma mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal?

A tese do marco temporal volta para o centro da discussão no Supremo Tribunal Federal, com o Recurso Extraordinário nº 1.017.365-SC. Contudo, agora será discutido pelo pleno do STF, a partir do julgamento, que versa sobre a TI Ibirama-Laklãnõ, do povo Xokleng, localizado no Estado de Santa Catarina.

O Supremo tem a oportunidade de afastar, por definitivo, a aplicação da tese do marco temporal, reconhecendo e pacificando o entendimento da aplicação da teoria do indigenato para o reconhecimento de direitos territoriais indígenas. Esta será a primeira vez que a tese do marco temporal é apreciada pelo pleno do STF desde o julgamento da petição 3388, já que os julgamentos posteriores ao Caso Raposa Serra do Sol, que aplicaram a tese, ocorreram apenas na 2ª turma do tribunal.

Em sua origem, a ação possessória que originou o RE nº 1.017.365-SC trata-se de uma Ação de Reintegração de Posse movida pela Fundação do Meio Ambiente, atual Instituto do Meio Ambiente, do Estado de Santa Catarina face à FUNAI e indígenas do povo Xokleng, que reivindica parte do território tradicional do povo xokleng.

O RE, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, foi recebido pelo STF como repercussão geral, sob o tema 1031: “Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.” (BRASIL, *online*). O que significa dizer que será fixada uma tese, a partir da decisão proferida no julgamento do RE 1.017.365-SC, a qual deverá ser replicada em todas as instâncias para todos os casos envolvendo terras indígenas, incluindo conflitos possessórios, mandados de segurança que questionam demarcações; etc.

Assim, o julgamento do RE 1.017.365-SC se torna o julgamento mais importante de direitos indígenas desde a redemocratização, já que a tese que será fixada será o entendimento definitivo a ser replicado aos direitos territoriais indígenas. Por tal motivo, aproximadamente 176 povos indígenas de diversas regiões do país se mobilizaram e acamparam na frente do Supremo Tribunal Federal, para acompanhar de perto o julgamento do STF e protestar contra a agenda antiíndígena do então Presidente da República, Jair Bolsonaro.

A partir do reconhecimento da repercussão geral, o STF, com base no art. 1.035, §5º do CPC, o relator determinou a suspensão de todos os processos no

território nacional, incluindo os recursos vinculados a esses processos, especialmente as ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação até o julgamento final do RE 1.017.365-SC.

O relator, também, concedeu liminar para suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, bem como determinou que a FUNAI se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU.

Atualmente, o julgamento do RE se encontra paralisado, após o pedido de vistas do Min. Alexandre de Moraes, em 15 de setembro de 2021. Já foram proferidos 2 votos, estando o placar de julgamento empatado, com 1 voto favorável ao afastamento da aplicação da tese do marco temporal, proferido pelo Ministro Relator Edson Fachin, e 1 voto a favor da manutenção da tese do marco temporal proferido pelo Ministro Nunes Marques.

O julgamento contou com a participação de 35 (trinta e cinco) entidades como *amici curiae*, dentre as quais contou com a participação de entidades públicas e privadas, que se posicionaram contrárias à tese do marco temporal, tal como Articulação dos Povos Indígenas, Associação Brasileira de Antropologia, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública da União, Associação dos Juízes pela Democracia, Instituto Socioambiental, dentre outros.

Em defesa dos direitos territoriais indígenas, a advogada Deborah Duprat, realizando sustentação oral em representação da Associação dos Juízes para a Democracia (AJD) reforçou que os direitos indígenas foram, durante a história brasileira, permeados por um projeto colonial, o qual enxergava os povos indígenas como inferiores. Neste sentido, reforçou a jurista que:

refletir sobre esse tema (tese do marco temporal) é importante trazer à cena o projeto colonial, o projeto marcado por extrema violência, violência traduzida em morte em desapossamento, desterritorialização, aprisionamento, controle dos modos de vida e ele só foi possível porque os indígenas, os povos originários, foram considerados seres inferiores, algum elemento do passado, já ultrapassado no processo civilizatório, seres sem cultura, sem história e, portanto, seres a respeito dos quais era possível fazer qualquer coisa para trazer a civilização.

De igual forma, Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), por meio do seu representante, o Advogado Indígena Luis Henrique Eloy Amado, enfatizou que “adotar o marco temporal é ignorar todas as violações que os povos indígenas foram

e estão submetidos”. Ainda, salientou que a proteção dada pela Constituição às terras indígenas é um compromisso adotado pelo Estado Brasileiro, e não pode ficar a mercê de discricionariedade política.

O Instituto Socioambiental (ISA), com a advogada Juliana de Paula Batista, destacou que as terras indígenas são, no país, as áreas mais ambientalmente preservadas, com aproximadamente 98% da área total de TI ambientalmente conservadas. Outro argumento trazido pelo ISA versou sobre a utilização da tese do marco temporal em processos judiciais que questionam a demarcação de TI, inclusive quando os povos indígenas já se encontravam nas terras em 1988. Expõe que a utilização do marco temporal nesses processos se dá pela dificuldade em realizar prova de fatos que ocorreram há mais de 30 anos, inclusive, em um momento no qual a fixação de um termo objetivo para a ocupação indígena sequer era cogitada.

Em continuidade ao julgamento, o ministro relator Edson Fachin foi o primeiro a proferir o seu voto, opinando pelo provimento do Recurso Extraordinário. Ao contrário dos entendimentos exarados pela 2ª turma do STF até então, votou favoravelmente ao reconhecimento de direitos territoriais indígenas, afastando a aplicação da tese do marco temporal. O relator entendeu que, em que pese o objetivo da petição 3388, ao fixar a tese, tenha sido o de pacificar os conflitos territoriais existentes, o que aconteceu, na verdade, foi a intensificação desses conflitos e a restrição de direitos indígenas:

é preciso que se reconheça que a decisão tomada na Pet nº 3.388, longe de obter a pacificação propugnada, acarretou como consequência verdadeira paralisação das demarcações de terras indígenas no País, diante da assunção pela Administração das condicionantes ali descritas no Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, com acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos *índios* no Brasil (BRASIL, 2021, p. 37)

Em seguida, reconheceu que os direitos dos povos indígenas consistem em direitos fundamentais, e tal reconhecimento gera quatro consequências: são cláusulas pétreas, logo, não podem ser suprimidos ou alterados do texto constitucional; possuem imunidade quanto às decisões do legislativo que tenham o potencial de limitar o exercício desses direitos; também são aplicáveis o princípio da vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente a esses direitos. Assim, “por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à aplicação do artigo 231 deve levar

em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais” (BRASIL, 2021, p. 37)

Em seu voto, o Ministro reforçou o entendimento jurisprudencial, doutrinário e legislativo da natureza jurídica do ato de demarcação. Afirmou se tratar de ato meramente declaratório, e entendeu que a posse permanente dos povos indígenas “independe da conclusão ou mesmo da realização da demarcação administrativa dessas terras, é direito originário das comunidades indígenas, sendo apenas reconhecimento, mas não constituído pelo ordenamento jurídico”. (BRASIL, 2021, p. 47-48)

Reforçou a diferenciação entre posse indígena e posse civil, salientando que aquela faz parte da formação da identidade dos povos originários, e não é adquirida a partir da aquisição do direito ao uso da terra (BRASIL, 2021). Esclareceu que

A terra para os indígenas não tem valor comercial, como no sentido privado de posse. Trata-se de uma relação de identidade, espiritualidade e de existência, sendo possível afirmar que não há comunidade indígena sem terra, num ponto de vista étnico e cultural, inerente ao próprio reconhecimento dessas comunidades como povos tradicionais e específicos em relação à sociedade envolvente (BRASIL, 2021, p. 61)

O Ministro-relator rechaçou a tese do marco temporal, afastando-a por completo. Afirmou que não é possível depreender da leitura do art. 231, CF qualquer marco objetivo para o reconhecimento de direitos territoriais indígenas, ou restrições ao direito à posse permanente e tradicional dos povos originários. Assim dispôs:

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. (BRASIL, 2021, p. 77)

Ainda, o relator aponta incongruências que a tese do marco temporal não é capaz de resolver. Assim, a tese não consegue resolver questões fundamentais, tais como as terras que foram abandonadas voluntariamente pelos povos indígenas (de acordo com o art. 21, da Lei nº 6001/1973); bem como ignora a situação dos povos indígenas isolados.

O Ministro Edson Fachin, em um voto histórico, reconhece o direito originário dos povos indígenas à sua terra, reforçando a teoria do Indigenato, e afasta, de forma incontestável a teoria do fato indígena, bem como a concepção de esbulho renitente e sua interpretação como controvérsia possessória judicializada. Conclui que

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 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.(BRASIL, 2021, p. 89)

Por fim, propôs a fixação da seguinte tese, para o tema 1031, sobre definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional:

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. (BRASIL, 2021)

Por outro lado, o Ministro Nunes Marques abriu divergência ao votar favoravelmente à tese do marco temporal, e negar provimento ao recurso. Em suas razões, defendeu que a existência da posse indígena deve ser comprovada até 1988, sob pena de uma “expansão ilimitada para áreas já incorporadas ao mercado imobiliário”. Ainda, avaliou que a soberania e a independência nacional estariam em risco sem a tese do marco temporal.

O ministro, em consonância ao entendimento dos ruralistas e defensores da tese, reconheceu que, ao aplicar o marco temporal e a teoria do fato indígena estar-se-ia anistiando os esbulhos possessórios e a violência historicamente sofrida pelos povos indígenas, contudo, seria o posicionamento que mais concilia diferentes interesses:

A teoria do fato indígena, que embasa o posicionamento do STF no caso já referido [caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol], é a que melhor concilia os interesses em jogo na questão indígena. Por um lado, admite-se que os *índios* remanescentes em 1988 e suas gerações posteriores têm direito à posse de suas terras tradicionais, para que possam desenvolver livremente seu modo de vida. Por outro, procura-se anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes, e já acomodados pelo tempo e pela própria dinâmica histórica

Nunes Marques opinou pela existência de indícios da tese do marco temporal no texto constitucional, a partir de uma interpretação do art. 67, do ADCT:

O artigo 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina que a União concluirá a demarcação de terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Tal norma transitória é forte indício de que o constituinte teve em mente a fixação de um marco temporal preciso para delimitação dos espaços físicos, que ficariam sob exclusivo usufruto indígena

Após o voto do Ministro Nunes Marques, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vistas, e o julgamento foi suspenso. Até o momento da escrita deste trabalho, o julgamento do RE 1.017.365 - SC não possui previsão para ser pautado e julgado.

Não se sabe o posicionamento que o Supremo Tribunal Federal irá adotar. Enquanto o julgamento permanece paralisado, os direitos territoriais de povos

indígenas permanecem sofrendo constantes ataques e ameaças. Em entrevista concedida ao canal CNN Brasil, no ano de 2021, o líder indígena Ailton Krenak ressaltou que os poderes legislativos, especialmente o congresso nacional, e judiciário, com o STF, devem assumir a responsabilidade do momento e tomar a decisão mais adequada, pois o prolongamento dessa discussão, em torno da tese, está causando prejuízos ambientais e sociais, bem como causando um dano político para o Brasil.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO E A TESE DO MARCO TEMPORAL: Violação do direito territorial de permanência dos povos indígenas?

O presente capítulo objetiva investigar se existe relação entre a tese do marco temporal e a violação de direito territorial de permanência de povos indígenas nos julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Para isso, visa responder o questionamento principal da presente pesquisa, qual seja, em que medida a tese do marco temporal viola o direito territorial de permanência dos povos originários, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em demandas possessórias envolvendo povos indígenas, no intervalo de 2009 e 2020?

Parte-se da hipótese que a tese do marco temporal é utilizada como argumento jurídico para fundamentar as decisões que resultam em violação do direito territorial indígena de permanência em seus territórios, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Isto porque, conforme evidenciado por Eloy Amado, a tese já foi aplicada em outras esferas do Poder Judiciário, para além das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido,

mesmo após o Supremo Tribunal Federal ter afirmado que as condicionantes e, de igual modo, o marco temporal, não eram aplicáveis a outras terras indígenas, vários juízes e tribunais começaram imediatamente a usar essa tese jurídica para suspender processos demarcatórios ou determinar despejos de comunidades indígenas (ELOY AMADO, 2020, p. 219)

Entende-se que apesar do reconhecimento jurídico aos direitos de povos indígenas, alçados ao *status* de direitos constitucionais, estes ainda estão sob grave ameaça - especialmente após a fixação da tese do marco temporal pelo STF. Torna-se o Poder Judiciário o *locus* para o questionamento do reconhecimento desses direitos, a arena de disputa utilizada pelos proprietários de terras rurais para questionar o processo de demarcação de terras indígenas e as ações possessórias com o objetivo de questionar a posse indígena, o domínio ou a extensão dos territórios tradicionais.

De acordo com Samara Carvalho Santos, (2020, p. 52) “a judicialização da controvérsia possessória consiste no exercício de levar ao Poder Judiciário os conflitos de interesse em torno da demarcação das terras indígenas, que em muitos casos envolvem como partes as comunidades indígenas, particulares, União e Municípios”. Tratam-se de conflitos socioambientais, pois possuem, em sua natureza,

a terra indígena, demarcada ou não, como um fator de disputa levada ao campo do Poder Judiciário.

O fenômeno da “judicialização das disputas fundiárias envolvendo terras indígenas ocorre por meio de duas vias que são distintas, porém imbricadas” (ELOY AMADO; ALFINITO, 2018, p. 234).

A primeira via se refere à judicialização dos processos de demarcação, na qual o procedimento administrativo é questionado, pela via do mandado de segurança ou por ações declaratórias, nas quais os proprietários de terras rurais questionam a legalidade dos atos administrativos ou visam a declaração de domínio sobre as terras ocupadas. (ELOY AMADO; ALFINITO, 2018). Segundo Santos (2020, p. 53), essa judicialização “passou a ser um dos fatores que muito contribui para a complexidade e morosidade dos processos demarcatórios”

A segunda via, por sua vez, versa sobre o ajuizamento de ações possessórias de proprietários em face de povos indígenas que retomaram suas terras tradicionais. Segundo Eloy Amado e Alfinito, a “retomada de terras se tornou uma importante forma de reivindicação territorial utilizada pelo movimento indígena” (ELOY AMADO; ALFINITO, 2018, p. 243). Similar ao que se convencionou chamar de “gramática jurídica das ocupações”, entendido como a utilização de ações possessórias em diversos conflitos sociais, inclusive em relação às terras indígenas, demarcadas ou não (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS, 2021, p. 23)

É nesta segunda via da judicialização das disputas fundiárias que a presente pesquisa irá se debruçar. Isto porque considera-se que são nos conflitos possessórios judicializados que reside a principal ameaça ao direito de permanência dos povos indígenas, tendo em vista que é nesses conflitos que reside um maior risco de remoção iminente.

O questionamento judicial ao processo de demarcação e à territórios já demarcados representa uma violação ao direito territorial dos povos originários, que poderá afetar no direito de permanência desses povos, pois vulnerabiliza o reconhecimento da posse tradicional indígena. Contudo, esse risco ao direito de permanência não é imediato, pois não se trata do pedido principal da ação, podendo ser uma consequência secundária do deferimento do pedido.

Por tal motivo, a presente pesquisa se debruça sobre ações possessórias, por entender que essas representam uma maior ameaça à irremovibilidade dos povos indígenas, prevista no art. 231, §5º, da CF.

Os conflitos possessórios serão analisados no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O TRF1 está inserido na Justiça Federal, cuja competência está disciplinada nos artigos 108 e 109 da Constituição Federal. Dentre as matérias elencadas como de competência da Justiça Federal estão as disputas sobre os direitos indígenas, incluídos aqui os direitos territoriais em *stricto sensu*.

Ato contínuo, a jurisdição do TRF da 1ª região compreende os Estados do Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Ressalta-se que, anteriormente, o Estado de Minas Gerais estava inserido no âmbito do TRF1, contudo, a partir de agosto de 2022, com a criação do Tribunal Regional Federal da 6ª Região, o Estado de Minas Gerais passou a pertencer a esse TRF. O Mapa 01 demonstra os Estados da Federação que compõem o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Mapa 01 – Estados Federativo e Distrito Federal sob a jurisdição do TRF1



Fonte: Tribunal Regional Federal da 1ª Região (online)

Assim, o TRF1 abrange 12 estados da federação e mais o Distrito Federal sob a sua jurisdição, o que significa a ela região norte por completo, estados da região nordeste e região centro-oeste. É especialmente relevante o fato do referido tribunal

compreender a Amazônia Legal²⁰ como um todo, já que a região possui cerca de 98.25% da extensão das terras indígenas do Brasil (ISA, 2022).

Em relação aos povos indígenas, segundo dados do Instituto Socioambiental, apenas na Amazônia Legal existem cerca de 424 (quatrocentas e vinte e quatro) TI, o que corresponde a uma área de 115.294.899 ha, significando 59% do total das TI do país. Em termos quantitativos, por Estado pertencente ao TRF1, segundo dados do ISA, estão sob jurisdição do TRF1 484 terras indígenas. Na Tabela 01, apresenta-se o quantitativo de Terras Indígenas por cada Estado que compõe o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a partir dos dados obtidos no sítio eletrônico do Instituto Socioambiental.

Tabela 1- Quantidade de TI em cada Estado pertencente ao TRF1

| Estado | Quantidade de TI | Área total de TIs (ha) |
|------------------|-------------------------|-------------------------------|
| Acre | 36 | 2.573.801,02 |
| Amazonas | 164 | 45.800.730,73 |
| Amapá | 6 | 1.191.137,48 |
| Bahia | 33 | 326.935,20 |
| Distrito Federal | 1 | - |
| Goiás | 5 | 37.751,59 |
| Maranhão | 22 | 2.451.149,21 |
| Mato Grosso | 79 | 15.044.035,63 |
| Pará | 64 | 30.915.946,08 |
| Piauí | 0 | - |

²⁰ A Amazônia Legal é formada pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins e Maranhã

| | | |
|--------------|------------|---|
| Rondônia | 26 | 5.023.489,50 |
| Roraima | 33 | 10.381.053,60 |
| Tocantins | 15 | 2.598.194,52 |
| Total | 484 | *Segundo informações do ISA, “Algumas TIs podem ter sua área em mais de um estado, o número de TIs apresentado para cada estado não pode ser somado.” |

Fonte: Instituto Socioambiental (2022).

Importante destacar os dados obtidos pela pesquisa “Justiça Pesquisa”, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, apresentados no relatório sobre Conflitos Fundiários Coletivos Urbanos e Rurais: Uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do Novo Código de Processo Civil”. Em termos comparativos aos demais Tribunais Regionais Federais, percebe-se que o TRF1 é o tribunal mais demandado a se manifestar acerca de conflitos possessórios envolvendo povos indígenas. Na Tabela 02, apresentam-se os dados obtidos pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) e pelo Instituto Pólis, acerca das tipologias²¹ predominantes em cada Tribunal Regional Federal.

Tabela 2 - Organização das tipologias por Tribunal Federal

| TRIBUNAL | GREV E | INDÍGENAS | PROTESTO | QUILOMBO LA | AGRÁRIO | MORADIA |
|----------|--------|-----------|----------|-------------|---------|---------|
| TRF1 | 8,88% | 15,95% | 0,18% | 3,63% | 47,51% | 23,75% |
| TRF3 | 5,57% | 13,74% | 0,69% | 1,35% | 21,60% | 57,05% |

²¹ Denominação criada pela pesquisa “Justiça Pesquisa” para definir “os diferentes conflitos sociais de fundo que estão na base das ações possessórias coletivas” (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS, 2021, p. 45). Assim, o termo indígena refere-se aos conflitos possessórios envolvendo povos indígenas, bem como o termo agrário envolve conflitos agrários *lato sensu*.

| | | | | | | |
|------|------------|--------|-------|-------|--------|--------|
| TRF4 | 11,90 % | 11,90% | 7,14% | 2,38% | 23,80% | 42,88% |
| TRF5 | 2,68% | 11,29% | 0,56% | 5,91% | 26,34% | 53,22% |

Fonte: INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS, 2021, p. 76).

Portanto, a partir dessas observações preliminares, passa-se a analisar a existência de uma possível relação entre a aplicação do marco temporal e a remoção de povos indígenas, a partir da investigação da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª região, em matéria de direitos possessórios. Para tanto, o restante deste capítulo está estruturado da seguinte forma: será apresentada a metodologia utilizada para a obtenção do banco de decisões a ser analisado; em seguida, serão demonstrados os dados quantitativos, obtidos a partir da análise das decisões coletadas; em continuidade, verificar-se-á de que forma o TRF1 se posicionava no período que antecede a tese do marco temporal (compreendido entre os anos de 1988 e 2008); por fim, é no último tópico que será feita a análise qualitativa das decisões obtidas, com a finalidade de investigar se a tese do marco temporal é utilizada pelo TRF1 como *ratio decidendi* em conflitos possessórios, a fim de averiguar se a hipótese apresentada pode ser confirmada.

4.1 Metodologia Utilizada

Para investigar a possível relação entre a violação do direito territorial de permanência de povos indígenas e a tese do marco temporal, a dissertação combina uma pesquisa de abordagem quali-quantitativa, a partir da análise de acórdãos proferidos no âmbito do 2º grau do TRF1.

A opção por analisar tão somente os julgados proferidos em 2º grau pelo Tribunal se dá por uma questão de ordem técnica. Não existe, atualmente, nenhum buscador oficial dos tribunais regionais que mostre, como resultado, as decisões proferidas em sede de 1º grau de jurisdição. Assim, caso a pesquisa optasse por realizar a coleta desses dados, ante a ausência de um buscador oficial para essas decisões, tal coleta não demonstraria um universo preciso acerca do objeto estudado.

Ressalta-se que a pesquisa pretende responder a seguinte indagação: em que medida a tese do marco temporal viola o direito territorial de permanência dos povos originários, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª

Região, em demandas possessórias envolvendo povos indígenas, no intervalo de 2009 e 2020?

Para responder essa indagação, partiu-se da seguinte hipótese: a tese do marco temporal é utilizada como argumento jurídico para fundamentar as decisões que resultam em violação do direito territorial indígena de permanência em seus territórios, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A pesquisa foi realizada em três etapas: (1) identificação das decisões a serem analisadas; (2) análise quantitativa, a partir de parâmetros estabelecidos, no sentido de identificar se existe algum padrão entre as ações, nas quais foram proferidas as decisões; (3) análise qualitativa, para verificar se o marco temporal foi utilizado como fundamento da decisão ou, subsidiariamente, quais os demais fundamentos utilizados pelos julgadores.

A (1) *identificação das decisões a serem analisadas* foi realizada por meio do sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no endereço <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/>, no dia 13 de outubro de 2021.

O acesso ao campo de pesquisa é realizado por meio do campo “pesquisa livre”, no qual se utilizou as seguintes palavras-chave, e suas combinações, obtidas a partir de leitura prévia dos textos referentes ao marco temporal e remoção de povos indígenas: “marco temporal” + “indígena”; “posse imemorial” + “reintegração de posse”; “posse imemorial” + “FUNAI”; “reintegração de posse” + “terra indígena” “remoção” + “indígena” “posse imemorial”.

A Tabela 03 apresenta o universo de resultados em primeira amostragem, obtidos a partir das palavras-chave e combinações, durante este primeiro momento, sem realizar qualquer filtragem:

Tabela 3 - Universo obtido em primeira amostragem

| Palavra-Chave | Resultado Geral |
|---|------------------------|
| "posse imemorial" + "reintegração de posse" | 1 resultado |
| “posse imemorial” + “FUNAI” | 15 resultados |

| | |
|--|---------------|
| “reintegração de posse” + “terra indígena” | 32 resultados |
| “marco temporal” + “indígena” | 3 resultados |
| “Remoção” + “indígena” | 21 resultados |
| “posse imemorial” | 34 resultados |
| TOTAL | 106 decisões |

Fonte: Elaborado pela Autora

Após o aprofundamento da pesquisa, entendeu-se pela necessidade de acrescentar outras palavras-chave, bem como suas combinações, para verificar a existência de outras decisões que, porventura, não foram coletadas na primeira amostragem. Assim, utilizando os mesmos parâmetros de pesquisa, em 27 de maio de 2022, foi obtida uma segunda amostragem, com as seguintes combinações: “renitente esbulho” + “terra indígena”; “renitente esbulho”; “ação possessória” + “marco temporal”; “marco temporal” + “reintegração de posse”; “marco temporal” + “conflito possessório”; “raposa serra do sol” + “conflito possessório”; “conflito possessório” + “terra tradicionalmente ocupada”; “conflito possessório” + “posse imemorial”; “marco temporal” + “índio”; “direito de permanência” + “terras indígenas”; “irremovibilidade” + “indígenas”; “posse indígena” + “conflito”; “posse indígena” + “marco temporal”; “posse indígena”; “conflito possessório” + “marco da tradicionalidade da ocupação”. A Tabela 04 apresenta os resultados obtidos em segunda amostragem, sem a realização de qualquer filtragem:

Tabela 4 - Universo obtido em segunda amostragem

| Palavra-Chave | Resultado Geral |
|--|------------------------|
| “renitente esbulho” + “terra indígena” | 0 resultados |
| “renitente esbulho” | 0 resultados |

| | |
|--|--------------------|
| "ação possessória" + "marco temporal" | 2 resultados |
| "marco temporal" + "reintegração de posse" | 3 resultados |
| "marco temporal" + "conflito possessório" | 0 resultados |
| "raposa serra do sol" + "conflito possessório" | 0 resultados |
| "conflito possessório" + "terra tradicionalmente ocupada" | 0 resultados |
| "conflito possessório" + "posse imemorial" | 0 resultados |
| "marco temporal" + "índio" | 3 resultados |
| "direito de permanência" + "terras indígenas" | 0 resultados |
| "irremovibilidade" + "indígenas" | 0 resultados |
| "posse indígena" + "conflito" | 2 resultados |
| "posse indígena" + "marco temporal" | 1 resultado |
| "posse indígena" | 29 resultados |
| "conflito possessório" + "marco da tradicionalidade da ocupação" | 0 resultados |
| TOTAL | 40 decisões |

Fonte: Elaborado pela Autora

Ressalta-se que a utilização do sinal gráfico aspas (""") tem por finalidade identificar decisões que apresentem, com precisão o termo que se encontra entre aspas. Ou seja, ao utilizar "marco temporal" (entre aspas), o buscador de jurisprudência do TRF1 irá mostrar todas as decisões que utilizaram tal termo. De igual

modo, a aplicação do sinal de mais (+) objetiva a combinação de duas palavras ou termos, o que significa dizer que, ao utilizá-lo, a busca tende a demonstrar decisões que utilizaram em sua fundamentação ambos os termos.

A partir da combinação de resultados obtidos com as duas amostragens, obteve-se um universo de 146 (cento e quarenta e seis) decisões. Então, partindo deste resultado geral, realizou-se filtragem com os parâmetros a seguir apresentados, para que fossem obtidos resultados específicos, visando identificar quais decisões seriam pertinentes à pesquisa aqui proposta.

Como filtro utilizado a título de definição temporal, foram separadas as decisões proferidas entre o intervalo dos anos de 2009-2020, mesmo que a ação tenha sido ajuizada antes da temporalidade definida. O termo inicial se justifica pelo julgamento da tese do marco temporal ter ocorrido em 2009, e o termo final como sendo o ano que antecede o início da presente pesquisa.

Apenas foram selecionadas as decisões proferidas em ações possessórias, entendidas como manutenção de posse, reintegração de posse, e interdito proibitório²², de acordo com os artigos 560 e 567 do Código de Processo Civil de 2015. Tal classificação não foi prejudicada com a mudança do CPC/1973 para o CPC/2015, pois as classificações das ações possessórias foram mantidas, com a mudança legislativa apenas foram feitas alterações quanto ao procedimento. Assim, como o objeto desta pesquisa não envolve o processo civil, especificamente o procedimento referente às ações possessórias em si, não há prejuízo na análise das decisões proferidas ainda sob a égide do CPC/1973.

Não foram incluídas, dentro da análise das decisões, ações referentes ao processo de demarcação. Ou seja, processos judiciais que tinham por objetivo o questionamento do processo de demarcação ou de áreas já demarcadas foram excluídos da investigação. Isto porque tais processos escapam do escopo do presente trabalho, tendo em vista que essas ações não questionam diretamente o direito de permanência de povos indígenas e, portanto, não representam uma ameaça iminente à remoção dos povos originários.

²² As ações possessórias são gênero, os quais são espécies: a ação de reintegração de posse, a manutenção de posse e o interdito proibitório. De acordo com o art. 560 do Código de Processo Civil, a ação de reintegração de posse é instrumento processual utilizado pelo possuidor para reaver sua posse esbulhada, enquanto a manutenção de posse pode ser utilizada em caso de turbação. Já o interdito proibitório, previsto no art. 567, CPC, pode ser utilizado quando o possuidor tiver justo receio de ter a sua posse molestada, por turbação ou esbulho iminente.

Foram consideradas tão somente as ações possessórias que envolviam discussão sobre territórios indígenas, reconhecidos ou não, que foram ocupados por povos indígenas. Aqui, encontrou-se uma dificuldade de filtro, isto porque, em grande parte das ações, os povos indígenas não ingressam na lide como parte, sendo representados pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Os processos que envolviam povos indígenas, mas que se tratavam de ações de desapropriação indireta, ações civis públicas, mandados de segurança, ou similares foram desconsiderados. Bem como foram excluídos os processos que não envolviam demandas possessórias ou comunidades indígenas, como os de remoção de servidor. Igualmente, foram desconsideradas as ações possessórias que não envolviam territórios indígenas. Tais exclusões se justificam pois não abrangem o objeto de pesquisa.

De igual modo, foram excluídos os resultados duplicados, ou seja, aqueles que apareceram em mais de uma palavra-chave, ou repetidos na mesma busca de uma determinada palavra-chave.

Os resultados apresentados se referem tão somente aos acórdãos do Tribunal Regional Federal, não sendo analisadas as decisões monocráticas. De igual maneira, ausentes os julgados da Turma Recursal do TRF1, ante a ausência de competência para atuar nesses casos, conforme Lei nº 9.099/1995.

Diante do exposto, após as filtrações, **foram obtidas 26 (vinte e seis) decisões a serem analisadas**, proferidas nos processos elencados na Tabela 05, que foram organizados de forma cronológica, a partir da data do julgamento de cada recurso:

Tabela 5 - Processos julgados no âmbito do TRF, durante o período 2009-2020

| Data do julgamento | Número do Processo | Partes |
|---------------------------|---------------------------|---|
| 18/09/2009 | 0004614-83.2000.4.01.0000 | Centauro Imobiliária Ltda Vs. União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai; Antônio Jose |

| | | |
|------------|-------------------------------|--|
| 13/11/2009 | 0134561- 93.2000.4.01.0000 | AJC Agropecuária Ltda Vs. União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai |
| 18/01/2010 | 0003636- 77.1998.4.01.0000 | Mejer Kabaczniak - Espolio vs. Ministério Público Federal; União Federal, vs. Fundação Nacional Do Índio - Funai |
| 05/07/2010 | 0003416- 62.2006.4.01.3310 | União Federal, Fundação Nacional Do Índio – Funai, Comunidade Indígena Pataxó De Coroa Vermelha E Da Jaqueira Vs. Andrea Caroline Pregger |
| 30/08/2011 | 0042811- 97.2006.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Góes Cohabita Administração Consultoria E Planejamento Ltda |
| 13/09/2011 | 0040534- 50.2002.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Paulo Chaves Rodrigues |
| 24/10/2011 | 0002394- 66.2006.4.01.3310 | União Federal; Fundação Nacional do Índio - Funai; vs. Portobello Empreendimentos E Construções Ltda |
| 27/06/2012 | 0003543- 97.2006.4.01.3310 | Ana Maria Casal De Rey; Rodrigo Casal De Rey De Carvalho; Raphael Casal De Rey Carvalho Vs. Fundação Nacional Do Índio-Funai; União Federal; Comunidade Indígenas Pataxó Aldeia Nova E Aldeia Do Pequi |
| 09/07/2013 | 0001592- 71.2001.4.01.3301 | União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai; Ministério Público Federal vs. Augusto Cesar De Magalhaes Ribeiro Coelho |

| | | |
|------------|-------------------------------|---|
| 22/01/2014 | 0060621- 41.2013.4.01.0000 | Ministério Público Federal, Fundação Nacional do Índio – FUNAI VS. Marcelo Cerize e Pedro Luiz Cerize |
| 19/02/2014 | 0000932- 04.2006.4.01.3301 | União Federal, Ministério Público Federal VS. Roberto de Castro e Azambuja. |
| 20/10/2014 | 0005254- 40.2006.4.01.3310 | Paulo Chaves Rodrigues; Maria Odilia Nascimento Sobral Vs. União Federal; Ministério Público Federal; Fundação Nacional Do Índio - FUNAI |
| 24/03/2015 | 0002715- 04.2006.4.01.3310 | Fundação Nacional Do Índio - FUNAI vs. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBIO e Instituto Brasileiro de Meio Ambiente - IBAMA. |
| 05/08/2015 | 0000657- 55.2006.4.01.3301 | União Federal, Fundação Nacional do Índio - Funai, Ministério Público Federal Vs. Joao Felipe De Saboia Orrico, Maria Raimunda Góes Oliveira |
| 27/06/2016 | 0038935- 56.2014.4.01.0000 | Fundação Nacional Do Índio - Funai Vs Pedro Alcantara Costa |
| 13/09/2017 | 0000473- 57.2015.4.01.3310 | Fundação Nacional do Índio - Funai; Comunidade Indígena Pataxó Da Aldeia Aratikurum; União Federal Vs. Eva Nunes Bailey |
| 18/04/2018 | 0007226- 95.2017.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. José Panetto; Assistente: Fundação Nacional Do Índio - FUNAI |

| | | |
|------------|-------------------------------|--|
| 18/04/2018 | 0000211- 81.2008.4.01.3301 | Ministério Público Federal; União Federal ; Fundação Nacional do Índio - Funai Vs. Paulo Cesar Campos Pinheiro |
| 18/04/2018 | 0037159- 21.2014.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Jorge Ferrari, Carlos Jordao Depra E Outros |
| 18/04/2018 | 0000881- 60.2006.4.01.3311 | Edvaldo Pinto Correia Vs. União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai; Comunidade Indígena Pataxó Representada Pela Fundação Nacional do Índio-Funai |
| 25/04/2018 | 0000760- 62.2006.4.0.3301 | União Federal; Fundação Nacional do Índio - Funai; Comunidade Tupinambá da Serra Do Padeiro; Ministério Público Federal Vs. Edijaldo Lessa De Andrade; Valdemir De Azevedo Santos; Luiz Americo Magalhaes De Cerqueira; Astor Vieira Souza; Bento Rocha Da Silva |
| 25/04/2018 | 0001730- 85.2013.4.01.3311 | Esmeraldo Correia Leite; Maria Cristina Gomes Leite Vs. Ministério Público Federal; União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai |
| 22/08/2018 | 0000707- 51.2006.4.01.3311 | Marcus Vinicius Gaspar Guimarães Vs. União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai; Ministério Público Federal; Comunidade Indígena Pataxó |
| 19/09/2018 | 0018153- 33.2011.4.01.0000 | Fundação Nacional Do Índio - Funai Vs. Manoel Macedo Vieira |

| | | |
|------------|-------------------------------|---|
| 22/10/2018 | 0003416- 62.2006.4.01.3310 | União Federal, Fundação Nacional Do Índio – Funai, Comunidade Indígena Pataxó De Coroa Vermelha E Da Jaqueira Vs. Andrea Caroline Pregger |
| 06/11/2019 | 0074865- 43.2011.4.01.0000 | NS Empreendimento Imobiliário Noroeste I SPE LTDA vs. Comunidade Indígena Fulni-ô/Tapuya |

Fonte: Elaborado pela Autora

Entretanto, com a finalidade de verificar se efetivamente houve uma influência da tese do marco temporal no TRF1, **foram identificadas 19 (dezenove) outras decisões** a partir da utilização das palavras-chave e combinações já demonstradas, anteriores a 2009, que serão analisadas de forma comparativa, para verificar se a tese do marco temporal efetivamente afetou na jurisprudência do TRF1. Neste sentido, a Tabela 06 demonstra os resultados obtidos, organizados de forma cronológica a partir da data do julgamento:

Tabela 6 - Processos julgados no âmbito do TRF, durante o período 1988-2008

| Data do julgamento | Número do Processo | Partes |
|---------------------------|-------------------------------|--|
| 10/12/1996 | 0034927- 66.1996.4.01.0000 | Comunidade Indígena Pataxó Ha Ha Hae Vs. Apolinario Costa Dias |
| 24/06/1997 | 0010731- 95.1997.4.01.0000 | União Federal vs. Apolinario Costa Dias |
| 08/01/2002 | 0043341- 77.2001.4.01.0000 | Fundação Nacional do Índio – Funai; União Federal Vs. Jayme Oliveira Do Amor |

| | | |
|------------|-------------------------------|--|
| 03/04/2002 | 0027869- 07.1999.4.01.0000 | Apolinario Alves Da Silva Vs. Fundação Nacional Do Índio - Funai; Comunidade Indígena Pataxó Ha Ha Hae; União Federal |
| 08/05/2003 | 0096728- 75.1999.4.01.0000 | Fundação Nacional do Índio - Funai Vs. Sebastiana Barreto De Souza |
| 23/09/2003 | 0033504- 71.1996.4.01.0000 | Adelino Augusto Francisco Vs. Fundação Nacional Do Índio – Funai; União Federal; Plantel - Planejamento Técnico Ltda |
| 02/08/2004 | 0025271- 75.2002.4.01.0000 | Comunidade Indígena Pataxó Ha Ha Hae Vs. Gildasio Eduvirgens Ferreira |
| 22/10/2004 | 0001086- 36.2003.4.01.0000 | Fundação Nacional do Índio - Funai; União Federal Vs. Djalma Galão e Outro |
| 25/10/2004 | 0013118- 73.2003.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Maurino Tolentino De Oliveira |
| 15/03/2005 | 0022003- 76.2003.4.01.0000 | Comunidade Indígena Dos Gavião Da Montanha; Ministério Público Federal Vs. Centrais Elétricas do Norte Do Brasil S/A - Eletronorte |
| 29/07/2005 | 0033378- 40.2004.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Christian Guimaraes Ribeiro |
| 17/10/2005 | 0020187- 25.2004.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Geraldo Pinto Correia |
| 03/02/2006 | 0035851- 67.2002.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Dirvan Silveira Fernandes |

| | | |
|------------|---------------------------|--|
| 20/02/2006 | 0001680-55.2000.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA |
| 15/05/2006 | 0034648-02.2004.4.01.0000 | Ministério Público Federal vs. Reginaldo Vial da Silva |
| 21/08/2006 | 0009349-57.2003.4.01.0000 | Fundação Nacional do Índio - Funai; União Federal Vs. Gilberto Brito Alves |
| 02/10/2006 | 0000146-91.1997.4.01.4200 | Paulo Da Cunha Freire; Marleide Saboia Freire; Deodato Pereira da Silva; Anselmo Santos Matos; Carmélia José Da Silva Vs. União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai |
| 13/11/2006 | 0009009-11.2006.4.01.0000 | União Federal; Fundação Nacional do Índio - Funai Vs. Osorino Da Silva Santos Filho |
| 30/07/2007 | 0009666-16.2007.4.01.0000 | Ministério Público Federal Vs. Edjaldo Lessa De Andrade; Valdemir De Azevedo Santos; Americo Magalhaes De Cerqueira: Luiz Américo Magalhães De Cerqueira Filho; Astor Vieira Souza; Bento Rocha Da Silva |

Fonte: Elaborado pela Autora

Tal como ocorrido no período de 2009-2020, neste universo denominado “pré-marco temporal”, em primeira amostragem, tinham sido coletadas 13 decisões. Contudo, o acréscimo de novas palavras-chave e de novas combinações também repercutiu no período antecedente à análise principal. Neste sentido, em segunda amostragem, foram acrescentadas 6 decisões na análise, a partir da inclusão de novos processos.

Também foram encontradas algumas dificuldades, à exemplo da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0018153-33.2011.4.01.0000, pois

não foi possível realizar a análise do inteiro teor da decisão, ante a indisponibilidade da decisão no sítio eletrônico do TRF1. De igual modo, não foi possível realizar uma análise minuciosa dos processos cujas decisões foram extraídas, tendo em vista, mesmo disponíveis no site do Tribunal, o acesso aos documentos constantes nos autos se dá apenas mediante autorização do TRF1 e tão somente para advogado devidamente habilitado por uma das partes.

Assim, o resultado aqui apresentado refere-se às decisões obtidas junto ao sítio eletrônico TRF1, não tendo sido utilizado nenhum outro mecanismo de busca. Portanto, não é possível afirmar categoricamente que as decisões elencadas se referem à totalidade de decisões proferidas pelo TRF1 em ações possessórias envolvendo conflitos territoriais indígenas. Contudo, tal universo é capaz de demonstrar um posicionamento do referido tribunal na matéria analisada.

Na segunda etapa da pesquisa, foi realizada *análise quantitativa das decisões selecionadas*, a partir de parâmetros estabelecidos, no sentido de identificar se existe algum padrão entre as ações, nas quais foram proferidas as decisões. Assim, serão analisados os seguintes parâmetros: 1) quantitativo de ações possessórias que originaram os recursos; 2) quantitativo de ações por Estado de origem, que integra a jurisdição do TRF1 (Distrito Federal e os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins); 3) quantitativo de recursos analisados por tipologia (apelação ou agravo de instrumento); 4) Quantitativo de Decisões que reconhecem a posse indígena ou a posse particular; 5) quantitativo de decisões que identificam os povos indígenas; 6) quantitativo de decisões que identificam a situação fundiária da terra indígena.

Durante essa segunda etapa quantitativa, as decisões proferidas anteriormente ao ano de 2009, no período denominado “pré-marco temporal” não entrarão no quantitativo. Isto porque as referidas decisões serão analisadas apenas no seu aspecto material, ou seja, apenas a fundamentação, com o objetivo de verificar se houve uma mudança de *ratio decidendi* após o caso Raposa Serra do Sol, no qual foi definida a tese do marco temporal, portanto, serão analisadas tão somente na próxima etapa.

Por fim, na terceira etapa foi feita (3) *análise qualitativa dos fundamentos das decisões selecionadas*. O objetivo é verificar quais os fundamentos trazidos pelos desembargadores, com vistas a identificar se a decisão do marco temporal foi utilizada na fundamentação da decisão (de forma expressa ou não) para determinar a remoção

dos povos indígenas do território ocupado. Assim, além de identificar os critérios estabelecidos no marco temporal, será feita análise comparativa entre as decisões proferidas antes de 2009, e as decisões proferidas após o julgamento da tese do marco temporal.

Neste sentido, partindo da metodologia apresentada, o restante do capítulo está estruturado da seguinte maneira: primeiramente, serão apresentados os resultados obtidos a partir da análise qualitativa feita das decisões coletadas no período o qual se convencionou chamar de “pré-marco temporal”.

Após, serão apresentados os resultados obtidos a partir das decisões do período de 2009-2020. Para tanto, optou-se por dividir a análise no seguinte sentido: serão analisadas as decisões proferidas nos recursos de forma separada. Ou seja, primeiramente serão apresentadas as decisões proferidas em sede de julgamento de agravo de instrumento, e, posteriormente, as decisões em sede de apelação.

Também, foram estabelecidas duas categorias para realizar a análise qualitativa dos fundamentos decisórios utilizados nos julgados: 1) *decisões favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas*; 2) *decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos indígenas*.

Entende-se como decisões favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas aquelas decisões que reconhecem a posse indígena. Ou seja, insere-se nesse grupo as decisões que indeferem pedidos de reintegração de posse, sejam liminares ou pedidos principais, e impedem a remoção de povos indígenas e, conseqüentemente, protegem o direito de permanência desses povos.

No segundo grupo, *decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos indígenas*, são inseridas as decisões que deferem o pedido de reintegração, de forma liminar ou como pedido principal, e, por consequência, determinam a remoção de povos indígenas, relativizando, assim, o direito territorial de permanência dos povos indígenas.

Em cada um dos grupos serão analisados os fundamentos dos julgadores para identificar as decisões contrárias ou favoráveis à remoção de povos indígenas das terras em que ocupam.

Em relação à identificação das decisões quanto à aplicação da tese do marco temporal, optou-se por estabelecer três categorias: (1) *decisões que aplicam a tese do marco temporal para limitar o direito territorial de permanência dos povos indígenas*; (2) *decisões que não mencionam ou não aplicam a tese do marco temporal*,

(3) *decisões que mencionam a decisão proferida no julgamento da petição 3.388, mas não aplicam a tese do marco temporal*. Ressalva-se que, nesta categorização, não serão analisadas as 19 (dezenove) decisões do período denominado “pré-marco temporal”.

A partir dessa categorização, entende-se ser possível identificar as *decisões que aplicam a tese do marco temporal e limitam o direito territorial de permanência dos povos indígenas* como sendo aquelas que para determinar a remoção de povos indígenas da área objeto da lide, utilizam a tese do marco temporal como fundamentação. Ou seja, determinam a violação do direito territorial de permanência com base no entendimento de que aquele determinado povo não estava ocupando a terra reivindicada na data da promulgação da Constituição.

Já a segunda categoria de análise, *decisões que não mencionam ou não aplicam a tese do marco temporal*, são aqueles julgados que não fazem quaisquer citações ou menções à tese do marco temporal como fundamentação. Em outras palavras, independentemente do resultado (violação ou não do direito de permanência), a tese do marco temporal não é utilizada como fundamento, pois sequer é mencionada.

Acerca da terceira categorização, qual seja as *decisões que mencionam a decisão proferida no julgamento da petição 3.388, mas não aplicam a tese do marco temporal*, são inseridas as decisões que reconhecem a existência do julgamento da petição 3388, mas não mencionam a tese e, logo, não a aplicam.

4.2 Resultados Quantitativos:

Nesta etapa, serão apresentados os resultados quantitativos da pesquisa. Objetivou-se verificar as características dos processos que originaram as decisões analisadas, para verificar a possível existência de um padrão entre as ações possessórias. Assim, foram encontrados os seguintes resultados, a partir dos questionamentos propostos:

4.2.1 Quantitativo de ações possessórias que originaram os recursos

A presente pesquisa se pautou na análise de ações possessórias, definidas nos arts. 560 e 567, do CPC, como sendo: a ação de reintegração de posse; ação de manutenção de posse e o interdito proibitório. Tal escolha se baseou no entendimento

de que tais ações representam uma ameaça direta ao direito de permanência e ao princípio da irremovibilidade de povos indígenas, tendo em vista que a procedência das ações possessórias importa em remoção, despejo e retirada dos povos indígenas de seu território.

Todas essas ações estão expressamente previstas no Código de Processo Civil, e tem um trâmite especial para o seu processamento. Na ação de reintegração de posse, o requerente visa recuperar a posse que foi esbulhada, enquanto na ação de manutenção o possuidor visa ser mantido na posse, em casos de turbação. Já ação de interdito proibitório, o autor da ação - possuidor direto ou indireto do bem - possui um justo receio de ter sua posse molestada. Em relação a esta última, o art. 19, §2º da Lei nº 6.001/1973 indica não ser possível a concessão de interditos proibitórios cujo objeto seja uma terra indígena já demarcada.

Ainda, nas ações possessórias, é possível que a parte autora requeira, em pedido liminar, a reintegração da área, desde que prove o perigo da demora ou o risco ao resultado útil ao processo e a probabilidade do direito, no caso de ação possessória de força velha²³, ou apenas a probabilidade do direito, nos casos de ação possessória de força nova²⁴. O que significa dizer que a pretensão possessória pode ser satisfeita por meio de cognição sumária.

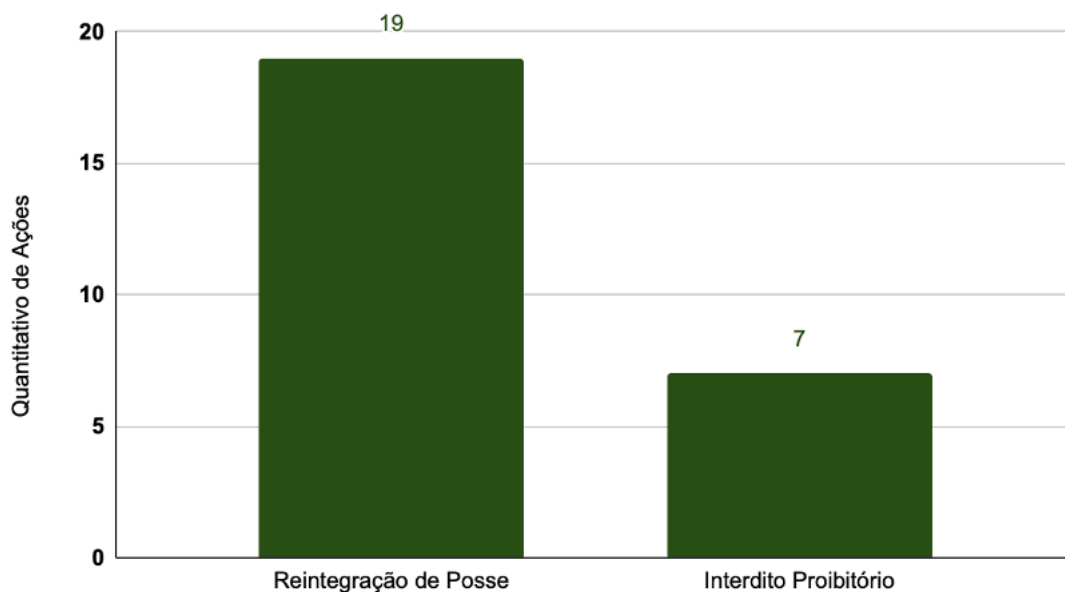
Neste sentido, do universo de 26 (vinte e seis) decisões analisadas, 19 (dezenove) correspondem às ações de reintegração de posse e 7 (sete) referem-se à ações de interditos proibitórios. Nenhuma das ações coletadas teve, como seu processo de origem, uma ação de manutenção de posse. Neste sentido, o gráfico 01 demonstra o quantitativo de ações possessórias analisadas no presente trabalho, que foram julgadas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Gráfico 01 Quantitativo por tipo de ações analisadas sob jurisdição do TRF1

²³ Quando a ação é proposta após 1 ano e 1 dia contados da data do esbulho.

²⁴ Quando a ação é proposta com menos de 1 ano e 1 dia contados da data do esbulho.

Quantitativo versus Tipo de Ações



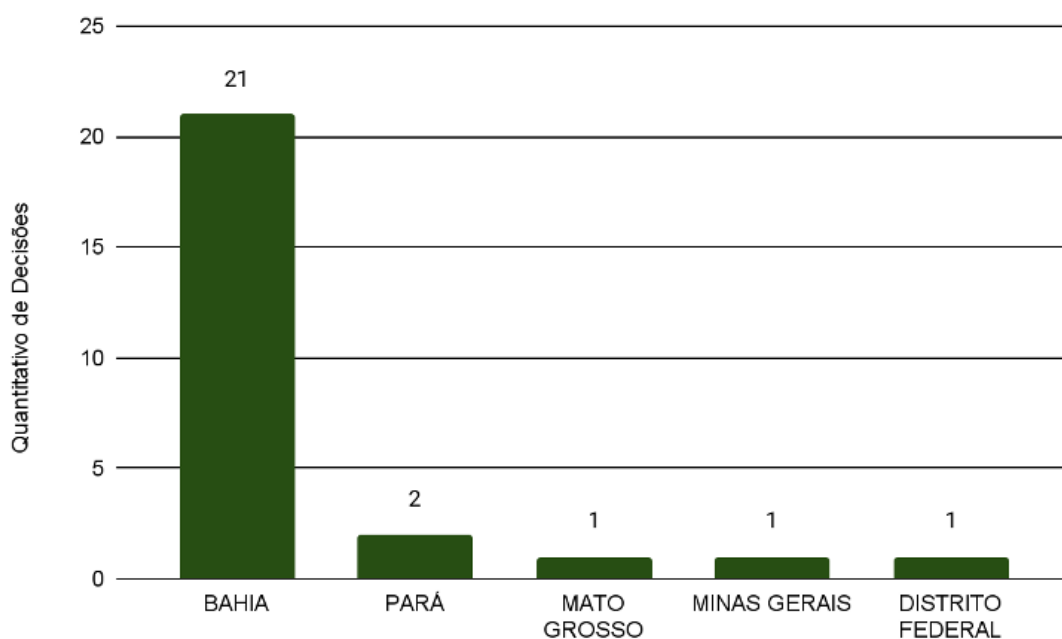
Fonte: Elaborado pela Autora

4.2.2 Quantitativo de ações por Estado de origem, que integra a jurisdição do TRF1 (Distrito Federal e os estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins)

Neste ponto, buscou-se verificar os quantitativos de decisões proferidas por cada Estado que compõem a jurisdição do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que compreende os Estados do Acre, Amazonas, Amapá, Bahia, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Ressalta-se que, anteriormente, o Estado de Minas Gerais estava inserido no âmbito do TRF1 até agosto de 20221, o que justifica a sua existência como resultado.

Do total de 26 (vinte e seis decisões analisadas), 21 (vinte e um) decisões foram proferidas no âmbito da Justiça Federal do Estado do Bahia; 02 (dois) na Justiça Federal do Estado do Pará; 01 (um) decisão para cada Justiça Federal dos Estados do Mato Grosso, Minas Gerais e no Distrito Federal. Assim, o Gráfico 02 demonstra o quantitativo das decisões por Estados analisados no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Gráfico 02 Quantidade de Decisões proferidas por Estados sob jurisdição do TRF1



Fonte: Elaborado pela Autora

Dentro do universo analisado, nota-se que os Estados do Acre, Amazonas, Amapá, Goiás, Maranhão, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins não apresentaram nenhum resultado.

Ainda, realizou-se um comparativo entre o quantitativo de decisões analisadas e o quantitativo de terras indígenas demarcadas por Estado componentes da jurisdição do TRF1. Percebe-se que os Estado que mais possui terras indígenas demarcadas no âmbito da Jurisdição do TRF1 é o Estado do Amazonas, com 164 (cento e sessenta e quatro) terras demarcadas (ISA, 2022), contudo, não há decisões a serem analisadas no âmbito da Justiça Federal do Estado do Amazonas.

Os Estados do Mato Grosso e Pará possuem, respectivamente, 79 (setenta e nove) e 64 (sessenta e quatro) terras indígenas demarcadas (ISA, 2022) e, assim, correspondem ao 2º e 3º Estados que mais possuem terras demarcadas na Amazônia Legal. Em relação ao quantitativo de decisões, o Estado do Pará apresenta 2 (duas) decisões analisadas, o que corresponde ao 2º Estado com mais decisões, enquanto o Mato Grosso teve 1 (uma) decisão analisada, juntamente com o Estado de Minas Gerais e o Distrito Federal.

O Estado que mais possui decisões a serem analisadas foi o Estado da Bahia, que apresentou 21 (vinte e uma) decisões no âmbito da sua justiça federal. Em um comparativo com o quantitativo de terras demarcadas, o Estado da Bahia possui 33

(trinta e três) terras indígenas já demarcadas, ocupando a 5ª posição dentre os Estados que compõe o TRF1 que mais possuem terras já demarcadas.

4.2.3 Quantitativo de recursos analisados por tipologia (apelação ou agravo de instrumento)

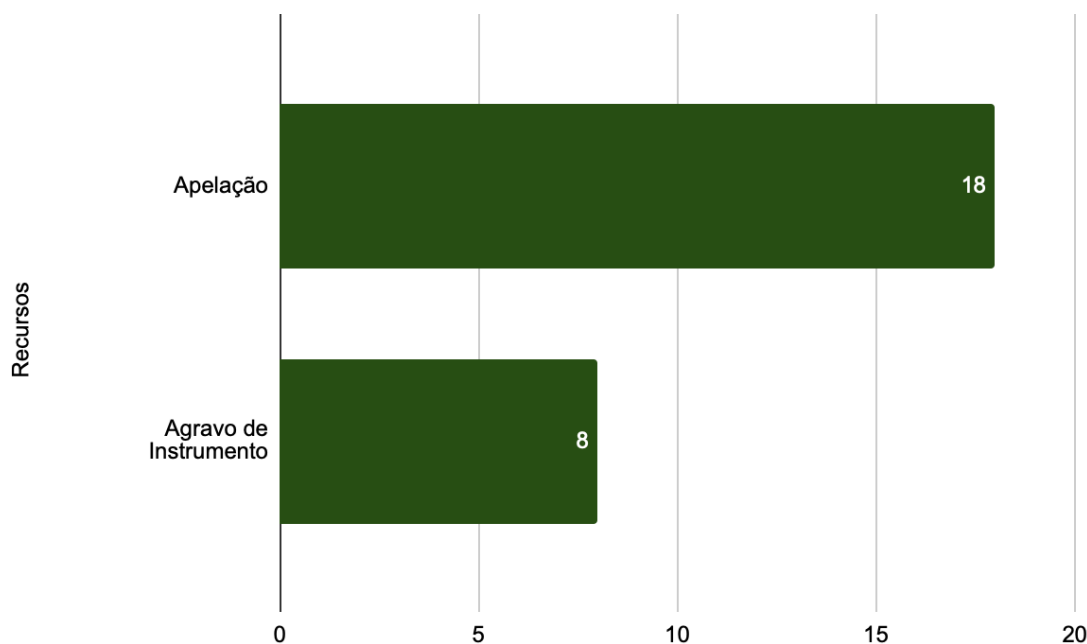
Como a presente pesquisa abrangeu tão somente as decisões das turmas do TRF1, desconsiderando as decisões do juízo singular, buscou-se verificar quais os recursos que são mais manejados com o intuito de questionar ou defender o direito territorial de permanência dos povos indígenas. Assim, foram identificados dois tipos de recurso: apelação e agravo de instrumento. Ressalta-se que tais recursos podem ser manejados tanto em defesa do direito territorial de permanência dos povos indígenas, como em defesa da posse particular.

O recurso de apelação é manejado face a sentenças, de acordo com o que preceitua o art. 1009, CPC. Assim, tal recurso é interposto contra decisões terminativas do feito, em sede de primeiro grau de jurisdição, quando a ação possessória já foi julgada procedente ou improcedente.

Já o recurso de agravo de instrumento é interposto contra decisões interlocutórias, cujo objetivo são proferir decisões intermediárias, em sede de cognição sumária. Assim, as decisões interlocutórias são utilizadas para decidir acerca dos pedidos liminares de reintegração, deferindo ou indeferindo a pretensão possessória.

Assim, do universo de 26 decisões analisadas, 18 decisões se referem ao recurso de apelação; enquanto 8 decisões se referem ao agravo de instrumento. O Gráfico 03 demonstra o quantitativo de decisões por tipo de recurso (apelação ou agravo de instrumento).

Gráfico 03 Quantitativo de recurso analisado por tipologia (Agravado de Instrumento ou Apelação)



Fonte: Elaborado pela Autora

4.2.4 Quantitativo de Decisões por tipo de posse (indígena ou particular)

Neste ponto específico, buscou-se verificar, quantitativamente, as decisões proferidas no âmbito do TRF1 que reconhecem os direitos territoriais indígenas. Sendo assim, verificou-se a existência de dois tipos de decisões: aquelas que reconhecem a posse indígena em detrimento de direitos privados e aquelas que reconhecem a posse ou propriedade particular em detrimento da posse tradicional, a partir dos dois tipos de recursos objetos desta pesquisa.

Entende-se por reconhecer a posse indígena aquelas decisões que são favoráveis à manutenção dos povos indígenas na área objeto do litígio ou que, ao menos, decidem por não apreciar a pretensão reintegratória sem antes atestar a inexistência de posse indígena a partir de um laudo antropológico. Por outro lado, entende-se como decisões denegatórias da posse tradicional àquelas que reconhecem a posse ou a propriedade de um particular e, por consequência, determinam a remoção dos povos indígenas da área.

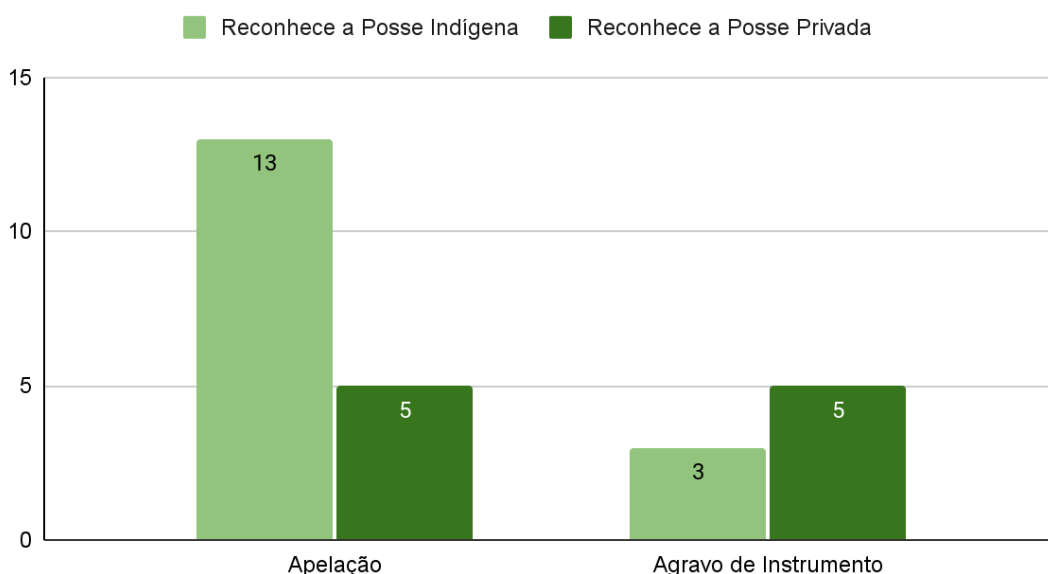
Em relação ao recurso de agravo de instrumento, há uma prevalência nas decisões em que o TRF1 tende a não reconhecer a posse indígena, tendo em vista

que a ampla maioria das decisões (05 acórdãos) mantém a decisão liminar de reintegração, enquanto 03 acórdãos opinam por reconhecer a posse indígena ou entendem a necessidade de laudo antropológico para definir a existência de uma posse tradicional.

Já em relação ao recurso de apelação, tem-se o inverso. Há uma predominância das decisões que reconhecem a posse tradicional ou que opinam pela necessidade de laudo antropológico, enquanto o restante das decisões defende a existência de uma posse civil a um particular. O Gráfico 04 demonstra o quantitativo de decisões que reconhecem a posse indígena ou a posse privada, a partir do recurso analisado (agravo de instrumento ou apelação)

Gráfico 04 Quantitativo de decisões que reconhecem a posse indígena x posse privada

Posse Indígena x Posse Privada



Fonte: Elaborado pela Autora, a partir das informações constantes nas decisões analisadas.

4.2.5 Quantitativo de decisões que identificam os povos indígenas

Neste ponto, buscou-se identificar quais decisões identificam o povo indígena envolvido no imbróglio. Importante ressaltar que os povos indígenas, judicialmente,

são representados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Assim como herança da política tutelar do Estado brasileiro, os povos originários não ingressam como parte processual, e sim seus interesses são representados pela FUNAI (como representante judicial dos povos indígenas) ou o Ministério Público Federal. Em muitos processos, caso os povos indígenas desejem participar do processo, estes requerem seu ingresso na lide como *amicus curiae* ou assistente listisconsorcial, contudo, tal ingresso fica condicionado ao deferimento, por parte do juízo.

Ante a impossibilidade de acesso aos autos judiciais, não foi possível verificar a efetiva participação dos povos indígenas nos processos. Neste sentido, buscou-se analisar quais decisões identificaram os povos os quais estão tendo a sua posse questionada ou que estão sendo representados, com o intuito de defender sua posse tradicional. A Tabela 07 apresenta a situação da identificação dos povos indígenas nas decisões analisadas.

Tabela 7 - identificação dos povos indígenas nas decisões analisadas.

| Número do Processo/ Partes | Identificação do Povo Indígena |
|--|--|
| 0004614-83.2000.4.01.0000 (Centauro Imobiliária Ltda Vs. União; Funai; Antonio Jose) | Sem informação |
| 0134561-93.2000.4.01.0000 (AJC Agropecuária Ltda Vs. União Federal; Funai) | Povo Indígena Metuktire e Kayapó |
| 0003636-77.1998.4.01.0000 (Mejer Kabaczniak - Espolio vs. MPF; União, Funai) | Comunidade indígena Tembé, Timbira, Urubus e Guajá |
| 0003416-62.2006.4.01.3310 (União, Comunidade Indígena Pataxó Vs. Andrea Caroline Pregger) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0042811-97.2006.4.01.0000 (MPF Vs. Goes Cohabita Ltda) | Sem informação |
| 0040534-50.2002.4.01.0000 (MPF Vs. Paulo Chaves Rodrigues) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0002394-66.2006.4.01.3310 (União; Funai vs. Portobello Empreendimentos) | Comunidade Indígena Pataxó Coroa Vermelha e Jaqueira |

| | |
|--|---|
| 0003543-97.2006.4.01.3310 (Ana Maria Casal de Rey e Outros ; Vs. Funai; Uniao Federal; Comunidade Indígenas Pataxó) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0001592-71.2001.4.01.3301 (União Federal; Funai; MPF vs. Augusto Cesar de Magalhaes Ribeiro Coelho) | Pataxós e Tupinambás |
| 0060621-41.2013.4.01.0000 (MPF, FUNAI Vs. Marcelo Cerize e Pedro Luiz Cerize) | Comunidade Xacriabá |
| 0000932-04.2006.4.01.3301 (União Federal, MPF, Vs. Roberto de Castro e Azambuja) | Comunidade Indígena Tupinambá de Olivença |
| 0005254-40.2006.4.01.3310 (Paulo Chaves Rodrigues; e outro Vs. União Federal; MPF; Funai) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0002715-04.2006.4.01.3310 (FUNAI X ICMBIO; IBAMA) | Sem informação |
| 0000657-55.2006.4.01.3301 (União Federal, Funai, MPF Vs. Joao Felipe de Saboia Orrico e Outro) | Comunidade Indígena Tupinambá |
| 0038935-56.2014.4.01.0000 (Funai Vs Pedro Alcântara) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0000473-57.2015.4.01.3310 (Funai; Comunidade Indígena Pataxó; União Federal Vs. Eva Nunes Bailey) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0007226-95.2017.4.01.0000 (MPF Vs. José Panetto) | Comunidade Indígena Tupinambá |
| 0000211-81.2008.4.01.3301 (MPF ; União Federal; Funai Vs. Paulo Cesar Campos Pinheiro) | Comunidade Indígena Tupinambá |
| 0037159-21.2014.4.01.0000 (MPF Vs. Jorge Ferrari e Outros) | Comunidade Indígena Tupinambá |

| | |
|--|--|
| 0000881-60.2006.4.01.3311 Edvaldo Pinto Correia Vs União; Funai; Comunidade Indígena Pataxó) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0000760-62.2006.4.0.3301 (União; Comunidade Tupinambá; MPF Vs. Edijaldo Lessa De Andrade e Outros) | Comunidade Tupinambá |
| 0001730-85.2013.4.01.3311 (Esmeraldo Correia Leite e Outros; Vs. MPF; União; Funai) | Comunidade Indígena tupinambá da Serra do Padeiro |
| 0000707-51.2006.4.01.3311 (Marcus Vinicius Gaspar Guimarães Vs. União; Funai; MPF; Comunidade Indígena Pataxó) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0018153-33.2011.4.01.0000 (Funai Vs. Manoel Macedo Vieira) | Sem informação |
| 0003416-62.2006.4.01.3310 (União, Funai, Comunidade Indígena Pataxó Vs. Andrea Caroline Pregger) | Comunidade Indígena Pataxó |
| 0074865-43.2011.4.01.0000 (NS Empreendimento Imobiliário Noroeste I SPE LTDA vs. Comunidade Indígena Fulni-ô/Tapuya) | Comunidade Indígena Fulni- ô/Tapuya |

Fonte: Elaborado pela Autora

Assim, percebe-se que, das 26 (vinte seis) decisões analisadas, a ampla maioria – 22 (vinte duas) decisões mencionam a comunidade indígena envolvida. Desse total, contudo, em apenas 08 (oito) acórdãos, as comunidades participam do processo como assistente litisconsorcial ou *Amicus Curiae*.

4.2.6 Quantitativo de decisões que identificam a situação fundiária da terra indígena.

Para identificar a situação fundiária das Terras Indígenas envolvidas nas decisões analisadas, utilizou-se a classificação adotada pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) para definir a situação de uma TI no Brasil. Neste sentido, as TI podem ser classificadas como: a identificar; declarada; dominial; homologada; identificada; com portaria de restrição; registrada; reservada; sem providências. Ainda, neste trabalho, foram inseridas duas outras classificações: decisões sem identificação ou terra indígena em ampliação.

De acordo com a definição proposta pelo CIMI, Terra indígena *a identificar* é a TI “que ainda não teve a aprovação do relatório do grupo técnico que fez o estudo, pelo presidente da Funai” (CIMI, 2003, online). Já a TI *identificada* já possui estudo realizado e publicado no Diário Oficial da União, no Diário Oficial do Estado da Federação na qual está localizada a área, e fixada na Prefeitura do Município da TI, nos termos do Decreto nº 1775/1996” (CIMI, 2003).

As Terras Indígenas *declaradas ou delimitadas* são todas aquelas que possuem as portarias declaratória, expedida pelo Ministério da Justiça ou interministerial, bem como a da FUNAI devidamente publicadas (CIMI, 2003). Para o CIMI, a caracterização fundiária de uma TI *reservada* “é aquela que foi declarada para fins de desapropriação através de decreto de desapropriatório; adquirida para reassentamento de comunidades indígenas; demarcada pelo SPI como reserva; doada por prefeitura para reserva com demarcação física e sem registro em Cartório da região onde se localiza o imóvel.” (CIMI, 2003, *online*).

A TI *homologada* é aquela que já possui o decreto de homologação, assinado pelo executivo federal, devidamente publicado no Diário Oficial da União, enquanto que a TI *registrada* são aquelas cuja homologação já foi devidamente registrada no cartório de registro de imóveis e na Superintendência do Patrimônio da União. Segundo o CIMI, “nesta classificação estão inseridas também as *terras dominiais* registradas em Cartório. Excetua-se as reservas registradas em Cartório pelo antigo Serviço de Proteção ao Índio (SPI)” (CIMI, 2003, *online*).

Além das 09 classificações apontadas pelo CIMI, também se optou por definir outros dois tipos de classificação: sem informação e TI em ampliação ou revisão. Foram identificadas como “sem informação”, as decisões nas quais não é possível identificar qual a situação da TI envolvida no processo, por ausência de informações no bojo da decisão ou apenas a menção de que existe um procedimento de demarcação em curso, contudo, sem trazer mais informações ao bojo da decisão. Já

as TI em ampliação ou revisão são aquelas em que há a informação de que a TI já foi demarcada, contudo, também constam informações sobre um procedimento existente ou estudo em andamento para a sua ampliação e, conseqüentemente, revisão dos limites.

Neste sentido, a Tabela 08 demonstra como e quais decisões abordam a situação fundiária das Terras Indígenas.

Tabela 8 - Situação Fundiária das TI objeto dos acórdãos analisados

| Estado | Número do Processo/ Partes | Situação da TI |
|---------------|--|--|
| BA | 0004614-83.2000.4.01.0000 (Centauro Imobiliária Ltda Vs. União; Funai; Antonio Jose) | <u>Sem informações</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| MT | 0134561-93.2000.4.01.0000 (AJC Agropecuária Ltda Vs. União Federal; Funai) | <u>TI Reservada</u> (Decisão Favorável à posse particular) |
| PA | 0003636-77.1998.4.01.0000 (Mejer Kabaczniak - Espolio vs. MPF; União, Funai) | <u>Sem informações</u> Há somente a menção de que a Terra foi “legalmente demarcada” (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0003416-62.2006.4.01.3310 (União, Comunidade Indígena Pataxó Vs. Andrea Caroline Pregger) | <u>Sem informações</u> Há a menção que o imóvel se situa na TI Coroa Vermelha, contudo, não há a identificação da situação fundiária da TI (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0042811-97.2006.4.01.0000 (MPF Vs. Goes Cohabita Ltda) | <u>Sem informações</u> (Decisão Favorável à posse particular) |
| BA | 0040534-50.2002.4.01.0000 (MPF Vs. Paulo Chaves Rodrigues) | <u>TI homologada</u> Imóvel inserido na área indígena Terra Vermelha, homologada por decreto (Decisão Favorável à posse particular) |
| BA | 0002394-66.2006.4.01.3310 (União; Funai vs. Portobello Empreendimentos) | <u>Sem informações</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |

| | | |
|----|---|---|
| BA | 0003543-97.2006.4.01.3310 (Ana Maria Casal de Rey e Outros; Vs. Funai; Uniao Federal; Comunidade Indígenas Pataxó) | <u>Sem informações</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0001592-71.2001.4.01.3301 (União Federal; Funai; MPF vs. Augusto Cesar de Magalhaes Ribeiro Coelho) | <u>Sem informações</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| MG | 0060621-41.2013.4.01.0000 (MPF, FUNAI Vs. Marcelo Cerize e Pedro Luiz Cerize) | <u>TI em ampliação/revisão</u> TI Xacriabá (Decisão Favorável à posse particular) |
| BA | 0000932-04.2006.4.01.3301 (União Federal, MPF, Vs. Roberto de Castro e Azambuja) | <u>Sem informações</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0005254-40.2006.4.01.3310 (Paulo Chaves Rodrigues; e outro Vs. União Federal; MPF; Funai) | <u>Em ampliação</u> (Decisão Favorável à posse particular) |
| BA | 0002715-04.2006.4.01.3310 (FUNAI X IBAMA; ICMBIO) | <u>Sem Informação</u> (Decisão contrária à posse indígena) |
| BA | 0000657-55.2006.4.01.3301 (União Federal, Funai, MPF Vs. Joao Felipe de Saboia Orrico e Outro) | <u>TI identificada</u> TI Tupinambá de Olivença (Decisão Favorável à posse particular) |
| BA | 0038935-56.2014.4.01.0000 (Funai Vs Pedro Alcântara) | <u>TI em revisão</u> Já existe uma área homologada como TI Barra Vermelha. Contudo, a área discutida no processo se encontra fora dos limites da área homologada, mas é considerada como território tradicional pelos indígenas (Decisão Favorável à posse particular) |
| BA | 0000473-57.2015.4.01.3310 (Funai; Comunidade Indígena Pataxó; União Federal Vs. Eva Nunes Bailey) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |

| | | |
|----|---|--|
| BA | 0007226-95.2017.4.01.0000 (MPF Vs. José Panetto) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0000211-81.2008.4.01.3301 (MPF; União Federal; Funai Vs. Paulo Cesar Campos Pinheiro) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0037159-21.2014.4.01.0000 (MPF Vs. Jorge Ferrari e Outros) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0000881-60.2006.4.01.3311 Edvaldo Pinto Correia Vs União; Funai; Comunidade Indígena Pataxó) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0000760-62.2006.4.0.3301 (União; Comunidade Tupinambá; MPF Vs. Edijaldo Lessa De Andrade e Outros) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0001730-85.2013.4.01.3311 (Esmeraldo Correia Leite e Outros; Vs. MPF; União; Funai) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0000707-51.2006.4.01.3311 (Marcus Vinicius Gaspar Guimarães Vs. União; Funai; MPF; Comunidade Indígena Pataxó) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0018153-33.2011.4.01.0000 (Funai Vs. Manoel Macedo Vieira) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse indígena) |
| BA | 0003416-62.2006.4.01.3310 (União, Funai, Comunidade Indígena Pataxó Vs. Andrea Caroline Pregger) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse particular) |
| DF | 0074865-43.2011.4.01.0000 (NS Empreendimento Imobiliário Noroeste I SPE LTDA vs. Comunidade Indígena Fulni-ô/Tapuya) | <u>Sem Informação</u> (Decisão Favorável à posse particular) |

Fonte: Elaborado pela autora

Ressalva-se que a situação fundiária é analisada a partir das informações existentes na decisão. Assim, tais informações refletem a situação fundiária no momento da prolação do acórdão, não necessariamente refletindo a situação atual da TI.

Outro ponto de importante observação são as 21 (vinte e uma) decisões que não fazem nenhuma referência sobre a situação fundiária da TI objeto de discussão. Discute-se posse sobre terras indígenas, e a possível relativização do direito territorial de permanência dos povos indígenas, sem realizar qualquer menção acerca da situação jurídico-fundiária da área, muitas vezes sem sequer identificar elementos mínimos de caracterização, tal como localização, tamanho, etc.

4.3 O TRF1 e o Pré-Marco Temporal: Análise Jurisprudencial em matéria de direitos territoriais indígenas no Período de 1988 a 2008

Com o objetivo de analisar se houve efetivamente uma influência da tese do marco temporal sobre o direito territorial de permanência dos povos indígenas, nos julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que pese o limite temporal de análise estabelecido entre os anos de 2009 a 2020, optou-se por realizar uma análise dos julgados proferidos anteriormente ao período determinado. Assim, será analisado o entendimento do TRF1 durante a fase antecedente à tese do marco temporal, compreendida entre os anos de 1988 (pós promulgação da constituição federal) a 2008 (ano anterior ao julgamento do marco temporal).

Para a coleta das 19 (dezenove) decisões a serem analisadas neste momento, conforme já exposto, foram utilizadas as mesmas palavras-chave aplicadas para o universo principal de decisões. Tais decisões foram descartadas da análise principal, pois não se enquadram no período temporal estabelecido no problema de pesquisa. Contudo, sua análise mostra-se relevante por dois motivos principais: o primeiro diz respeito à verificação da existência de uma tendência, no TRF1, em reconhecer ou não os direitos possessórios aos povos originários; o segundo motivo consiste em averiguar se a tese do marco temporal, de fato, contribuiu para a mudança de entendimento do Tribunal analisado.

Em um primeiro momento, compreendido entre os anos de 1996 a 2003, há uma prevalência das decisões que reconhecem os direitos territoriais indígenas. Nesse momento, foram mapeadas cinco decisões, as quais 04 reconhecem os direitos

territoriais indígenas, enquanto apenas uma entende pela prevalência da posse do particular.

O primeiro julgado relevante a ser observado se deu nos autos do Agravo de Instrumento nº 0034927-66.1996.4.01.0000, julgado em 1996. A comunidade indígena Pataxó Hã Hã Hãe, com a assistência da Fundação Nacional do Índio, interpôs o referido recurso face à decisão do juízo de piso que indeferiu a liminar, nos autos da ação de manutenção de posse proposta pela comunidade, face ao grupo de particulares, sob o argumento de que esses estavam turbando a posse de cerca de 36 mil hectares de terras tradicionalmente indígenas.

O agravo foi deferido por unanimidade pela sexta turma do TRF1, para conceder a manutenção de posse à comunidade indígena Pataxó Hã Hã Hãe. Em sua decisão, o relator Tourinho Neto entendeu que “a posse indígena (...) não pode ser analisada de acordo com o Código Civil” (BRASIL, 1996). Isto porque, segundo o relator, a posse indígena é imemorial, não podendo ser comparada com a posse de cunho privado, prevista no Código Civil.

Neste momento, o Tribunal entendeu que a posse tradicional dos povos indígenas é imemorial e, portanto, o ato de demarcação não cria direitos possessórios, tendo a finalidade de delimitar a área da ocupação indígena:

Se aos *índios* (...) é assegurada a posse permanente - sem limite temporal - das terras que ocupam (posse no sentido não civilista), terras essas da União, não há como perdê-las para terceiros, ainda que estejam estes de boa-fé. Observe-se, outrossim, que a demarcação não dá nem tira direito, apenas torna evidente quais os limites indígenas. Não é o processo de demarcação que cria uma posse imemorial. Tal processo, apenas, delimita a área.
(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão nº Agravo de Instrumento nº 0034927-66.1996.4.01.0000. Relator: Relator Desembargador Tourinho Neto. Recorrente. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1996)

Outro posicionamento adotado pelo Tribunal diz respeito ao reconhecimento da posse indígena em áreas que os indígenas não estejam ocupando fisicamente. Por se tratar de uma posse imemorial, entende o Tribunal que há a desnecessidade de comprovação do exercício de fato. Esse entendimento, durante esse primeiro período analisado, mostra-se bastante recorrente na jurisprudência do TRF1. Inclusive, a posse tradicional é reconhecida mesmo no caso da expulsão dos povos originários no passado:

As terras em questão estão dentro dos 36.000 ha determinados como terras indígenas - isto os agravados não lançam dúvidas. Pouco importa, assim, que os *índios* não estejam na posse física das mesmas. A meu sentir, laborou em

equivoco a ilustre juíza a quo, ao afirmar que os *índios* tinham que comprovar que de fato exerciam a posse sobre essas terras. A posse dos *índios* é imemorial. Não importa que os réus, ora agravados, estejam há muitos anos na posse efetiva da terra. Os *índios* têm a posse permanente dessas terras. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão nº Agravo de Instrumento nº 0034927-66.1996.4.01.0000. Relator: Relator Desembargador Tourinho Neto. Recorrente. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1996)

III. A posse indígena sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas, a despeito de terem sido, no passado, os *índios* expulsos das mesmas, sobrepõe-se aos direitos possessórios e dominiais constituídos posteriormente sobre elas

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0033504-71.1996.4.01.0000.. Relator: Desembargador Souza Prudente. Diário Oficial de Justiça. Brasília, 2003.)

Essa compreensão, que se extrai de indiscutível lógica, permite asseverar que os *índios*, ainda que tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação. Tal direito deriva da própria situação singular da sua posse reconhecida pela ordem constitucional, daí que inaplicáveis as regras de direito civil à mesma

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão na Apelação Cível nº 0027869-07.1999.4.01.0000. Relator: Desembargador João Batista Moreira. Diário Oficial de Justiça. Brasília, 2002.)

Contudo, durante esse período de 1996-2003, verificou-se a existência de uma decisão que reconhece a posse privada em detrimento da posse indígena. Nos autos do Agravo de Instrumento nº 0043341-77.2001.4.01.0000, julgado em 2002, entendeu que a proteção possessória ao particular se dá pela simples comprovação dos requisitos previstos na lei processual civil: posse, data do esbulho e turbação, e a existência desse. Por isso, não caberia ao Poder Judiciário reconhecer os direitos indígenas, ante a existência de uma situação consolidada (posse privada):

Portanto, no âmbito de ação reintegratória, a meu ver, não é dado ao Órgão Judiciário, no afã de tutelar pretensos direitos indígenas, reconhecer prevalência aos interesses daqueles que, afrontando uma situação pacífica e consolidada no tempo, tornaram-se invasores de terras, sejam índios ou não, em detrimento do direito regularmente constituído em favor daquele que detém títulos de domínio de imóveis rurais, expedidos pelo Estado da Bahia (suscetíveis de anulação ou não, já que essa matéria transcende o mérito da causa), sob pena, inclusive, de situação conflituosa entre os grupos das diferentes etnias, com grave risco à vida para os segmentos populacionais envolvidos

Em um segundo momento, compreendido entre os anos de 2004 a 2007, tal posicionamento - de prevalência da posse privada - ganha prevalência na

jurisprudência do TRF1. De forma recorrente, o Tribunal passa a decidir em favor de uma posse individual, sem se preocupar em averiguar a existência de posse tradicional, mesmo que haja indícios nos autos de uma ocupação tradicional.

Ante a existência de uma situação que, minimamente, comprove o exercício de fato de um dos poderes inerentes da propriedade, o TRF1 entende por dar predominância à posse privada, mesmo diante aos indícios de existência de uma posse tradicional. Ainda, desconsidera a existência de posse indígena sem a realização de laudo antropológico, assim, o TRF1 fundamenta a decisão com base em elementos que comprovem a posse privada, mesmo frente a existência de ocupação indígena na área.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL RURAL. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE AGROPECUÁRIA. INVASÃO POR INDIOS DA COMUNIDADE PATAXÓ HÃ HÃ HÃE. LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. Comprovadas a posse, o esbulho e a utilização sócio-econômica do imóvel, com atividades ligadas à agropecuária, tem-se por acertado o deferimento da liminar. 2. Em exame perfunctório, como o exercitado em sede de agravo, impossível é concluir pela posse indígena sobre as terras em litígio, sem perícia antropológica que indique, sem margem a dúvida, a influência indígena demonstrativa de que, não há muitos anos, os índios tinham ali o seu habitat. 3. Agravo desprovido.

Assim, durante o período denominado pré-marco temporal, percebe-se a existência de dois momentos distintos: um primeiro momento, compreendido entre os anos de 1996-2003, no qual há a prevalência do reconhecimento da posse tradicional, enquanto, em um segundo momento, entre os anos de 2004-2008, há uma mudança de entendimento do TRF1, no qual passa-se a dar predominância à posse privada, mesmo com a existência de indícios de uma posse tradicional sobre a área. Percebe-se que, nesse segundo momento, não há o cuidado com a elaboração de laudo antropológico com o intuito de descartar a posse tradicional.

Durante esse período, não foram identificadas decisões que mencionem, de forma expressa ou implícita, o direito territorial de permanência dos povos indígenas ou o princípio da irremovibilidade dos povos indígenas, previsto no art. 231, §5º, CF.

4.4A Tese do Marco temporal e a Violação do Direito Territorial de Permanência: A remoção dos Povos Indígenas à luz da Jurisprudência do TRF1 durante o período de 2009-2020

A pesquisa tem por objetivo verificar se a hipótese apresentada, qual seja, de que a tese do marco temporal é utilizada como argumento jurídico para fundamentar as decisões que resultam em violação do direito territorial indígena de permanência em seus territórios, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, consegue ser comprovada, a partir da análise das decisões coletadas.

Para tanto, conforme já demonstrado na metodologia, optou-se por dividir a análise por tipos de recursos: Agravo de Instrumento ou Apelação. Ou seja, primeiramente foi feita a investigação da fundamentação das 8 (oito) decisões proferidas em sede de agravo de instrumento e, em seguida, serão analisadas os 18 (dezoito) acórdãos proferidos em apelações.

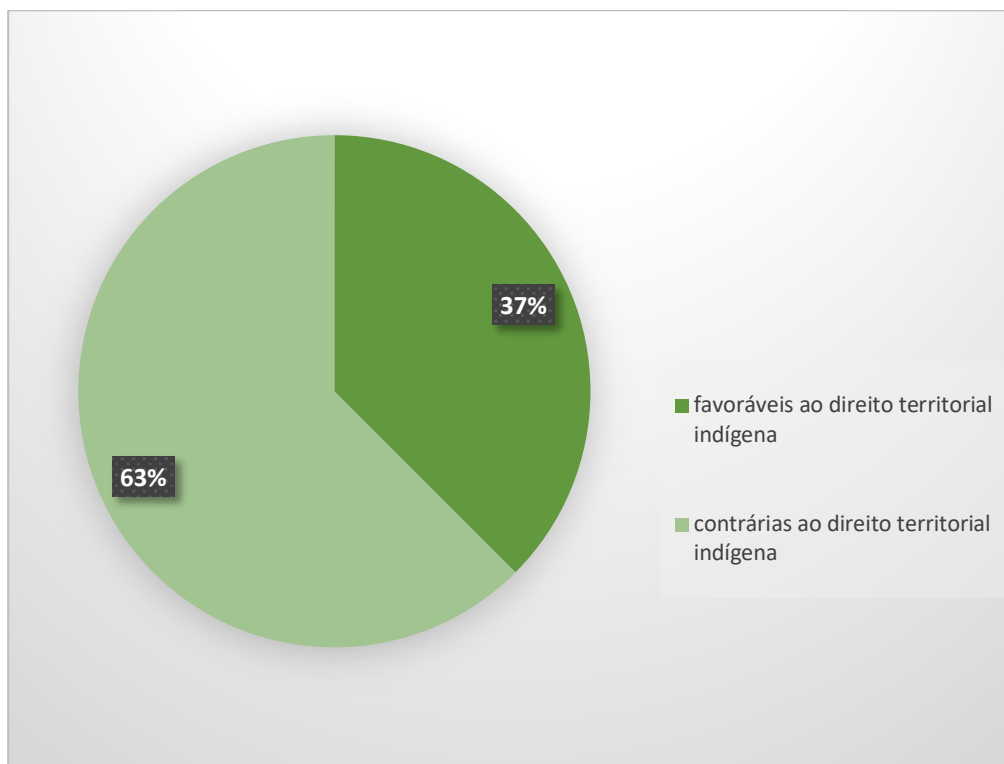
Assim, as decisões foram analisadas a partir de dois critérios: 1) *decisões favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas*; 2) *decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos povos indígenas*.

Dentro das decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, buscou-se identificar a utilização da tese do marco temporal como fundamentação. Assim, em relação à identificação das decisões quanto à aplicação da tese do marco temporal, optou-se por estabelecer três categorias: (1) *decisões que aplicam a tese do marco temporal para limitar o direito territorial de permanência dos povos indígenas*; (2) *decisões que não mencionam ou não aplicam a tese do marco temporal*, (3) *decisões que mencionam a decisão proferida no julgamento da petição 3.388, mas não aplicam a tese do marco temporal*.

4.4.1 Análise das decisões proferidas em sede de Agravo de Instrumento:

Em relação ao recurso de Agravo de Instrumento, conforme já demonstrado, foram analisados 8 (oito) acórdãos, dos quais 03 (três) decisões foram identificadas como sendo favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, tendo em vista que indeferiram a pretensão possessória, em detrimento de 05 (cinco) acórdãos contrários ao direito de permanência, haja vista a prevalência à posse privada e, portanto, deferimento da pretensão possessória. O gráfico 05 representa, em dados percentuais, o quantitativo de decisões favoráveis ao direito territorial de permanência indígena em contraposição às decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos indígenas, proferidas em sede de recurso de Agravo de Instrumento.

Gráfico 5 – Dados percentuais de decisões proferidas em Agravo de Instrumento



Fonte: Elaborado pela Autora

Assim, a partir desses dados, conclui-se que, em sede de recurso de Agravo de Instrumento, o TRF1 tem prevalência em reconhecer a posse privada em detrimento da posse tradicional dos povos indígenas. Ou seja, há uma predominância de decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, pois determinam a remoção dos povos tradicionais.

No que se refere aos acórdãos proferidos favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, tem-se como razão de decidir o não reconhecimento da posse privada e, portanto, a pretensão possessória ante a inexistência de laudo antropológico. Neste sentido, entendeu o tribunal a importância da prova pericial para caracterização da posse indígena, e, com a ausência dessa prova, não seria possível dar procedência à pretensão do particular. Assim, decidiu:

A posse de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas difere da posse civil, por possuir natureza histórica – originária e se destinar a garantir a reprodução física dos povos indígenas e seus direitos identitários (étnicos, culturais e territoriais), conforme preceitua o art. 231, da Constituição Federal. Nesse contexto, impõe-se a realização de perícia antropológica e topográfica, para fins de aferir a caracterização de terras tradicionalmente ocupadas pelos *índios*, na linha determinante do direito constitucional de usufruto exclusivo

por parte das comunidades indígenas de terras assim identificadas, a autorizar o provimento do recurso em referência.

(REFERENCIAR)

Também, em relação ao reconhecimento da posse indígena, nas decisões proferidas nos Agravos de Instrumento nº 0037159-21.2014.4.01.0000 e 0007226-95.2017.4.01.0000, julgados no mesmo dia e ambos envolvendo a Comunidade Indígena Tupinambá, o TRF1 entendeu por reconhecer a posse indígena. Na origem, o deferimento dos pedidos liminares se deu ante a existência de registro imobiliário em nome dos particulares.

Ambas as decisões apresentam a mesma fundamentação, com correspondência total dos fundamentos apresentados. Nos casos objetos de análise, a área envolvida no imbróglgio dos processos de reintegração de posse, ocupada pelos indígenas, já se encontrava em processo de demarcação em favor da comunidade Tupinambá. Assim, entendeu o TRF1 que, uma vez a área demarcada, quaisquer títulos dominiais privados seriam anulados, por força do art. 231, §6º, CF. Portanto, entendeu que a ocupação indígena, mesmo que a área ainda pendente de demarcação é legítima e, havendo posse tradicional, deve-se garantir a proteção possessória.

Por fim, em relação ao grupo de decisões que reconhecem o direito territorial de povos indígenas, constatou-se que em nenhuma das decisões analisadas utilizou como argumento no julgado, para determinar a permanência dos povos indígenas em suas terras tradicionalmente ocupadas, o direito de permanência previsto no art. 231, §5º, da CF ou o princípio da irremovibilidade dos povos indígenas.

Já o segundo grupo de decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos indígenas, os acórdãos privilegiam a posse civilista em detrimento da posse constitucional tradicional. Para tanto, percebeu-se que o Tribunal utiliza diferentes argumentações para reconhecer a posse particular. Contudo, em que pese diferentes fundamentos, todos possuem em comum o fato de mostrarem um apego ao conceito civilista de posse, mesmo quando há nos autos uma prova inequívoca de posse tradicional dos povos indígenas envolvidos no litígio.

Neste sentido, o TRF1 entendeu que comprovada a posse do particular, seja pela efetiva utilização da área, seja pela existência de registro imobiliário, há um autorizativo legal, a partir do Código de Processo Civil, para a expedição da liminar de reintegração de posse ou o interdito proibitório. Assim:

III - A parte que detém a posse do imóvel há anos merece a proteção possessória.

IV - Essa situação recomenda, em princípio, a expedição de mandado proibitório a fim de impedir a ameaça de esbulho ou turbação da posse dos imóveis rurais pelos índios da Comunidade Indígena Pataxó, pois se a terra é devidamente explorada em todo esse período não se deve impedir que os autores possam produzir seu sustento sob o pretexto de que as terras seriam indígenas.

(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0042811-97.2006.4.01.0000. Relator convocado Juiz Federal Grigorio Carlos dos Santos. Diário Oficial de Justiça. Brasília, 2011)

2. A Constituição garante o direito de propriedade, atendida sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), e que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º LIV).

(...)

5. Nessas circunstâncias, o simples fato da ocupação, recente, pelos *índios* não inverte o ônus da prova (de que não há posse imemorial), a qual, além de tudo, seria uma prova negativa, cujo ônus só excepcionalmente ocorre.

6. Não cabe aos detentores de títulos formalmente legítimos fazer a prova de que a terra não fora, há mais de século, ocupada por indígenas, mas, aos índios, por meio de suas entidades representativas e do Ministério Público, fazer a demonstração positiva da posse imemorial, isto, dentro do processo legalmente previsto para esse fim.

(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0060621-41.2013.4.01.0000/MG. Relator: Desembargador João Batista Moreira. Diário Oficial de Justiça. Brasília, 2014.)

Uma vez demonstrados o efetivo exercício de fato da posse e o atendimento à função social da propriedade, não há que se falar em impossibilidade de concessão da medida liminar na ação de reintegração em favor do possuidor, ainda que se trate de esbulho cometido por povos indígenas.

(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0038935-56.2014.4.01.0000. Relator: Desembargador Kassio Nunes Marques, Diário Oficial de Justiça. Brasília, 2014.)

O Tribunal, ao reconhecer a pretensão possessória ao particular, desconsidera que não se trata de um conflito possessório puro e simples. Mas de um conflito socioambiental, cuja discussão envolve uma posse constitucional, um conflito que envolve a própria existência dos povos originários. Portanto, não pode ser analisado sob a lente e a ótica de um direito puramente civilista, sob pena de esvaziamento do comando constitucional contido no art. 231 da CF. De igual modo, Débora Duprat indica:

Uma ação vocacionada à tutela de direito de cunho nitidamente civilista neutraliza a disciplina constitucional dos territórios indígenas, porque a luta processual se desenvolve sob controle das normas constitutivas daquele campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas. Assim, elementos

tais como posse velha, ocupação física, passam a ser acriticamente definitórios de direitos possessórios. (DUPRAT, 2006, p. 172).

Ainda, nota-se que mesmo com a prova da existência da posse tradicional, o TRF1 entende que não havendo a efetiva demarcação da área, não é possível reconhecer a posse tradicional. Portanto, o Tribunal vincula a posse indígena à área com processo de demarcação finalizado, mesmo que exista, nos autos, laudo antropológico que ateste a existência de vínculo entre a comunidade e a área ocupada, ou, até mesmo, que a área ocupada pelos povos indígenas já esteja em estágio avançado do processo de demarcação. Neste sentido, cita-se a decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0060621-41.2013.4.01.0000, no qual o Relator entendeu que:

Consoante reconhece o próprio Ministério Público Federal, ainda não está concluído o processo em que se pretende ampliação da terra indígena Xakriabá e nem há certeza (há apenas a probabilidade) de futura confirmação da posse imemorial desses índios sobre a área pretendida.

De acordo com memorial apresentado pela FUNAI, “os estudos de identificação encontram-se em estágio avançado e aguardam aprovação”. Diz mais que “os estudos de revisão de limites ainda estão em andamento” e que “existem robustos indícios no sentido de que a (área) litigiosa é tradicionalmente ocupada pela Comunidade Xacriabá”.

Nessas circunstâncias, o simples fato da ocupação, recente, pelos índios não inverte o ônus da prova (de que não há posse imemorial), a qual, além de tudo, seria uma prova negativa, cujo ônus só excepcionalmente ocorre.

(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0060621-41.2013.4.01.0000. Relator: Desembargador João Batista Moreira, Diário Oficial de Justiça. Brasília, 2014.)

Assim, revela-se um apego do TRF1 ao reconhecimento da terra indígena tão somente após o processo de demarcação. O Tribunal ignora que a demarcação possui um caráter meramente declaratório, de reconhecimento de uma situação preexistente ao ato, qual seja, a ocupação tradicional. De acordo com Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2021, p. 148), “no regime da atual Constituição, basta que as terras sejam tradicionalmente ocupadas para que sobre elas os povos tenham direitos originários”. Portanto, a proteção possessória aos povos originários, em ações possessórias, independe do ato de demarcação, bastando que seja comprovada a ocupação tradicional, para que seja rechaçada qualquer tutela jurisdicional à posse civilista.

Outro argumento utilizado para não reconhecer a posse indígena em sede de agravo de instrumento é o fato de, por se tratar de uma análise em cognição sumária, não é possível fazer uma contraposição entre o Indigenato e a posse civil. Neste

sentido, entendeu o TRF1 no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0040534-50.2002.4.01.0000:

Portanto, não é possível que, em juízo preliminar, seja feita uma contraposição imediata da posse do indigenato em relação à posse do autor, uma vez que aquela (indigenato) exige cognição vertical mais aprofundada, a ser instruída – necessariamente perícia antropológica, a fim de se constatar, com precisão, que a área se destina à preservação dos recursos ambientais necessários a sua reprodução física e cultural segundo os seus usos, costumes e tradições. *(Nesse sentido os precedentes do STF nos MS 20.751, 20.723, 20.215, 20.234, 20.453 e 21.575)*”.

(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão no Agravo de Instrumento nº 0040534-50.2002.4.01.0000. Relator convocado Juiz Federal Grigório Carlos dos Santos, Diário Oficial de Justiça. Brasília, 2011)

Em relação à utilização do direito de permanência neste grupo de decisões, tem-se que tal direito foi utilizado como argumentação jurídica pela FUNAI nos autos do Agravo de Instrumento nº 0038935-56.2014.4.01.0000. Contudo, o TRF1 não traz a discussão acerca da aplicabilidade do dispositivo, já que, no julgado, limita-se a argumentar que inexistente posse indígena, mesmo havendo laudo antropológico, não adentrando na discussão acerca da irremovibilidade dos povos indígenas.

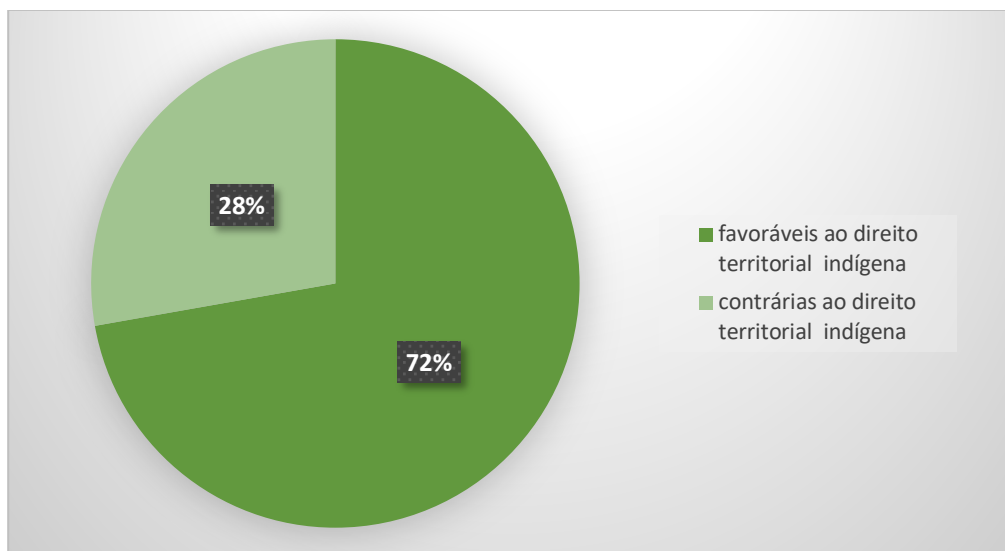
Em relação à aplicação da tese do marco temporal, a hipótese não foi confirmada em sede de agravo de instrumento. A tese não é utilizada como fundamentação pelo TRF1 para restringir o direito territorial de permanência, quando do julgamento deste tipo de recurso. Assim, em relação a esse grupo, nenhuma das decisões analisadas (que reconhecem a posse indígena ou não) cita a tese do marco temporal ou o julgamento da Petição 3388.

4.4.2 Análise dos acórdãos proferidos em sede de Apelação:

Em relação ao recurso de Apelação, conforme já demonstrado, foram analisados 18 (dezoito) acórdãos, dos quais 13 (três) decisões foram identificadas como sendo favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, tendo em vista que indeferiram a pretensão possessória, em contraposição 05 (cinco) acórdãos contrários ao direito de permanência, haja vista a prevalência à posse privada e, portanto, deferimento da pretensão possessória. O gráfico 06 representa, em dados percentuais, o quantitativo de decisões favoráveis ao direito territorial de

permanência indígena em contraposição às decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos indígenas, proferidas em sede de recurso de apelação.

Gráfico 06 – Dados percentuais de decisões proferidas em apelação



Fonte: Elaborado pela Autora

Assim, a partir desses dados, conclui-se que, ao contrário do que foi constatado no recurso de Agravo de Instrumento, em sede de recurso de Apelação, o TRF1 tem uma posição de reconhecer a posse tradicional dos povos indígenas, em relação à posse privada. Ou seja, há uma predominância de decisões favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, pois indeferem a remoção dos povos tradicionais, ao contrário do que foi observado na análise anterior, acerca do recurso de agravo de instrumento.

Em relação aos acórdãos proferidos favoráveis ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, constatou-se dois entendimentos por parte do TRF1: 1) acórdãos que determinam a anulação da sentença, por ausência de laudo pericial capaz de aferir a existência de posse tradicional na área; 2) acórdãos que reconhecem a existência de posse indígena sobre a área.

No que diz respeito ao primeiro grupo, verificou-se que o TRF1 adota uma posição prudente, tendo em vista que em 04 (quatro) das 13 (treze) decisões favoráveis, o TRF1 determinar a anulação da sentença que deferiu o pedido de reintegração ou de interdito proibitório ante a ausência de laudo antropológico que

afaste a possibilidade de existência de posse tradicional sobre a área objeto do litígio. Considera-se, assim, um posicionamento favorável ao direito de permanência e à posse indígena, tendo em vista que reforma a decisão indefere a liminar e garante a permanência dos povos indígenas.

Para determinar a anulação da sentença, o TRF1 utiliza como argumento o fato da posse indígena, constitucionalmente prevista, possuir peculiaridades que somente podem ser comprovadas mediante laudo antropológico, e não podem ser analisadas à luz dos preceitos civilistas. Assim, entende o Tribunal ser imprescindível a existência de laudo antropológico para constatar a existência de posse tradicional. Tal entendimento é utilizado pela Justiça Federal da 1ª Região mesmo que não haja indícios da existência de processo de demarcação em curso. Neste sentido:

Nesse contexto, cumpre ter presente que a posse indígena, por suas peculiaridades, não pode ser analisada à luz dos conceitos civilistas de posse e propriedade, tal como procedeu a sentença recorrida.

(...)

A ocupação por não índio de terras reconhecidas como indígenas configura mera detenção, e não gera efeitos possessórios.

Na hipótese dos autos, verifico que não foi realizado o indispensável laudo antropológico, necessário para aferir se o imóvel encontra-se localizado em área indígena.

Se for verificado que o imóvel efetivamente integra área indígena, tal circunstância basta para desfigurar o pretendido direito à reintegração de posse.

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão nº AC 0001592-71.2001.4.01.3301. Relator: JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA. Diário de Justiça. Brasília, 2013)

Ainda que assim não fosse, e mesmo que não haja notícia nos autos de que o processo administrativo de demarcação já chegou ao fim, a sentença padece de outro vício: não foi realizado, ao longo da instrução processual, o indispensável laudo antropológico, necessário para aferir se o imóvel encontra-se localizado em área indígena.

(...)

Assim, se for verificado que o imóvel efetivamente integra área indígena, tal circunstância basta para desfigurar a pretendida pretensão possessória. Indispensável, na espécie, a realização de prova pericial.

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão nº AC 0000932-04.2006.4.01.3301. Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA. Brasília, 2014.)

O laudo antropológico, neste sentido, possui importante papel para o reconhecimento do direito material e processual aos povos indígenas. Ao direito material, haja vista que garante a verificação científica da existência de uma posse tradicional. Para Déborah Duprat (2015, p. 7), “a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que,

para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva”.

No segundo grupo de decisões, formado por 09 (nove) das 13 (treze) decisões analisadas, o TRF1 reconhece a posse indígena, utilizando argumentações diferentes da ausência de laudo antropológico, especialmente reconhecendo a teoria do indigenato. Utilizando-se como base o laudo antropológico, independente da existência de processo de demarcação da área, o TRF1 reconhece a posse tradicional dos povos indígena com a simples ocupação dos povos indígenas no imóvel. Assim, mesmo que existente registro imobiliário em favor do particular, o Tribunal faz prevalecer a posse tradicional.

a área em referência seria tradicionalmente ocupada por *silvícolas*, encontrando-se, inclusive, em processo de regularização fundiária, para fins de futura demarcação de reserva indígena, a qual, uma vez homologada, tornaria inválidos quaisquer títulos dominiais sobre ela incidentes

(...)

a definição da efetiva localização da área em referência e se a mesma se encontra inserida em reserva indígena já demarcada ou em processo de demarcação, como no caso, afigura-se indispensável ao acolhimento, ou não, da pretensão possessória aqui postulada.

(...)

noticiam os elementos carreados para os autos que a mesma se encontra inserida em processo de regularização fundiária, para fins de futura demarcação administrativa, a desautorizar, em princípio, a concessão da tutela postulada, antes mesmo da sua adequada delimitação, prestigiando-se, assim, o princípio da segurança jurídica.

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão na Apelação Cível nº 0000211-81.2008.4.01.3301. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília, 2018.)

Nas decisões, o Tribunal replica o texto constitucional, e, portanto, adota a teoria do indigenato para o reconhecimento da posse indígena, e não a teoria do fato indígena, estabelecida pelo STF quando do julgamento da petição 3388. Assim:

As terras tradicionalmente ocupadas pelos *índios* são aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, §1º/CF).

Como consequência da posse indígena e da teoria do indigenato, não são reconhecidos em terras indígenas a posse civil, mesmo que amparada em título dominial, reforçando o que dispõe o art. 231, §6º, CF:

No caso em exame, amparando-se a pretensão possessória em título dominial passível de ser declarado nulo, de pleno direito, após conclusão do processo de demarcação de terras indígenas em que se encontra localizado o imóvel objeto do litígio, afigura-se prematura a concessão de tutela jurisdicional assecuratória da sua posse ao detentor do suposto título de propriedade, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Por fim, o terceiro grupo, da minoria das decisões, aborda os acórdãos que privilegiam o reconhecimento da posse particular face à posse tradicional. Em relação a esse grupo, tem-se como principal argumentação a comprovação da posse, a partir de seus requisitos legais. A definição legal de possuidor está prevista pelo código civil, como sendo o indivíduo que possui, de fato, o exercício de um dos poderes inerentes da propriedade (usar, gozar, dispor ou reaver), de forma plena ou não.

O direito civil vincula a posse a uma ótica essencialmente patrimonialista, e essa tradição civilista é refletida nas decisões do TRF1 analisadas neste ponto. Nestas decisões, o Tribunal reconhece a não-tradicionalidade das terras, pautado tão somente na utilização do bem de forma privada ou na existência de um registro imobiliário em favor do particular.

O Tribunal entende que o reconhecimento da posse particular sobre a área em litígio não impede uma futura ação do poder público em favor dos povos indígenas, desapropriando o imóvel para fins de demarcação.

Aliás, conforme salientado na sentença, a posse dos autores sobre a área esbulhada é incontroversa e os mapas constantes dos autos comprovam que os imóveis esbulhados não se encontram dentro da área da Terra Indígena Barra Velha, objeto do Decreto 396, de 24/12/1991. Relevante ressaltar, também, a conclusão do MM. Juízo a quo, de que eventual reconhecimento da posse dos autores não impede que a área seja objeto de futura demarcação, quando da revisão dos limites da Terra Indígena Barra Velha.

Para Eloy Amado e Alfinito,

Essas soluções não são desprovidas de problemas e são também controversas. Transformar ações de reintegração de posse em ações de desapropriação indireta passa pela consolidação do entendimento que aquelas terras serão declaradas não-tradicionais pelo Poder Judiciário (ALFINITO; ELOY AMADO, 2018, p. 232).

Outro ponto abordado nas decisões é, tal como ocorre nos julgamentos dos recursos de Agravo de Instrumento, a vinculação entre o reconhecimento da posse indígena, e o processo de demarcação. Mesmo havendo prova robusta nos autos

(laudo antropológico), processo de demarcação em estágio avançado, e reconhecimento da existência de vínculo entre os povos indígenas e a terra, o TRF1 não reconhece a posse tradicional, ante a inexistência de demarcação da área.

Não é o caso dos autos. O laudo pericial juntado afirma que apesar dos *silvícolas* considerarem a área, onde se localiza o imóvel litigioso, como sendo indígena, e historicamente pode até mesmo assim pode ser considerada, houve demarcação das terras pelo Poder Público e a referida área encontra-se fora dos limites do Parque Xingu.

O que importa, por enquanto, é que a publicação de relatório incluindo a área sob litígio nessa revisão dos limites não tem o condão de legitimar a invasão, se ainda não houve o reconhecimento oficial de que ela é, de fato, tradicionalmente indígena, o que somente se efetiva com a homologação por Decreto Presidencial, a teor do art. 19, § 1º do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973).

O TRF1 entende que mesmo que a área seja reconhecida como indígena, e esteja em processo de demarcação, ainda sim é possível o deferimento do pedido reintegratório, já que o ordenamento não garante aos povos indígenas a possibilidade de reaver suas terras por intermédio da autotutela:

Não bastasse isso, ainda que se admitisse que o imóvel em discussão se enquadra na descrição do art. 231, §1º, da Constituição Federal, impõe-se reconhecer que o ordenamento jurídico pátrio não confere mecanismos de autotutela aos índios para reaverem a posse [1] perdida há décadas sobre as terras que tradicionalmente ocupavam

(BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão na Apelação Cível nº 0002715-04.2006.4.01.3310. Relator: Desembargador Federal Ney Bello. Brasília, 2015.)

A expansão da ocupação indígena em áreas ainda objeto de demarcação demonstra que os povos indígenas “têm optado por retomar as terras que já foram identificadas como tradicionais no âmbito de processos de demarcação, buscando dar visibilidade às suas demandas e consolidar sua posse sobre o território que lhes pertence” (ALFINITO; ELOY AMADO, 2018, p. 234).

Outro ponto que chama atenção é a forma como são tratados os povos indígenas nas decisões proferidas. Primeiramente, a utilização do vocábulo *silvícola*, na medida em que tal palavra já deveria ter sido eliminada da sua utilização cotidiana, especialmente no mundo jurídico, isto porque “o próprio significado da palavra já

demonstra um tom de preconceito para com os indivíduos membros de comunidades tradicionais; (...) não cabe ao intérprete do direito utilizar uma expressão preconceituosa e arcaica” (HEEMAN, 2017, p. 08-09)

Diante do exposto, tal como observado com os acórdãos proferidos nos julgamentos dos agravos de instrumentos, em relação à aplicação da tese do marco temporal, constatou-se que tal argumentação não foi utilizada, pelo TRF1 para determinar a violação ao direito territorial de permanência dos povos indígenas. Assim, a hipótese anteriormente apresentada não se confirmou.

Contudo, o posicionamento adotado pelo tribunal, quando decide de forma contrária à posse indígena, demonstra um apego ao conceito tradicional de propriedade privada, baseada em uma posse civilista, de cunho patrimonialista.

5 CONCLUSÃO

O objetivo desta dissertação foi analisar em que medida a tese do marco temporal viola o direito territorial de permanência dos povos indígenas, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em demandas possessórias, no intervalo de 2009 e 2020. Para tanto, estabeleceu-se como hipótese que a tese do marco temporal é utilizada como argumento jurídico para fundamentar as decisões que resultam em violação do direito territorial indígena de permanência em seus territórios, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A partir dessas ideias, foram estabelecidos três objetivos específicos, os quais se converteram em cada capítulo deste trabalho.

No primeiro capítulo, foi estudada a evolução normativo-constitucional dos direitos territoriais de povos indígenas, especialmente a partir das Constituições Brasileiras, no qual constatou-se a importância da Constituição Federal de 1988 para o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas, com a inauguração de um estado pluriétnico e multicultural. Ainda, o art. 231 da Constituição rompeu com o paradigma de tratamento existente até o momento, de observância dos povos indígenas a partir de uma ótica tutelar e assimilacionista. Em seu §1º, o artigo consolida a teoria do indigenato, doutrina que remonta desde a época do Brasil Colônia, e reconhece o direito dos povos indígenas às terras por eles ocupadas.

Ainda, o primeiro capítulo trouxe o entendimento das normativas internacionais acerca dos direitos territoriais de povos indígenas, com a Convenção 169, OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Ato contínuo, foi realizada uma abordagem a partir da construção jurisprudencial do conceito de propriedade comunal no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando-se o caso da comunidade Mayagna(sumo) Awas Tigni vs. Nicarágua (2001); comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguai (2005); comunidade indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010); Caso comunidade Sawhoyamaya Vs. Paraguai (2006); e, por fim, abordou-se a primeira condenação do Brasil envolvendo a violação de direitos territoriais indígenas, no caso do povo Xucuru Vs. Brasil, julgado em 2018. Em continuidade, o capítulo, por meio de uma abordagem exploratória, delimitou o direito territorial de permanência dos povos indígenas, constitucionalmente previsto no art. 231, §5, do texto constitucional. Reforçou que a violação desse direito, entendida como a remoção forçada dos povos

indígenas de suas terras, é considerada a mais grave violação de direitos territoriais, pois configura uma implosão dos próprios direitos existenciais dos povos tradicionais, ante a intrínseca relação existente entre os indígenas e seu território.

No segundo capítulo, abordou-se acerca da tese do marco temporal, anomalia jurídica criada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Petição 3.388/RR, que ficou conhecido como Caso Raposa Serra do Sol. Neste julgamento, foi estabelecido um perigoso precedente: as terras indígenas somente podem ser consideradas como tal àquelas efetivamente ocupadas pelos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal (05 de outubro de 1988).

Com a fixação dessa tese, o STF ignorou um passado de violação dos direitos territoriais de povos indígenas, bem como o direito internacional dos Direitos Humanos, já que desconsidera toda a normativa dos tratados internacionais e dos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo direitos territoriais indígenas.

A tese, desde o julgamento da Petição 3.388, foi aplicada pela 2ª Turma do STF, especialmente no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, envolvendo a Terra Indígena Guyraroká, do povo indígena Guarani Kaiowá e no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 803.462, envolvendo a Terra Indígena Limão Verde, do Povo Terena, no qual a 2ª Turma fixou entendimento acerca do conceito de esbulho renitente.

Atualmente, o STF está julgando o RE nº 1.017.365-SC, recebido pelo STF como a Repercussão Geral sob o Tema 1031, no qual definirá o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no art. 231 do texto constitucional.

Com o julgamento do referido RE, o Pleno do Supremo tem a oportunidade de afastar, de vez, a aplicação deste precedente retrógrado, limitador e colonialista dos direitos territoriais indígenas. Até o momento da escrita deste trabalho, o julgamento se encontra suspenso, já tendo sido proferidos dois votos: um voto favorável aos direitos territoriais dos povos indígenas, com o afastamento por completo da tese do marco temporal, e um voto contrário aos direitos territoriais, com a defesa de tal tese.

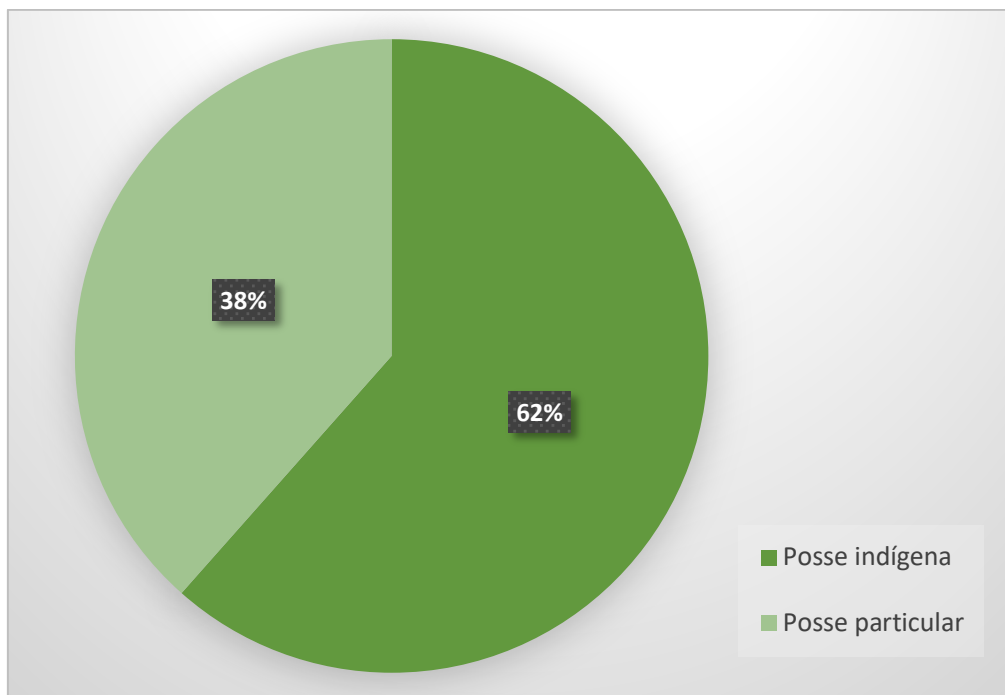
Por fim, o terceiro capítulo aborda a análise da jurisprudência do TRF1, em ações possessórias durante o período de 2009-2020, visando identificar se o referido tribunal federal utiliza a tese do marco temporal como argumento jurídico para

determinar a violação do direito territorial de permanência dos povos indígenas e, conseqüentemente, a sua remoção territorial.

Foram identificadas 26 (vinte e seis) decisões, analisadas a partir de duas óticas: quantitativa, a partir de parâmetros pré-estabelecidos, e qualitativa, na qual foram verificados os argumentos utilizados pelos desembargadores para reconhecer ou afastar a posse indígena. Ainda, estabeleceu-se parâmetros para verificar se as decisões aplicam a tese do marco temporal: (1) decisões que aplicam a tese do marco temporal para limitar o direito territorial de permanência dos povos indígenas; (2) decisões que não mencionam ou não aplicam a tese do marco temporal, (3) decisões que mencionam a decisão proferida no julgamento da petição 3388, mas não aplicam a tese do marco temporal.

Em uma visão geral, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região adota uma postura favorável ao reconhecimento da posse indígena, tendo em vista que, do universo de 26 (vinte e seis) decisões analisadas, 16 (dezesesseis) decisões são favoráveis à posse tradicional, o que corresponde a 62 % do total, em detrimento de uma posse particular, pautada na noção do direito civil de que o possuidor é aquele que exerce, de fato, um dos poderes inerentes à propriedade. O gráfico 07 representa, em dados percentuais, o quantitativo de decisões favoráveis ao direito territorial de permanência indígena em contraposição às decisões contrárias ao direito territorial de permanência dos indígenas, proferidas no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tanto em recurso de apelação, como em agravo de instrumento.

Gráfico 07 – Dados percentuais de decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região



Fonte: Elaborado pela Autora

Contudo, optou-se por dividir a análise pelo tipo de recurso, tendo em vista que das 26 (vinte e seis) decisões coletadas, 08 (oito) foram proferidas em sede de agravo de instrumento, enquanto 18 (dezoito) foram proferidas em apelações.

Em relação aos Agravos de Instrumento, observou-se que a maioria dos acórdãos analisados (05 decisões) é contrária ao direito territorial de permanência dos povos indígenas, já que satisfazem a pretensão possessória, ao determinar a remoção de povos indígenas. É o reconhecimento da posse privada que prevalece como argumentação.

Já em relação ao recurso de apelação, o TRF1 muda de entendimento. Dos 18 (dezoito) acórdãos analisados, 13 (treze) decisões foram identificadas como sendo favoráveis à posse indígena e ao direito territorial de permanência. Neste caso, são identificados dois tipos de argumentação: 1) acórdãos que determinam a anulação das sentenças, por ausência de laudo pericial capaz de aferir a existência de posse tradicional na área; 2) acórdãos que reconhecem a existência da posse indígena.

Em ambas as modalidades de recurso analisadas, a hipótese não se concretizou, tendo em vista que não foram identificadas decisões nas quais a Tese do Marco temporal é utilizada como justificativa para determinar a remoção de povos indígenas e a consequente violação do direito territorial de permanência. Assim, não

se observou o fenômeno constatado por Eloy Amado e Alfinito (2018), quando da análise dos julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

A não utilização da tese do marco temporal por parte do TRF1 para fundamentar a remoção de povos indígenas não significa dizer que a tese é menos perigosa. Primeiramente porque a pesquisa se limitou a investigar as ações possessórias, não englobando em seu universo as ações que visam questionar os procedimentos de demarcação no âmbito do TRF1. Assim, não é possível descartar a utilização da tese para este grupo de ações.

Em segundo lugar, a não utilização da tese do marco temporal pelo TRF1 em ações possessórias não significa, também, que esta ameaça jurídica não está reverberando nos demais poderes, à exemplo do Poder Executivo, por meio do Parecer da Advocacia Geral da União nº 001/2017, e no legislativo, com a Proposta de Emenda Constitucional nº 215 e o Projeto de Lei nº 490/2007.

Por fim, em que pese não se ter alcançado a hipótese proposta, revelou-se um resultado tão preocupante quanto à utilização da tese do marco temporal. Apesar do TRF1, em geral, reconhecer os direitos indígenas, não se pode ignorar que 38% das decisões analisadas não reconhecem a posse indígena, sob uma argumentação baseada em um apego à posse civilista, patrimonialista e arcaica.

Tal constatação revela-se tão preocupante quanto à utilização do marco temporal, posto que dentro de um Estado pluriétnico e multicultural, que eleva a posse indígena a um *status* constitucional, na *práxis* judiciária subsiste resquícios de uma cultura jurídica de apego a propriedade privada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas. In LIMA, Antonio Cardoso de Souza. Antropologia e Direito. Temas Antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/LACED/Associação Brasileira de Antropologia. 2012. pp. 375-390.

ARAÚJO, Ana Valéria Nascimento. Direitos Culturais dos povos indígenas – aspectos do seu reconhecimento. In: SANTILLI, Juliana (org.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas e Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 228.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de. Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. In: Câmara dos Deputados (org.). **Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2009. p. 505-534.

BENATTI, José Heder; ROCHA, Ana Luisa Santos; PACHECO, Jéssica dos Santos. Populações tradicionais e o reconhecimento de seus territórios: uma luta sem fim. In: **Encontro Da Associação Nacional De Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade**, 7., 2015, Brasília. Anais... Brasília: ANPPAS, 2015.

BOYER, Véronique. A construção do objeto quilombo. Da categoria colonial ao conceito antropológico. In: **Antropolítica**. Niterói, n.27, 2009, p.131-153.

CHAVES, Carlos Eduardo Lemos. **O DIREITO DE RETOMADA DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS E A TESE DO MARCO TEMPORAL**. 2022. 338 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2022.

CUNHA, Luiz Henrique Matias. **Terras indígenas e o STF: análise de decisões na perspectiva decolonial de Aníbal Quijano (2009-2018)**, 110f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania – PPGDH do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília - CEAM, da_ Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2019.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios na Constituição. **Novos Estud.**: CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 03, p. 429-443, 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro. **O STF e os índios**. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 nov. 2014, Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/196246-o-stf-e-os-indios.shtml>. Acesso em: 4 de set. de 22.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2019**. S/l: Cimi, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Situação Fundiária das Terras Indígenas**. 2003. Disponível em: <https://cimi.org.br/2004/06/21512/>. Acesso em: 01 ago. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 111, julho/setembro 1991.

DAN, Vivian Lara Caceres; ASSIS, Flavia Benedita Sousa de. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a Controvérsia Possessória Acerca dos Direitos Territoriais Indígenas. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 264-286, jul.-dez., 2020.

DUPRAT, Deborah. O papel do judiciário na demarcação de terras indígenas. In: **Povos Indígenas no Brasil**, 2001/2005, p. 172-175. Beto Ricardo e Fany Ricardo, orgs. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

DUPRAT, Deborah. **O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/marco-temporal-1.pdf. Acesso em 28 de dezembro de 2021.

DUPRAT, Débora. **O Direito sobre o marco da pluriethnicidade /multiculturalidade**. In DUPRAT, Débora (org). *Pareceres Jurídicos: Direito dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA. 2007. pp. 9-19.

DUPRAT, Débora. **O estado pluriétnico. Além da Tutela: bases para uma política indigenista III**, 2002. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf. Acesso em: 10 jun. 2022.

DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o judiciário. Brasília: 6a CCR-MPF**, 2006. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf. Acesso em: 19 jun. 2022.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. **POKÉ'EXA ÚTI O TERRITÓRIO INDÍGENA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PARA O ETNODESENVOLVIMENTO LOCAL**. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local, Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014

ELOY AMADO, Luiz Henrique. **Vukápanavo - O despertar do povo Terena para os seus direitos: movimento indígena e confronto político**. 1. ed. Rio de Janeiro: E-papers, 2020. v. 1. 244p .

FARJADO, Raquel Z. Yrigoyen. Pluralismo Jurídico y Jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista. In: BAILDI, Cesar Augusto (coord.). **Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35-57

FERNANDES, Pádua. A Proteção das Terras Indígenas no Direito Internacional: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. In:

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direito dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 139-173.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 03. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2004.

GALLOIS, D.T. Terra ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: Fany Ricardo. (Org.). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza**. 1 ed. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/dgallois-1.pdf> Acesso em: 15 mar. 2019.

GAMBOA, Jorge Calderón. **Pueblos Indígenas y Medio Ambiente en la jurisprudência de la Corte Interamericana de derechos humanos: un desafío verde**. Washington, D. C., 2012, p. 1-22.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo Indígena**. São Paulo: Matrioska, 2021.

HAESBAET, Rogério. Desterritorialização/Territorialização. In: CAVALCANTI, Leonardo et al (org.). **Dicionário Crítico de Migrações Internacionais**. Brasília: Unb, 2017. p. 213-216

HEEMANN, Thimotie Aragon. POR UMA RELEITURA DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS: do integracionismo ao interculturalismo. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, v. 109, n. 53, p. 1-14, jul./dez. 2017.

HOLLIDAY, P. A. C. As disputas possessórias nos conflitos interétnicos: aspectos constitucionais e processuais. **Agrária (São Paulo. Online)**, [S. l.], n. 19, p. 4-33, 2013. DOI: 10.11606/issn.1808-1150.v0i19p4-33. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/agraria/article/view/113785>. Acesso em: 25 out. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Brasileiro de 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Localização e extensão das TIs**. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Localiza%C3%A7%C3%A3o_e_extens%C3%A3o_das_TI. Acesso em: 10 set. 2021.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA; INSTITUTO PÓLIS. **Conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais: uma visão das ações possessórias de acordo com o impacto do Novo Código de Processo Civil** / Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER); Instituto Pólis – Brasília: CNJ, 2021.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves; AYRES, Rodrigo Santa Maria Coquillard. Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 53, n. 18, p. 13-40, jan-jun. 2019.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. A defesa da posse indígena e a tutela possessória coletiva no novo CPC: reflexões e estudo de caso. In: VITORELLI, Edilson. **Temas atuais do Ministério Público Federal. 4. ed. revista, ampliada e atualizada (conforme o novo CPC)**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 179-206.

KRENAK, Ailton. 2019. “Discurso De Ailton Krenak, Em 04/09/1987, Na Assembleia Constituinte, Brasília, Brasil”. **GIS - Gesto, Imagem E Som - Revista De Antropologia** 4 (1). São Paulo, Brasil:421-22. <https://doi.org/10.11606/issn.2525-3123.gis.2019.162846>.

LEWANDOWSKI, Andressa. Do contrato ao status: as terras indígenas e o supremo tribunal federal. **Ilha Revista de Antropologia**, [S.L.], v. 21, n. 1, p. 226-257, 7 out. 2019. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://dx.doi.org/10.5007/2175-8034.2019v21n1p226>.

LEVANDOWSKI, Andressa; MOLINA, Luísa; SOUZA, Marcela Coelho de. A memória da terra: o que o marco temporal não pode apagar. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Agosto de 2017. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/amemoria-da-terra-o-que-o-marco-temporal-nao-pode-apagar/>. Acesso em: 18 de agosto de 2022.

LIMA, Edilene Coffaci de; OLIVEIRA, Jorge Eremites de. Remoções forçadas de grupos indígenas no Brasil Republicano. **Mediações**, Londrina, v. 22, n. 2, p. 13-23, jul-dez. 2017.

LITTLE, Paul E. **Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia. Brasília. 2022.

LITTLE, Paul E. “Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política”. In: Bursztyn, Marcel (Org.). **A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2001. p. 107-122.

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

MOREIRA, Eliane. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma Análise a partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2017

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **A proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade**: entre garantia do direito e a efetividade de políticas públicas. Tese (Doutorado). NAEA/UFPA, 2006.

NEVES, Rafaela Teixeira Sena. **Compliance na Corte interamericana de Direitos Humanos**: um estudo a partir da propriedade comunal indígena. 2016. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016.

OSOWSKI, Raquel. O Marco Temporal Para Demarcação De Terras Indígenas, Memória E Esquecimento. **Mediações**, Londrina, v. 22, n. 2, p. 320-346, jul-dez. 2017.

OSOWSKI, Raquel de Souza Ferreira. **Não Mais e Ainda Não**: memória, esquecimento e o marco temporal para demarcação das terras indígenas. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da corte interamericana de direitos humanos. **Aracê: Direitos Humanos em Revista**, São Paulo, v. 4, n. 5, p. 242-262, fev. 2017

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946, art. 157-218**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

QUIJANO, Anibal. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad y Modernidad-racionalidad. In: BONILLO, Heraclio (comp.) Los Conquistados. Bogotá: Tercer Mundo Ediciones; FLACSO, 1992, pp. 437-449.

RIBEIRO, Inafran. Reconfiguração nos direitos territoriais de indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: 2021.

SANTOS, Samara Carvalho. **A judicialização da questão territorial indígena: uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil**. 2020. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. São Paulo: Petrópolis, 2005

SARMENTO, Daniel. **Nota técnica: a Pec 215/00 e as cláusulas pétreas**. Brasília: 6a CCR-MPF, 2013. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_docs_artigos/pec-215_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

SARTORI JUNIOR, Dailor. Colonialidade e o marco temporal da ocupação de terras indígenas: uma crítica à posição do supremo tribunal federal. **Hendu**, Belém, v. 7, p. 88-100, jul. 2016.

SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O PARADIGMA JURÍDICO DA QUESTÃO INDÍGENA: reconhecimento ou ainda integracionismo?. In: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz

(org.). **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. Brasília: Anpr, 2018. p. 143-169.

SCHETTINI, Andrea. Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, nº 17, ano 13, 2012.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. A particularização do Universal: povos e comunidades tradicionais em face das Declarações e Convenções Internacionais. In SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**.

SILVA, Jose Afonso da. **Parecer**. São Paulo. Maio de 2016. PDF.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Liana Amin da. 2017. 330 f. **Consulta Prévia e Livre Determinação dos Povos Indígenas e Tribais na América Latina: Re-existir para Co-existir**. Tese de Doutorado. Curitiba. PPGD/PUC/PR, 2017.

SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco Temporal como Retrocesso dos Direitos Originários Indígenas e Quilombolas. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al (org.). **Os Direitos Territoriais Quilombolas além do marco temporal**. Goiânia: Editora da Puc Goiás, 2016. p. 55-83.

SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. MARCO TEMPORAL COMO RETROCESSO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS. In: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. Brasília: Anpr, 2018. p. 299-325.

SILVA, Rodrigo Deodato de Souza e LOPES, Raphaela de Araújo Lima. Caso Povo Indígena Xukuru vs. Brasil: Uma trajetória processual perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2022, v. 13, n. 1 [Acessado 31 Outubro 2022] , pp. 477-496. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2022/65128>>. Epub 04 Abr 2022. ISSN 2179-8966. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2022/65128>

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; BERGOLD, Raul Cezar (Orgs.). **Os direitos dos Povos Indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p.13-34.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas Para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano. *Revista Direito e Práxis*, [S.L.], v. 12, n. 1, p. 16-47, jan. 2021. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2019/43751>.

STARCK, Gilberto; BRAGATO, Fernanda Frizzo. O impacto da tese do marco temporal nos processos judiciais que discutem direitos possessórios indígenas. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 1, p. 245-282, set. 2020.

TERENA, Luiz Eloy. **Após séculos de violências, remoções forçadas e extermínio, STF tem a oportunidade de salvaguardar os povos indígenas**. 2021. Disponível em: <https://apiboficial.org/2021/06/29/apos-seculos-de-violencias-remocoes-forçadas-e-extermínio-stf-tem-a-oportunidade-de-salvaguardar-os-povos-indigenas/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014.

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

TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; MONTEIRO, Aianny Naiara Gomes. Agravamento da violência no campo: reflexões sobre a política de regularização fundiária. In: **Conflito no Campo: Brasil 2020**. Centro de Documentação Dom Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2021, pp. 112-123.

VERDUM, Ricardo. Terras, territórios e a livre determinação territorial indígena. In SAUER, Sergio e ALMEIDA, Wellington (Org.) **Terras e Territórios na Amazônia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2011. pp. 205-219.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2020.

VILLARES, Luiz Fernando; YAMADA, Erica Magami. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: Todo Dia era Dia de Índio. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 11, p. 143-159, jan./jun. 2010

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do índio**. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS E JURISPRIDÊNCIA - BRASIL

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 de agosto de 2022.

BRASIL. Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004, promulga a Convenção n. 169 da OIT, ratificada pelo Brasil em 2002, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, entrando em vigor em 25 de julho de 2003, sendo promulgada pelo Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>.

Acesso em 19 de agosto de 2022.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição. PEC 215/2000. Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>> . Acesso em 19 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ACO 323-7, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, julg. 14.10.1993.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. Petição 3.388 Roraima. Caso TI Raposa Serra do Sol. Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 03/04/2009. Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 16/04/2009 PUBLIC 17/04/2009). Petição 3.388-4 Roraima. Referência à consulta prévia e Conv. 169 da OIT. Voto-Vista Min. Marco Aurelio. p.62, 63, 66.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no RE nº 44.585. Relator: RIBEIRO DA COSTA. **Diário de Justiça**. Brasília, 1961.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.29.542/MA. 2ª Turma. Relator: Min. Cármen Lúcia. Publicado no DJ de 09 de out. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração na petição n.3388/RR. Relator: Min. Roberto Barroso. Publicado no DJ de 23 de out. de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Mandado de Segurança n.29.087/DF. 2ª Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 14 de out. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ag Reg no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462-MS. 2ª Turma. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicado no DJ de 18 de dez. de 2014

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Acórdão nº Agravo de Instrumento nº 0034927-66.1996.4.01.0000. Relator: Relator Desembargador Tourinho Neto. Recorrente. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1996

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3239-DF**. Brasília. 2004. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396721&ext=.pdf>. Acesso em 20 de julho de 2022.

SISTEMAS INTERNACIONAIS – LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTE IDH]. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTE IDH]. **Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTE IDH]. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em 30 de dezembro de 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Povo Indígena Xucuru vs. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Aprovada na 107a. Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU, 13 de setembro de 2007. Disponível em:<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022

ANEXO – TABELA COM A SÍNTESE DOS RESULTADOS OBTIDOS A PARTIR DOS PROCESSOS ANALISADOS

| Nº do Processo | Partes | Ação | Recurso | Data do Julgamento | Estado | Decisão favorável à posse indígena | Identificação dos povos indígenas | Situação fundiária |
|---------------------------|---|-----------------------|----------------|---------------------------|---------------|---|--|---------------------------|
| 0004614-83.2000.4.01.0000 | Centauro Imobiliária Ltda Vs. União Funai; Antônio Jose | Reintegração de Posse | Apelação | 18/09/2009 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Sem informação | Sem informações |
| 0134561-93.2000.4.01.0000 | AJC Agropecuária Ltda Vs. União e Funai | Reintegração de Posse | Apelação | 13/11/2009 | MT | Decisão Favorável à posse particular | Povo Indígena Metuktire e Kayapó | TI Reservada |
| 0003636-77.1998.4.01.0000 | Mejer Kabaczniak - Espolio vs. MPF; União; FUNAI | Reintegração de Posse | Apelação | 18/01/2010 | PA | Decisão Favorável à posse indígena | Comunidade indígena Tembé, Timbira, Urubus e Guajá | Sem informações |
| 0003416-62.2006.4.01.3310 | União Funai, Comunidade Indígena Pataxó De Coroa | Reintegração de Posse | Apelação | 05/07/2010 | BA | Decisão Favorável à | Comunidade e Indígena Pataxó | Sem informações |

| | | | | | | | | |
|---------------------------|---|-----------------------|-----------------------|------------|----|--------------------------------------|--|-----------------|
| | Vermelha E Da Jaqueira Vs. Andrea Caroline Pregger | | | | | posse indígena | | |
| 0042811-97.2006.4.01.0000 | MPF Vs. Góes Cohabita | Interdito Proibitório | Agravo de Instrumento | 30/08/2011 | BA | Decisão Favorável à posse particular | Sem informação | Sem informações |
| 0040534-50.2002.4.01.0000 | MPF Vs. Paulo Chaves Rodrigues | Interdito Proibitório | Agravo de Instrumento | 13/09/2011 | BA | Decisão Favorável à posse particular | Comunidade Indígena Pataxó | TI homologada |
| 0002394-66.2006.4.01.3310 | União; Funai; vs. Portobello Empreendimentos | Reintegração de Posse | Apelação | 24/10/2011 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Comunidade Indígena Pataxó Coroa Vermelha e Jaqueira | Sem informações |
| 0003543-97.2006.4.01.3310 | Ana Maria Casal De Rey, e Outros Vs. Funai; União; Comunidade Indígenas Pataxó Aldeia | Interdito Proibitório | Apelação | 27/06/2012 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Comunidade Indígena Pataxó | Sem informações |

| | | | | | | | | |
|---------------------------|---|-----------------------|-----------------------|------------|----|--------------------------------------|---|-------------------------|
| | Nova E Aldeia Do Pequi | | | | | | | |
| 0001592-71.2001.4.01.3301 | União; Funai; MPF vs. Augusto Cesar de Magalhaes Ribeiro Coelho | Reintegração de Posse | Apelação | 09/07/2013 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Pataxós e Tupinambás | Sem informações |
| 0060621-41.2013.4.01.0000 | MPF, FUNAI VS. Marcelo Cerize e Pedro Luiz Cerize | Reintegração de Posse | Agravo de Instrumento | 22/01/2014 | MG | Decisão Favorável à posse particular | Comunidade e Xacriabá | TI em ampliação/revisão |
| 0000932-04.2006.4.01.3301 | União, MPF VS. Roberto de Castro e Azambuja. | Interdito Proibitório | Apelação | 19/02/2014 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Comunidade e Indígena Tupinambá de Olivença | Sem informações |
| 0005254-40.2006.4.01.3310 | Paulo Chaves Rodrigues; e Outros Vs. União, FUNAI, MPF | Reintegração de Posse | Apelação | 20/10/2014 | BA | Decisão Favorável à posse particular | Comunidade e Indígena Pataxó | Em ampliação |
| 0002715-04.2006.4.01.3310 | FUNAI vs. ICMBIO e IBAMA. | Reintegração de Posse | Apelação | 24/03/2015 | BA | Decisão contrária à posse indígena | Sem informação | Sem Informação |

| | | | | | | | | |
|---------------------------|--|-----------------------|-----------------------|------------|----|--------------------------------------|-------------------------------|-----------------|
| 0000657-55.2006.4.01.3301 | União, Funai, MPF Vs. Joao Felipe De Saboia Orrico e Outros | Interdito Proibitório | Apelação | 05/08/2015 | BA | Decisão Favorável à posse particular | Comunidade Indígena Tupinambá | TI identificada |
| 0038935-56.2014.4.01.0000 | Funai Vs Pedro Alcantara Costa | Reintegração de Posse | Agravo de Instrumento | 27/06/2016 | BA | Decisão Favorável à posse particular | Comunidade Indígena Pataxó | TI em revisão |
| 0000473-57.2015.4.01.3310 | Funai; Comunidade Indígena Pataxó da Aldeia Aratikurum; União Vs. Eva Nunes Bailey | Reintegração de Posse | Apelação | 13/09/2017 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Comunidade Indígena Pataxó | Sem Informação |
| 0007226-95.2017.4.01.0000 | MPF Vs. José Panetto; - FUNAI | Reintegração de Posse | Agravo de Instrumento | 18/04/2018 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Comunidade Indígena Tupinambá | Sem Informação |
| 0000760-62.2006.4.0.3301 | União; Funai; Comunidade Tupinambá da Serra do Padeiro; MPF Vs. Edijaldo | Reintegração de Posse | Apelação | 25/04/2018 | BA | Decisão Favorável à posse indígena | Comunidade Tupinambá | Sem Informação |

| | | | | | | | | |
|-----------------------------------|--|---------------------------|------------------------------|------------|----|---|--|----------------|
| | Lessa De Andrade; e Outros | | | | | | | |
| 0001730- 85.2013.4.01.33 11 | Esmeraldo Correia Leite; e Outros Vs. MPF; União; Funai | Reintegraçã o de Posse | Apelação | 25/04/2018 | BA | Decisão Favoráv el à posse indígena | Comunidad e Indígena tupinambá da Serra do Padeiro | Sem Informação |
| 0000707- 51.2006.4.01.33 11 | Marcus Vinicius Gaspar Guimarães Vs. União; Funai; MPF; Comunidade Indígena Pataxó | Reintegraçã o de Posse | Apelação | 22/08/2018 | BA | Decisão Favoráv el à posse indígena | Comunidad e Indígena Pataxó | Sem Informação |
| 0018153- 33.2011.4.01.00 00 | Funai Vs. Manoel Macedo Vieira | Reintegraçã o de Posse | Agravo de Instrument o | 19/09/2018 | BA | Decisão Favoráv el à posse indígena | Sem informação | Sem Informação |
| 0003416- 62.2006.4.01.33 10 | União, Funai, Comunidade Indígena Pataxó Vs. Andrea Caroline Pregger | Reintegraçã o de Posse | Apelação | 22/10/2018 | BA | Decisão Favoráv el à posse particula r | Comunidad e Indígena Pataxó | Sem Informação |
| 0074865- 43.2011.4.01.00 00 | NS Empreendiment o Imobiliário vs. Comunidade | Interdito Proibitório | Agravo de Instrument o | 06/11/2019 | DF | Decisão Favoráv el à posse | Comunidad e Indígena Fulni- ô/Tapuya | Sem Informação |

| | | | | | | | | |
|--|-----------------------------|--|--|--|--|-----------------|--|--|
| | Indígena Fulni- ô/Tapuya | | | | | particula r) | | |
|--|-----------------------------|--|--|--|--|-----------------|--|--|

**APÊNDICE A – RELAÇÃO DE DECISÕES ANALISADAS DO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO PROFERIDAS DURANTE O PERÍODO
2009-2020**

Processos julgados no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, durante o período 2009-2020, analisados no presente trabalho:

1. **Apelação Cível nº 0004614-83.2000.4.01.0000.** Relator Convocado Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira. Apelante: Centauro Imobiliária Ltda e Apelados: União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai; Antônio Jose. Sexta Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 18/09/2009;
2. **Apelação Cível nº 0134561-93.2000.4.01.0000.** Relator Convocado Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira. Apelante: AJC Agropecuária Ltda e Apelados União Federal; Fundação Nacional do Índio – Funai. Sexta Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 13/11/2009;
3. **Apelação Cível nº 0003636-77.1998.4.01.0000.** Relator Convocado Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira. Apelante: Espolio de Mejer Kabacznik e Apelados Ministério Público Federal; União Federal, vs. Fundação Nacional Do Índio – Funai. Sexta Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 18/01/2010;
4. **Apelação Cível nº 0003416-62.2006.4.01.3310.** Relator Convocado Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira. Apelante: União Federal, Fundação Nacional do Índio – Funai, Comunidade Indígena Pataxó De Coroa Vermelha e da Jaqueira e Apelado Andrea Caroline Pregger. Sexta Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 05/07/2010;
5. **Agravo de Instrumento nº 0042811-97.2006.4.01.0000.** Relator Convocado Juiz Federal Grigorio Carlos dos Santos. Agravante: Ministério Público Federal e Agravado: Cohabita Administração Consultoria e Planejamento Ltda. Quinta Turma Suplementar do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 30/08/2011;
6. **Agravo de Instrumento nº 0040534-50.2002.4.01.0000.** Relator Convocado Juiz Federal Grigorio Carlos dos Santos. Agravante: Ministério Público Federal e Agravado: Paulo Chaves Rodrigues. Quinta Turma Suplementar do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 13/09/2011;
7. **Apelação Cível nº 0002394-66.2006.4.01.3310.** Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Apelante: União Federal; Fundação Nacional do Índio – Funai e Apelado: Portobello Empreendimentos E Construções Ltda. Sexta Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 24.10.2011;
8. **Apelação Cível nº 0003543-97.2006.4.01.3310.** Relator Desembargador Federal Souza Prudente. Apelante: Ana Maria Casal De Rey; Rodrigo Casal

- De Rey De Carvalho; Raphael Casal De Rey Carvalho e Apelado: Ana Maria Casal De Rey; Rodrigo Casal De Rey De Carvalho; Raphael Casal De Rey Carvalho Vs. Fundação Nacional Do Índio-Funai; União Federal; Comunidade Indígenas Pataxó Aldeia Nova e Aldeia Do Pequi. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 27/06/2012;
9. **Apelação Cível nº 0001592-71.2001.4.01.3301.** Relator Convocado Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira. Apelante: União Federal; Fundação Nacional do Índio - Funai; Ministério Público Federal e Apelado: Augusto Cesar de Magalhaes Ribeiro Coelho. Quarta Turma Suplementar do TRF/1ª Região. Data do Julgamento: 09/07/2013;
10. **Agravo de Instrumento nº 0060621-41.2013.4.01.0000.** Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. Agravante: Ministério Público Federal, Fundação Nacional do Índio – FUNAI e Agravado: Marcelo Cerize e Pedro Luiz Cerize. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 22/01/2014;
11. **Apelação Cível nº 0000932-04.2006.4.01.3301.** Relator Juiz Federal Márcio Barbosa Maia. Apelante: União Federal, Ministério Público Federal e Apelado: Roberto de Castro e Azambuja. Quinta Turma do TRF/1ª Região. Data do Julgamento: 19/02/2014;
12. **Apelação Cível nº 005254-40.2006.4.01.3310.** Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Apelante: Paulo Chaves Rodrigues; Maria Odilia Nascimento Sobral e Apelado: União Federal; Ministério Público Federal; Fundação Nacional Do Índio – Funai. Sexta Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 20/10/2014;
13. **Apelação Cível nº 0002715-04.2006.4.01.3310.** Desembargador Relator Ney Bello. Apelante: Fundação Nacional do Índio e Apelado: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO e União Federal. Terceira Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 24/04/2015;
14. **Apelação Cível nº 0000657-55.2006.4.01.3301.** Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. Apelantes: União Federal, Fundação Nacional do Índio - Funai, Ministério Público Federal e Apelados: Joao Felipe De Saboia Orrico, Maria Raimunda Góes Oliveira. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região. Data do Julgamento: 05/08/2015;
15. **Agravo de Instrumento nº 0038935-56.2014.4.01.0000.** Desembargador Relator Kassio Nunes Marques. Agravante: Fundação Nacional Do Índio – Funai e Agravado: Pedro Alcantara Costa. 6ª Turma do TRF da 1ª Região. Data do Julgamento: 27/06/2016;
16. **Apelação Cível nº 0000473-57.2015.4.01.3310.** Desembargador Relator Souza Prudente. Apelante: Fundação Nacional do Índio - Funai; Comunidade Indígena Pataxó Da Aldeia Aratikurum; União Federal e Apelado: Eva Nunes Bailey. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região. Data do Julgamento: 13/09/2017;
17. **Agravo de Instrumento nº 0007226-95.2017.4.01.0000.** Desembargador Relator Souza Prudente. Agravante: Ministério Público Federal e Agravado:

- José Panetto. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região. Data do Julgamento: 18/04/2018;
- 18. Apelação Cível nº 0000211-81.2008.4.01.3301.** Desembargador Relator Souza Prudente. Recorrente: União Federal; Fundação Nacional do Índio - Funai e Recorrido: Paulo Cesar Campos Pinheiro. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal. Data do Julgamento: 18/04/2018
- 19. Agravo de Instrumento nº 0037159-21.2014.4.01.0000.** Desembargador Relator Souza Prudente. Recorrente: Ministério Público Federal. Agravante: Ministério Público Federal e Agravado: Jorge Ferrari, Carlos Jordao Deprea E Outros. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal. Data do Julgamento: 18/04/2018
- 20. Apelação Cível nº 0000881-60.2006.4.01.3311.** Desembargador Relator Souza Prudente. Recorrente: Edvaldo Pinto Correia e Recorrido: União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai; Comunidade Indígena Pataxó Representada Pela Fundação Nacional do Índio-Funai. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal. Data do Julgamento: 18/04/2018;
- 21. Apelação Cível nº 0000760-62.2006.4.01.3301.** Desembargador Relator Souza Prudente. Recorrente: União Federal; Fundação Nacional do Índio - Funai; Comunidade Tupinambá da Serra Do Padeiro; Ministério Público Federal e Recorridos: Edijaldo Lessa De Andrade; Valdemir De Azevedo Santos; Luiz Americo Magalhaes De Cerqueira; Astor Vieira Souza; Bento Rocha Da Silva. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal. Data do Julgamento: 25/04/2018;
- 22. Apelação Cível nº 0001730-85.2013.4.01.3311.** Desembargador Relator Souza Prudente. Recorrente: Esmeraldo Correia Leite; Maria Cristina Gomes Leite e Recorrido: Ministério Público Federal; União Federal; Fundação Nacional do Índio – Funai. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal. Data do Julgamento: 25/04/2018;
- 23. Apelação Cível nº 0000707-51.2006.4.01.3311.** Desembargador Relator Souza Prudente. Recorrente: Marcus Vinicius Gaspar Guimarães e Recorridos: União Federal; Fundação Nacional Do Índio - Funai; Ministério Público Federal; Comunidade Indígena Pataxó. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal. Data do Julgamento: 22/08/2018;
- 24. Agravo de Instrumento nº 0018153-33.2011.4.01.0000.** Desembargador Relator Souza Prudente. Recorrente: Fundação Nacional Do Índio - Funai e Recorrido: Manoel Macedo Vieira. Quinta Turma do Tribunal Regional Federal. Data do Julgamento: 19/09/2018;
- 25. Apelação Cível nº 0003416-62.2006.4.01.3310.** Desembargador Relator João Batista Moreira. Recorrente: União Federal, Fundação Nacional Do Índio – Funai, Comunidade Indígena Pataxó De Coroa Vermelha e da Jaqueira e Recorrido: Andrea Caroline Pregger. Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 22/10/2018;
- 26. Agravo de Instrumento nº 0074865-43.2011.4.01.0000.** Desembargadora Relatora Daniele Maranhão Costa. Recorrente: NS Empreendimento

Imobiliário Noroeste I SPE LTDA e Recorrido: Comunidade Indígena Fulni-ô/Tapuya. Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Data do Julgamento: 22/10/2018

APÊNDICE B – RELAÇÃO DE DECISÕES ANALISADAS DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO PROFERIDAS DURANTE O PERÍODO 1988-2008.

Processos julgados no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, durante o período 1988-2008, analisados no presente trabalho:

1. **Agravo de Instrumento nº 0034927-66.1996.4.01.0000.** Relator Desembargador Tourinho Neto. Recorrente: Comunidade Indígena Pataxó Ha Ha Hae e Recorrido: Apolinario Costa Dias. Terceira Turma do TF1. Data do Julgamento: 10/12/1996;
2. **Apelação Cível nº 0010731-95.1997.4.01.0000.** Relator Desembargador Tourinho Neto. Recorrente: União Federal e Recorrido Apolinario Costa Dias. Terceira Turma do TF1. Data do Julgamento: 24/06/1997
3. **Agravo de Instrumento nº 0043341-77.2001.4.01.0000.** Recorrente: Fundação Nacional do Índio – Funai; União Federal e Recorrido: Jayme Oliveira do Amor. Quinta Turma do TF1. Data do Julgamento: 08/01/2002;
4. **Apelação Cível nº 0027869-07.1999.4.01.0000.** Relator Desembargador João Batista Moreira. Recorrente: Apolinario Alves da Silva e Recorrido: Fundação Nacional Do Índio - Funai; Comunidade Indígena Pataxó Ha Ha Hae; União Federal. Quinta Turma do TF1. Data do Julgamento: 03/04/2002;
5. **Remessa Necessária Cível nº 0096728-75.1999.4.01.0000.** Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Recorrente: Fundação Nacional do Índio – Funai e Recorrido: Sebastiana Barreto De Souza. Sexta Turma do TF1. Data do Julgamento: 08/05/2003;
6. **Agravo de Instrumento nº 0033504-71.1996.4.01.0000.** Relator Desembargador Souza Prudente. Recorrente: Adelino Augusto Francisco e Recorridos: Fundação Nacional do Índio – Funai; União Federal; Plantel - Planejamento Técnico Ltda. Quarta Turma do TF1. Data do Julgamento: 23/09/2003;
7. **Agravo de Instrumento nº 0025271-75.2002.4.01.0000.** Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Recorrente: Comunidade Indígena Pataxó Ha Ha Hae e Recorrido: Gildasio Eduvirgens Ferreira. Sexta Turma do TF1. Data do Julgamento: 02/08/2004
8. **Agravo de Instrumento nº 0001086-36.2003.4.01.0000.** Relatora Desembargadora Selene Maria de Almeida. Recorrente: Fundação Nacional do Índio - Funai; União Federal e Recorrido: Djalma Galão e Outro. Quinta Turma do TF1. Data do Julgamento: 22/10/2004;
9. **Agravo de Instrumento nº 0013118-73.2003.4.01.0000.** Relatora Desembargadora Selene Maria de Almeida. Recorrente: Ministério Público Federal e Recorrido: Maurino Tolentino De Oliveira. Quinta Turma do TF1. Data do Julgamento: 22/10/2004;

10. **Embargos Infringente nº 0022003-76.2003.4.01.0000.** Recorrente: Comunidade Indígena Dos Gavião Da Montanha; Ministério Público Federal e Recorrido: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte. Data do Julgamento: 15/03/2005
11. **Agravo de Instrumento nº 0033378-40.2004.4.01.0000.** Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Recorrente: Ministério Público Federal e Recorrido: Christian Guimaraes Ribeiro. Sexta Turma do TF1. Data do Julgamento: 29/07/2005
12. **Agravo de Instrumento nº 0020187-25.2004.4.01.0000.** Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Recorrente: Ministério Público Federal e Recorrido: Geraldo Pinto Correia. Sexta Turma do TF1. Data do Julgamento: 17/10/2005.
13. **Agravo de Instrumento nº 0035851-67.2002.4.01.0000.** Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Recorrente: Ministério Público Federal e Recorrido: Dirvan Silveira Fernandes. Sexta Turma do TF1. Data do Julgamento: 03/02/2006
14. **Agravo de Instrumento nº 0001680-55.2000.4.01.0000.** Recorrente: Ministério Público Federal e Recorrido Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Data do Julgamento: 20/02/2006
15. **Agravo de Instrumento nº 0034648-02.2004.4.01.0000.** Relator Desembargador Daniel Paes Ribeiro. Recorrente: Ministério Público Federal e Recorrido: Reginaldo Vidal da Silva. Sexta Turma do TF1. Data do Julgamento: 15/05/2006
16. **Agravo de Instrumento nº 0009349-57.2003.4.01.0000.** Relator Desembargador Fagundes de Deus. Recorrente: Fundação Nacional do Índio - Funai; União Federal e Recorrido: Gilberto Brito Alves. Quinta Turma do TF1. Data do Julgamento: 21/08/2006
17. **Apelação Cível nº 0000146-91.1997.4.01.4200.** Relator Desembargador Fagundes de Deus. Recorrente: Paulo Da Cunha Freire; Marleide Saboia Freire; Deodato Pereira da Silva; Anselmo Santos Matos; Carmélia José Da Silva e Recorridos: União Federal; Fundação Nacional Do Índio – Funai. Quinta Turma do TF1. Data do Julgamento: 02/10/2006;
18. **Agravo de Instrumento nº 0009009-11.2006.4.01.0000.** Recorrente: União Federal; Fundação Nacional do Índio – Funai e Recorrido: Osorino Da Silva Santos Filho. Sexta Turma do TRF1. Data do Julgamento: 13/11/2006;
19. **Agravo de Instrumento nº 0009666-16.2007.4.01.0000.** Recorrente: Ministério Público e Recorridos: Edjaldo Lessa De Andrade; Valdemir de Azevedo Santos; Americo Magalhaes De Cerqueira; Luiz Américo Magalhães De Cerqueira Filho; Astor Vieira Souza; Bento Rocha Da Silva. Sexta Turma do TRF1. Data do Julgamento: 30/07/2007