

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

Ana Clara Sampaio Guedes do Amaral

**O CASO RAPOSA SERRA DO SOL COMO PRECEDENTE JUDICIAL PARA
REGULAR O MARCO TEMPORAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:**

Uma análise à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin

Porto Alegre

2023

Ana Clara Sampaio Guedes do Amaral

**O CASO RAPOSA SERRA DO SOL COMO PRECEDENTE JUDICIAL PARA
REGULAR O MARCO TEMPORAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:**

Uma análise à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Doutor Paulo Baptista Caruso MacDonald

Porto Alegre

2023

Ana Clara Sampaio Guedes do Amaral

**O CASO RAPOSA SERRA DO SOL COMO PRECEDENTE JUDICIAL PARA
REGULAR O MARCO TEMPORAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS:**

Uma análise à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin

Trabalho de Conclusão de Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovado em: ____ de _____ de ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Baptista Caruso MacDonald (Orientador)

Prof. Dr. Domingos Sávio Dresch da Silveira

Me. Gerson Tadeu Astolfi Vivan Filho

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Ana Paula e Carlos, que, com humildade e muito esforço, contribuíram decisivamente para tornar meus sonhos realidade. A vocês, todo o meu amor e a minha gratidão.

A minha avó, Vera, por sempre me incentivar e acreditar na minha educação. Muito obrigada por todo carinho que dedicaste a mim.

A minha família que, mesmo de longe, sempre esteve presente para celebrar as minhas conquistas acadêmicas. Tenho muita sorte em ter vocês na minha vida.

Ao meu orientador, Professor Paulo MacDonald, que aceitou embarcar comigo nessa jornada acadêmica e não mediu esforços para tornar esse trabalho o melhor possível. Foi uma grande honra tê-lo como orientador.

A todos os meus amigos, com quem divido as melhores lembranças, especialmente àqueles que foram os mais sinceros críticos desse trabalho: Giulia, Ana Carolina, Gabriela, Luísa e Vinicius.

Agradeço aos colegas que me acompanharam ao longo da graduação e aos professores que tive a honra de conhecer. Estar cercado por pessoas de tamanha qualidade moral e intelectual faz com que o empenho e as ambições sejam sempre reforçados e incentivados.

Por fim, a todos aqueles que lutam por um mundo melhor, mais justo e fraterno.

De uma coisa sabemos: a terra não pertence ao homem, é o homem que pertence à terra.

Disto temos certeza. Todas as coisas estão interligadas, como o sangue que une uma família. Tudo está relacionado entre si.

Tudo que agride a terra, agride os filhos da terra.

(Carta do Cacique Seattle ao presidente dos Estados Unidos)

RESUMO

O presente trabalho pretende contribuir para o debate acadêmico e político em torno dos direitos territoriais dos povos indígenas. Trata-se de uma pesquisa teórica, ancorada na perspectiva da Teoria Geral do Direito, com enfoque no cumprimento do dever constitucional do Estado brasileiro de garantir a tutela dos direitos às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, a partir da análise de precedentes da Suprema Corte voltados à interpretação dos dispositivos constitucionais em matéria indígena. O objetivo é responder a seguinte pergunta: o caso Raposa Serra do Sol como precedente judicial para regular o marco temporal de demarcação de terras indígenas é compatível com a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin? Para tal, buscou-se na teoria do direito como integridade, desenvolvida na obra *Império do Direito* (1986) de Ronald Dworkin, os critérios que legitimam a tomada de decisões em instituições democráticas. Com efeito, a investigação realizada, a partir de uma estratégia de pesquisa bibliográfica, sugere o poder coercitivo das instituições políticas somente é autorizado quando os cidadãos conseguem visualizar um sistema coerente com as decisões proferidas anteriormente. No entanto, a análise do acórdão do caso Raposa Serra do Sol revela que as conclusões firmadas pela Suprema Corte, notadamente a interpretação relativa ao marco temporal, contrariam a tradição jurídica do Supremo Tribunal Federal e os princípios norteadores da interpretação dos dispositivos da Constituição Federal em matéria indígena. Por fim, foi possível chegar à conclusão de que, à luz do direito como integridade, a superação do caso Raposa Serra do Sol como precedente judicial para regular o marco temporal de demarcação de terras indígenas é obrigatória, de modo que não pode ser utilizado como parâmetro para novas decisões acerca do tema.

Palavras-chave: Ronald Dworkin; Direito como Integridade; Princípios de Justiça; Leitura Moral; Constituição Federal; Suprema Corte; Indígenas; Direito à Terra; Caso Raposa Serra do Sol; Marco Temporal.

ABSTRACT

The present research intends to contribute to the academic and political debate around the territorial rights of indigenous peoples. This research is anchored in the perspective of the Legal Theory and focus on fulfilling the constitutional duty of the Brazilian State to guarantee the protection of the rights to lands traditionally occupied by indigenous peoples, based on the analysis of Supreme Court precedents focused on the interpretation of constitutional provisions on indigenous matters. The objective is to answer the following question: is the Raposa Serra do Sol case as a judicial precedent to regulate the time frame for the demarcation of indigenous lands compatible with Ronald Dworkin's theory of law as integrity? To this end, we sought in the theory of law as integrity, developed in Ronald Dworkin's book, *Law's Empire* (1986), the criteria that legitimize decision-making in democratic institutions. Indeed, the investigation carried out, based on a bibliographical research strategy, suggests that the coercive power of political institutions is only authorized when citizens can visualize a system that is consistent with the decisions made previously. However, the analysis of the judgment of the Raposa Serra do Sol case reveals that the conclusions signed by the Supreme Court, notably the interpretation regarding the time frame, contradict the legal tradition of the Federal Supreme Court and the guiding principles of the interpretation of the provisions of the Federal Constitution in indigenous matter. Finally, it was possible to reach the conclusion that, in the light of law as integrity, the overcoming of the Raposa Serra do Sol case as a judicial precedent to regulate the time frame for the demarcation of indigenous lands is mandatory, so that it cannot be used as a parameter for new decisions on the subject.

Keywords: *Ronald Dworkin; Law as integrity; Principles of Justice; Moral Reading; Federal Constitution; Supreme Court; Indigenous; Land Law; Case Raposa Serra do Sol; Time Frame.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACO	Ação Cível Originária
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
ED	Embargos de Declaração
FUNAI	Fundação Nacional dos Povos Indígenas
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
MS	Mandado de Segurança
ONU	Organização das Nações Unidas
Pet	Petição
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
SPI	Serviço de Proteção aos Índios
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	12
2.1. Leitura Moral da Constituição	18
3. A NATUREZA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS POVOS INDÍGENAS.....	20
3.1. O Direito Indígena à Terra no Ordenamento Constitucional.....	20
3.2. O Direito Indígena à Terra na Constituição de 1988.....	25
3.2.1. O Processo de Demarcação de Terras Indígenas.....	33
4. JULGAMENTO DO CASO TI RAPOSA SERRA DO SOL – PETIÇÃO N. 3.388/RR.....	36
4.1. A Tese do Marco Temporal	50
4.2. Embargos Declaratórios na Pet n.º 3.388/RR.....	56
5. REPERCUSSÃO GERAL NO RE N.º 1.017.365/SC DO STF.....	59
6. ANÁLISE DOS VOTOS À LUZ DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE DWORKIN.....	71
7. CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS	78

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o tratamento assimilacionista reservado aos povos indígenas e estabeleceu normas baseadas na multiculturalidade e na autonomia dos índios. Com efeito, a partir da nova ordem constitucional, o que se verifica é uma ampliação do dever do Estado em relação à defesa e à proteção das comunidades indígenas e tradicionais.

Contudo, passados quase 35 anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda são graves os conflitos pela posse da terra, sendo especialmente violentas as disputas fundiárias contra populações indígenas. Segundo o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em 2022 foram registrados 158 casos de conflitos relativos a direitos territoriais indígenas no Brasil¹.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, cada vez mais, é necessária a atuação do Estado brasileiro, notadamente no âmbito das instituições que compõem o Poder Judiciário, a fim de garantir a sobrevivência de milhares de indígenas ameaçados pela violência no campo.

No Supremo Tribunal Federal, o julgamento do caso Raposa Serra do Sol se tornou um *leading case* em matéria de demarcação de terras indígenas ao fixar a data da promulgação da Constituição Federal como marco temporal para a efetivação do exercício do direito à terra aos povos indígenas. A controvérsia do referido precedente motivou o reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, a fim de definir a interpretação dos dispositivos constitucionais em relação à posse das áreas de tradicional ocupação indígena.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo examinar qual a melhor forma de atuação das instituições estatais, a partir de fundamentos da Teoria Geral do Direito, em seu dever de assegurar a tutela dos direitos territoriais aos povos indígenas. Para tanto, foi realizada uma análise dos principais conceitos introduzidos por Ronald Dworkin na obra *Império do Direito (1986)*, em especial a teoria do direito como integridade, de modo a examinar se o conteúdo do precedente Raposa Serra do Sol é compatível com um sistema coerente da tradição jurídica em matéria indigenista. As técnicas de pesquisa foram jurisprudencial, legislativa e bibliográfica,

¹ CIMI, Relatório **Violência contra os Povos Indígenas no Brasil**, Dados de 2022. Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>>. Acesso em: 17 de ago. 2022

com análise de dados de forma qualitativa. Para tal, presente monografia foi dividida em quatro partes.

Na primeira parte, o trabalho analisará os conceitos introduzidos na obra *Império do Direito* (1986) de Ronald Dworkin. O capítulo buscará elucidar como a teoria do direito como integridade é a justificativa para a legitimidade do poder coercitivo do Estado e dos atos do Poder Judiciário que instituem obrigações aos cidadãos. Ainda, no âmbito de casos difíceis examinados pela Suprema Corte, será demonstrada a melhor forma de interpretação dos dispositivos constitucionais a partir do modelo de leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin.

Na segunda parte, o trabalho pretende estabelecer uma contextualização histórica do ordenamento constitucional e da tradição jurídica do Supremo Tribunal Federal na questão dos direitos territoriais indígenas no Brasil. A partir desse panorama, será possível identificar os princípios norteadores da ordem jurídica em relação aos direitos territoriais indígenas.

Na terceira parte, serão examinadas as conclusões da Suprema Corte no caso Raposa Serra do Sol, notadamente a fixação da tese do marco temporal para demarcação de terras indígenas. Além disto, serão apresentados os votos dos Ministros da Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC, no qual foi reconhecida a repercussão geral para fixar os parâmetros de interpretação dos dispositivos constitucionais na questão dos direitos indígenas à terra. Ressalta-se que até a finalização do presente trabalho ainda não havia uma definição no julgamento do RE n.º 1.017.365/SC, uma vez que somente o Ministro Relator Edson Fachin, o Ministro Nunes Marques e o Ministro Alexandre de Moraes haviam proferido seus votos. Assim, a pesquisa será limitada a análise dos referidos votos.

Na quarta parte, será realizada uma análise da compatibilidade do precedente do caso Raposa Serra do Sol com a teoria do direito como integridade, a fim de estabelecer a melhor interpretação da ordem constitucional em matéria indigenista a ser adotada na decisão do Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC, na sistemática de repercussão geral. O objetivo será demonstrar a existência de uma unidade coerente na ordem jurídica, voltada à proteção dos direitos originários à terra dos povos indígenas. Com isso, verificar-se-á a incompatibilidade da tese do “marco

temporal” com um sistema coerente de princípios morais adotados no texto constitucional em matéria de direitos indígenas.

Por fim, será visto que o caso Raposa Serra do Sol como precedente judicial para regular o marco temporal de demarcação de terras indígenas retrata um grande retrocesso na tradição jurídica brasileira em relação à proteção e defesa das comunidades indígenas. Portanto, sob a ótica do direito como integridade, a superação do precedente do caso Raposa Serra do Sol é obrigatória, de modo que não pode ser utilizado como parâmetro para novas decisões acerca do tema.

2. DIREITO COMO INTEGRIDADE

O problema que muitos teóricos do Direito enfrentam é qual a justificativa da legitimidade do poder coercitivo do Estado e por que os cidadãos devem tomar como justas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário que instituem obrigações aos membros da sociedade.

Ronald Dworkin procura responder essa questão na obra *Império do Direito* (1986), grande referência para o pensamento jurídico contemporâneo, no qual sistematiza uma teoria normativa, no sentido que busca fornecer critérios para tomada de decisões em instituições democráticas. Nesse viés, o autor, em primeiro lugar, define o conceito de comunidades políticas como um conjunto de obrigações associativas.

Nessa perspectiva, Dworkin elabora e compara três modelos de comunidade política: i.) de práticas políticas; ii.) de regras; e iii.) de princípios. O primeiro modelo considera que as associações são apenas um mero acidente “de fato”, em que cada membro se encontra em uma posição em que precisa do outro, e cada um vai manter o acordo enquanto achar que este lhe é benéfico. O segundo modelo pressupõe que os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso de obedecer às regras vigentes. Por fim, o terceiro modelo entende que os membros da comunidade aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político².

Nesse sentido, o autor afirma que o modelo de princípios é a melhor defesa da legitimidade política, visto que os membros admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas pelas instituições

² DWORKIN, Ronald Myles. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 233-240.

estatais, mas dependem de um sistema de princípios - como a equidade, a justiça e o justo processo legal. Assim, uma comunidade de princípios é capaz de reivindicar uma legítima autoridade frente a seus membros, uma vez que suas decisões coletivas são orientadas por obrigações morais, e não apenas pelo poder.

Em uma comunidade de princípios, contudo, alguns princípios - como equidade e justiça -, por vezes, entram em conflito. Nesse contexto, Dworkin desenvolve o ideal de integridade como uma resposta ao fato de que as decisões políticas, porquanto são elaboradas por diferentes fontes, nem sempre concordam entre si³. Para ele, com a integridade “insistimos que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.”⁴

Assim, Dworkin define a integridade como um terceiro ideal independente, que deve preponderar sobre os princípios de equidade e justiça quando estes divergem entre si. Isso porque priorizar apenas uma dessas virtudes – equidade ou justiça – quando entram em conflito pode resultar em decisões imparciais injustas ou decisões parciais justas. Tal ocorre, por exemplo, quando a prevalência da equidade permite que questões morais possam ser debatidas em negociações e acordos, de maneira a refletir uma representação proporcional de cada conjunto de opiniões no resultado final. Nesses casos, o que se observa é um direito “conciliatório” que permite que se trate casos similares de maneira diferente, a partir de uma justificativa arbitrária, sem que haja coerência de princípios.⁵

Nesse contexto, é possível afirmar que uma solução conciliatória acaba por gerar mais injustiça do que aquela que pretende resolver⁶. Com efeito, se toda a legislação e os precedentes fossem reunidos, em um modelo conciliatório, o resultado, por óbvio, não seria um sistema de princípios únicos e coerentes. Assim, “o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado.”⁷

³ WALDRON, Jeremy. The Circumstances of Integrity. *Legal Theory*, n. 3, **Cambridge University Press**, 1997 p. 3. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/abs/circumstances-of-integrity/41E41085CF4C249F026874F4BE9057D9>>. Acesso em: 13 de ago. de 2023

⁴ DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 202.

⁵ *Ibidem*, p. 216-217.

⁶ *Ibidem*, p. 219.

⁷ *Ibidem*, p. 223.

Portanto, a aceitação da integridade em uma sociedade democrática exige que as leis não sejam produto de concepções subjetivas e contraditórias, mas se mostrem coerentes, tendo em vista que os atos de coação estatal devem ser justificados de acordo com princípios de moralidade política⁸. Nesse sentido, segundo Dworkin, uma sociedade que aceite a integridade como virtude se transforma em um tipo especial de comunidade que promove sua autoridade moral para assumir e legitimar a força coercitiva⁹.

Ato contínuo, Dworkin defende a existência de dois princípios de integridade política: “um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”¹⁰.

Nesse contexto, a aceitação da integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas políticas de uma comunidade, notadamente, no modo como os juízes decidem os casos difíceis nos tribunais. Isso porque a integridade na deliberação judicial exige que os juízes tratem o sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios¹¹.

Assim, na atividade jurisdicional, o intérprete que aceita a integridade é orientado a proferir decisões de acordo com uma concepção coerente com o sistema jurídico no qual está inserido, “como se o Estado tivesse uma única voz¹²”. Tal se justifica na medida em que o direito deve ser íntegro, de forma que a tomada de decisões judiciais deve seguir uma consistência sistêmica com a tradição jurídica.

Com efeito, a ideia de direito como integridade pressupõe que os cidadãos têm direito a uma extensão coerente, fundada em princípios, da tradição jurídica, mesmo quando os intérpretes do direito divergem do conteúdo decisório por questões particulares. Tal se justifica pelo fato que o poder coercitivo das instituições políticas somente é autorizado quando os cidadãos conseguem visualizar uma razão coerente com as decisões proferidas anteriormente.

⁸ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista DireitoGV**, vol. 16, 2012, p. 605. Disponível em:

<<https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/23926/22684>>. Acesso em: 20 ago. 2023

⁹ DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 228.

¹⁰ *Ibidem*, p. 213.

¹¹ *Ibidem*, p. 261.

¹² *Ibidem*, p. 263.

O direito como integridade, portanto, requer que o intérprete preserve um padrão decisório fundado na coerência; ou seja, que respeite uma consistência sistêmica de princípios que ensejam à tomada de decisões em casos semelhantes. Desse modo, é possível assegurar a aplicação isonômica das normas, bem como o garantir a melhor forma de atuação das instituições estatais a partir da interpretação do ordenamento jurídico, de modo que expresse as concepções de justiça da comunidade política.¹³

Para tal, segundo Dworkin, o direito como integridade:

nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.¹⁴

O conceito de direito como integridade, portanto, não pode ser reduzido a um conjunto jurisprudencial estabelecido no passado, como sustentam os convencionalistas, e tampouco justificado por diretrizes políticas legitimadas pelo resultado, como aduzem os pragmatistas. Ou seja, a ideia de integridade no direito não se resume a prática de decidir casos semelhantes da mesma maneira, bem como não coincide com interpretações pragmáticas dos casos, visto que as decisões não devem ser fundadas em argumentos de política, mas embasadas por argumentos de princípios, necessários à justificativa do direito como um todo¹⁵.

Com efeito, o direito como integridade exige que o intérprete aplique um conjunto coerente de princípios tidos como fundamentais para a comunidade nos novos casos que lhes são apresentados¹⁶, o que, por vezes, contraria as decisões anteriores. Isto é, os juízes, sob a ótica do direito como integridade, interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.

¹³ STRECK, Lênio Luiz (org.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 11.

¹⁴ DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 271.

¹⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101

¹⁶ DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 291.

Nessa perspectiva, Dworkin¹⁷ afirma que o direito pode ser comparado à literatura, tendo em vista que o processo interpretativo se assemelha a um “romance em cadeia” (*chain novel*). Assim, o autor desenvolve uma metáfora centrada na figura de romancistas que interpretam cada capítulo que recebem antes de escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim sucessivamente. Na tarefa, cada autor deve escrever seu capítulo de modo a tornar o romance o melhor possível, mantendo a unidade do texto.

Para dar continuidade à narrativa, Dworkin divide a prática interpretativa em duas dimensões: i) adequação, a qual exige que o autor interprete o texto de acordo com o que foi escrito antes; e ii.) seleção, a partir da qual o autor escolhe o que vai tomar o romance melhor, considerados todos os seus elementos. Assim, o autor não está restrito a uma interpretação que tenha que se ajustar a todas as partes do capítulo anterior, mas deve considerar seus principais aspectos estruturais.¹⁸

Nessa perspectiva, tanto a interpretação sobre quais leituras se ajustam ao texto, quanto à interpretação sobre qual dessas leituras tornam o romance melhor, depende de convicções subjetivas do intérprete e estão sujeitas a controvérsias. Uma interpretação genuína, contudo, requer que o romance seja analisado como um todo, de modo a traçar os limites da autonomia do autor.

Na atividade jurisdicional, a metáfora do romance em cadeia é retomada na análise dos precedentes judiciais que orientam a tomada de decisão no presente a partir de parâmetros estabelecidos em decisões judiciais proferidas em casos pretéritos. Contudo, ao afirmar que o intérprete do direito tem obrigação de respeitar um conjunto íntegro e coerente, isso não quer dizer que ele deve ser “a boca da jurisprudência”¹⁹.

Com efeito, ao adotar o direito como integridade, o juiz é impedido de reproduzir precedentes isolados em sua fundamentação. Isso porque, “a pesquisa pelos precedentes deve dar ao juiz um quadro de totalidade”²⁰, de modo que o intérprete

¹⁷ DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275-279.

¹⁸ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista DireitoGV**, vol. 16, 2012, p. 608. Disponível em:

<<https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/23926/22684>>. Acesso em: 20 ago. 2023

¹⁹ MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. **O Novo Código de Processo Civil e a Decisão jurídica Democrática: Como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?** In: STRECK, Lênio Luiz (org.). *Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 105.

²⁰ *Ibidem*, p. 105.

não pode se contentar com o que os julgadores pretéritos decidiram isoladamente, mas com a tradição jurídica como um todo.

Em outras palavras,

[a concepção da integridade] não exige que as decisões passadas sejam repetidas, sob o argumento de que casos iguais devem ser tratados igualmente. Se um precedente não se fundamenta em princípios, ele não deve ser aplicado, do mesmo modo que são os princípios que nos permitem identificar se as diferenças entre os casos devem ser consideradas relevantes ou não.²¹

O direito como integridade, portanto, propõe que os precedentes sejam interpretados a partir da compreensão dos princípios morais que fundamentam uma unidade da ordem jurídica. Nesse sentido, a fim de rejeitar ou aplicar um precedente, é preciso verificar se há algum princípio cuja aplicação ao caso concreto seja mais coerente com a tradição jurídica do que o aplicado em casos anteriores.

Assim, segundo Paulo Baptista MacDonald²², no âmbito da aplicação do direito, a teoria do direito como integridade de Dworkin propõe uma espécie de balanço entre a coerência com a tradição jurídica em casos semelhantes e as correções e aprimoramentos da prática jurídica derivados da concepção de moralidade política do intérprete.

Nesse contexto, é possível afirmar que o ideal de integridade impede o retrocesso, ou seja, impossibilita a supressão das concretizações alcançadas na proteção de um direito, permitindo apenas adições e aperfeiçoamentos. Para Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, a garantia da proibição de retrocesso tem por finalidade,

preservar o bloco-normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição de direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais.²³

Isto é, com a adoção do direito como integridade, a prática jurisdicional é orientada a partir de uma perspectiva de evolução das garantias constitucionais, tendo

²¹ MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista DireitoGV**, vol. 16, 2012, p. 609. Disponível em:

<<https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/23926/22684>>. Acesso em: 20 ago. 2023

²² MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. **Direito e equidade**: os requisitos para a legitimidade da imposição de deveres jurídicos. 2013. 141 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas). Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 133

²³ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago; *apud* DUPRAT, Deborah. **O Marco Temporal de 5 de outubro de 1988**: TI Limão Verde. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org). **Direitos do Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Unesp, 2018, p. 51

como base as razões de decidir da Suprema Corte em precedentes judiciais. Tal consagra o princípio de vedação ao retrocesso, empregado em temas de direitos fundamentais.

No Brasil, a partir da adoção do efeito vinculante²⁴, os precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal passaram a ser objeto central de estudo do direito constitucional. A Suprema Corte, em última instância, tem o poder de declarar o conteúdo da Constituição, ou de invalidar os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Carta Magna. Nesse sentido, é imperioso saber quais são os parâmetros que baseiam a interpretação moral da Constituição.

2.1. Leitura Moral da Constituição

A Constituição confere poderes limitados e estabelece importantes vedações às instituições democráticas, a fim de proteger os indivíduos e as minorias do poder coercitivo estatal. O problema, contudo, é que os dispositivos constitucionais, na maioria das vezes, ostentam um conteúdo excessivamente amplo e abstrato.

Nesse sentido, Dworkin elabora um método particular de ler e executar uma constituição política, o que chamou de leitura moral. O autor esclarece que a leitura moral:

é uma teoria que trata de como certos dispositivos constitucionais devem ser interpretados ou 'lidos' – de quais perguntas devem ser feitas e respondidas para que possamos saber o que esses dispositivos significam e exigem. Não é uma teoria sobre quem deve fazer essas perguntas ou quem deve dar a resposta a ser aceita por todos. Por isso, a leitura moral é só uma parte – uma parte importante – de uma teoria geral da prática constitucional.²⁵

Segundo Dworkin, a leitura moral propõe que o intérprete do direito aplique e compreenda os dispositivos constitucionais abstratos a partir de princípios morais. Assim, a fim de solucionar uma questão constitucional controversa, o juiz deve decidir qual a melhor maneira de compreender o princípio moral abstrato que está

²⁴ A concepção de efeito vinculante consagrada pelo art. 103-A da Constituição Federal: “ O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

²⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **O direito da liberdade: A leitura moral Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 52.

incorporado ao texto. Nesse sentido, a teoria “insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”.²⁶

Assim, Dworkin esclarece que a leitura moral da Constituição limita a liberdade interpretativa do juiz a partir de duas restrições: i.) a história constitucional e ii.) a integridade constitucional. A partir da análise sistemática desses fatores, pois, o intérprete do direito atingirá a correta solução para controvérsias constitucionais.

Em primeiro lugar, a interpretação constitucional em uma perspectiva histórica é um fator pertinente para saber o que o legislador constituinte pretendia expressar, de modo a identificar as convicções a partir das quais se originou o texto constitucional²⁷. O autor adverte, contudo, que para a leitura moral da Constituição somente é relevante o que os fundadores “pretendiam dizer, e não quais outras intenções eles tinham”²⁸. Nesse sentido, afirma que “somos governados pelo que nossos legisladores disseram - pelos princípios que declaram – e não por quaisquer informações acerca de como eles mesmos teriam interpretado esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos.”²⁹

Em segundo lugar, a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplinada pela exigência de integridade, segundo a qual os juízes não devem interpretar os dispositivos constitucionais com base nas suas próprias convicções, mas devem acompanhar um sistema coerente com os princípios norteadores da Constituição, bem como a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.³⁰

Nesse sentido, Dworkin afirma que,

quando o direito como integridade interpreta a prática constitucional para decidir como a Constituição distribui alguma responsabilidade específica entre as jurisdições, leva em consideração a estabilidade, mas também observa que uma decisão poderia combinar melhor com o esquema geral de federalismo existente.³¹

Assim, a leitura moral se baseia no direito como integridade, porquanto “condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não

²⁶ DWORNIK, Ronald Myles. **O direito da liberdade**: A leitura moral Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.2.

²⁷ DWORNIK, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 432-433.

²⁸ DWORNIK, Ronald Myles. **O direito da liberdade**: A leitura moral Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

²⁹ *Ibidem*, p.15

³⁰ *Ibidem*, p.15

³¹ DWORNIK, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 440.

podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”³². Em outras palavras, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente compatibilizada com a história, com a ordem constitucional e com a prática jurídica de uma determinada comunidade.

A leitura moral da Constituição, portanto, ampara-se no direito como integridade ao propor um conjunto íntegro de normas e a compreensão de seus dispositivos como princípios morais, o que confere credibilidade ao poder coercitivo do Estado, em especial no seu papel de atuação na defesa de minorias, como seu dever constitucional de assegurar a tutela jurídica dos direitos das comunidades tradicionais e indígenas.

3. A NATUREZA DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS POVOS INDÍGENAS

A questão da terra, como bem assentou José Afonso da Silva, “transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural”³³. Para tanto, a leitura hermenêutica das normas constitucionais que tutelam os direitos indígenas é essencial para melhor aplicação do direito e proteção da terra.

Na visão de Dworkin, “sob o regime de direito como integridade, os problemas constitucionais polêmicos pedem uma interpretação, não uma emenda”³⁴. Nesse sentido, a correta interpretação da Constituição Federal, de acordo com o modelo de leitura moral, demanda um resgate histórico dos direitos territoriais indígenas no Brasil.

3.1. Os Direitos às Terras Indígenas no Ordenamento Constitucional

Com efeito, desde o período colonial, é possível afirmar a existência de atos normativos a reconhecer os direitos territoriais dos índios, mesmo que sem a expedição de qualquer título possessório, uma vez que se trata de direito originário dos povos indígenas como primeiros ocupantes daquelas terras.

³² DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fonte, 2010. p. 21.

³³ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 889.

³⁴ DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 444.

Como esclarece Manuela Carneiro da Cunha:

Nas leis portuguesas para o Brasil, a soberania indígena e o direito dos índios aos territórios que ocupam é frequentemente reconhecida: trata-se, como se sabe, de um reconhecimento de jure que mil estratégias tentam contornar na prática; mas um tal reconhecimento legal mostra pelo menos a consciência e a má consciência da Coroa acerca dos direitos indígenas.³⁵

Nesse sentido, salienta Manuela Carneiro da Cunha³⁶, que no início do século XVII se pode constatar que a legislação colonial reconhecia existirem terras exclusivamente de domínio indígena. Para ela, as Cartas Régias expedidas por Felipe III em 30 de julho de 1609 e 10 de setembro de 1611 “reconheciam o pleno domínio dos índios sobre os seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos.” Essas disposições, contudo, deixavam claro que as terras não pertenciam aos índios, sendo apenas a eles destinadas.

Somente houve o reconhecimento pela Coroa portuguesa dos direitos dos índios sobre os seus territórios no Alvará Régio de 1º de abril de 1680, o qual reconhecia a posse dos índios sobre as terras ocupadas em caráter permanente, proclamando-os seus “primários e naturais senhores”:

E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem na Aldeas: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer molestia. E o Governador com parecer da ditos Religiosos assinara aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem, e não poderão ser mudados de ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os índios, primários e naturais senhores delas.³⁷

Segundo Daniela Gomes³⁸, o Alvará Régio de 1680 passou a estabelecer áreas exclusivas para os índios como forma de compensação pela perda de suas terras, com o objetivo de promover a manutenção do processo de colonização vigente. No mesmo sentido, o Alvará de 08 de maio de 1758 expandiu o reconhecimento da

³⁵ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Terra Indígena**: história da doutrina e da legislação. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 285.

³⁶ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os direitos dos índios**: ensaios e documentos. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 58.

³⁷ PORTUGUAL. **Alvará de 1º de abril de 1680**. In: Lei de junho de 1755. Para se restituir aos índios do Pará e Maranhão a liberdade de suas pessoas e bens. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt>>. Acesso em: 31 de jul. de 2023.

³⁸ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, p. 40-41.

liberdade dos povos indígenas para todo o território brasileiro, bem como estabeleceu a proibição de que os índios fossem mudados das terras que haviam sido designadas para eles.

Em 1850, a Lei de Terras, como esclarece Manuela Carneiro da Cunha³⁹, ressaltou devolutas do Império as terras que se encontrassem sob o domínio particular dos indígenas, ao referir que o título dos índios sobre suas terras é originário. Ou seja, as terras pertencentes aos índios, ao contrário dos demais bens imóveis, não necessitam de nenhuma legitimação.

No mesmo sentido, entendem Alípio Bandeira e Manoel Tavares da Costa Miranda:

Certo é que a denominação de devolutas aplicada às terras que eles [índios] habitam é de todo ponto imprópria, já porque, conforme as palavras do Alvará de 1º de abril de 1680, são os índios 'os naturais senhores delas', já porque a semelhante classificação opõe-se formalmente a própria significação gramatical do termo.⁴⁰

Contudo, o art. 12 da Lei de Terras evidencia o caráter assimilacionista da legislação então vigente ao dispor sobre a possibilidade de reserva das terras necessárias à colonização dos indígenas⁴¹. De acordo com o referido artigo, o governo reservará das terras devolutas as necessárias: "1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos; 3º, para a construção naval."⁴²

Com a mudança para o regime republicano, segundo Manuela Carneiro da Cunha⁴³, apesar da omissão em seu texto no que se refere aos índios, não se abandonou a tradição do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. Ocorre que, embora sem amparo legal, nesse período se começou a tratar as terras indígenas

³⁹ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os direitos dos índios: ensaios e documentos**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1987, p. 58.

⁴⁰ BANDEIRA, Alípio; MIRANDA, Manoel Tavares da Costa, *apud* CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Terra Indígena: história da doutrina e da legislação**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 291.

⁴¹ SALES, Isabela do Amaral. **Terras Indígenas e Dinâmica Territorial: análise da vedação à ampliação de limites no caso Raposa Serra do Sol**. In: GEDIEL, José Antonio Peres (org.). *Direitos em conflito: movimentos sociais resistência e casos judicializados*. v. 1. Curitiba: Kairós, 2015, p. 136

⁴² BRASIL, Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. **Dispõe sobre as terras devolutas do Império**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm>. Acesso em 28 ago. 2023.

⁴³ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Terra Indígena: história da doutrina e da legislação**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 298.

como terras devolutas, o que não seria cabível desde a promulgação da Lei de Terras de 1850.

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a primeira constituição republicana não transferiu aos Estados-membros as áreas destinadas a aldeamentos indígenas, as quais não poderiam ser consideradas terras devolutas ou próprios nacionais não indispensáveis ao serviço da União, sendo transferidas apenas as terras de aldeamentos extintos antes de 1891⁴⁴.

A corroborar com o entendimento, José Maria de Paula:

A incorporação, por parte dos estados, ao seu domínio privado, como terras devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, *ex-vi* da Constituição de 1891, constitui clamoroso esbulho do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação dessas terras dos índios, a fim de as extremarem daquelas que, como devolutas, lhes tinham sido cedidas pela União, ao invés de, sem nenhum exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considera-las como suas e delas irem dispondo, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações.⁴⁵

Ocorre que, no início do século XX, o que se observou foi uma intensificação do esbulho sobre as terras indígenas, uma vez que a indevida transferência das terras ditas devolutas aos Estados-membros aproximou o controle fundiário às oligarquias e ao latifúndio.

Nesse contexto, em 1910, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), órgão do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, cujo objetivo era preservar os costumes, sua alimentação, seu modo de vida dos indígenas. Previa-se no decreto a demarcação das terras ocupadas pelos indígenas, que delas teriam usufruto exclusivo, enquanto seriam nulos de pleno direito o arrendamento ou alienação dessas terras⁴⁶.

⁴⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 212.251/SP, Relator. Ilmar Galvão, Primeira Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16/10/1998, p. 18. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244033>>. Acesso em 28 ago. de 2023

⁴⁵ PAULA, José Maria de. *apud* CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Terra Indígena: história da doutrina e da legislação**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 298.

⁴⁶ BRASIL. Decreto n.º 10.652, de 16 de outubro de 1942. **Aprova o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-10652-16-outubro-1942-464627-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 de ago. de 2023

A Carta Magna de 1934, conforme elucida Deborah Duprat, pela primeira vez na ordem constitucional, reconheceu, em seu artigo 129, “a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”⁴⁷. Ademais, estabeleceu, no artigo 5, inciso XIX, a competência exclusiva da União para legislar sobre questões indígenas.

As Constituições de 1937 e 1946 preservaram o reconhecimento dos direitos indígenas às terras contido na Carta Magna de 1934. Pontes de Miranda, em comentário ao artigo 216 da Constituição de 1946, observa:

O texto respeita a ‘posse’ do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto de localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o artigo 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exija título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas é nula, por infração à Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do artigo 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra os silvícolas que tenham posse, e nas terras de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como consequência: a) a nulidade de qualquer ato de disposição incluídos aqueles que só se referem a elementos de direito de propriedade e da posse (uso-fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola, ainda que trintenat; c) as sentenças que adjuquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo de preclusão, por infringirem texto constitucional.⁴⁸

Segundo Manuela Carneiro da Cunha⁴⁹, o ponto importante dos textos constitucionais até 1946 é o reconhecimento da posse imemorial dos indígenas, de seus títulos anteriores aos de quaisquer outros ocupantes, o que não pode ser confundido como uma proteção transitória enquanto persistisse um estado de vulnerabilidade. Ou seja, se fez pétreo o entendimento de que os direitos indígenas à terra independem de disposição normativa, na medida em que são fundamentados na sua condição de primeiros donos.

Portanto, nota-se que as Constituições de 1934 a 1946 são fortemente marcadas pela garantia formal de integridade das terras indígenas, cujo

⁴⁷ DUPRAT, Deborah. **O Marco Temporal de 5 de outubro de 1988**: TI Limão Verde. *In*: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org). *Direitos do Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Unesp, 2018, p. 48-51.

⁴⁸ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 335-336.

⁴⁹ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Terra Indígena**: história da doutrina e da legislação. *In*: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 310.

reconhecimento estaria condicionado à posse permanente pelos índios, incidindo sobre elas a proibição de alienação.

Por sua vez, a Carta Magna de 1967 admitiu a posse permanente como direito dos índios, e não mais como requisito para o reconhecimento⁵⁰. Ainda, o art. 186 reconheceu o direito dos indígenas ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras por eles habitadas, que passaram a fazer parte dos bens da União.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão prolatado na ACO nº 323/MG, que teve como parâmetro de controle a Constituição de 1967, declarou que o afastamento dos indígenas de suas terras não importa perda do seu direito territorial, conforme voto do Ministro Néri da Silveira:

Trata-se de terras ocupadas pelos índios ao longo do tempo e, se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal.⁵¹

Nessa linha, a Emenda Constitucional de 1969, mantendo as previsões anteriores, aprimorou o tratamento jurídico das terras indígenas, estipulando que as terras habitadas pelos indígenas seriam inalienáveis, ficando declarada a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI. Nos termos do artigo 198 da Emenda Constitucional de 1969:

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.⁵²

⁵⁰ SALES, Isabela do Amaral. **Terras Indígenas e Dinâmica Territorial**: análise da vedação à ampliação de limites no caso Raposa Serra do Sol. In: GEDIEL, José Antonio Peres (org.). *Direitos em conflito: movimentos sociais resistência e casos judicializados*. v. 1. Curitiba: Kairós, 2015, p. 137.

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n. 323/MG, Relator: Francisco Rezek, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, 8 abril 1994, p. 56. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266076>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

⁵² BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 28 de ago. de 2023.

Pelo exposto, constata-se que o ordenamento constitucional reconhece o direito congênito dos índios sobre a terra como princípio fundamental do sistema jurídico indígena. O instituto legal que justifica esse entendimento é chamado de indigenato.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “o indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido.”⁵³ Em outras palavras, o direito indígena à terra não depende de legitimação, visto que se trata de um direito anterior à própria criação do Estado brasileiro, a quem incumbe tão somente demarcar e declarar os limites territoriais

Portanto, de acordo com o princípio do indigenato, o direito indígena sobre suas terras, por ser congênito, independe de titulação ou reconhecimento formal. Tal premissa é manifestada ao longo das fases históricas do sistema jurídico constitucional, sendo vedada uma interpretação que permita o retrocesso social.

3.2. Direito Indígena à Terra na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, notória por ampliar os direitos individuais, inovou ao dedicar um capítulo inteiro aos direitos indígenas. Nesse aspecto, a nova ordem constitucional rompeu com os paradigmas assimilacionista e integracionista dedicados às populações indígenas ao consagrar o caráter plural da sociedade brasileira e estimular o respeito à diversidade cultural, assegurando a preservação da identidade sociocultural aos indígenas.

A observação de Deborah Duprat define bem a nova realidade constitucional:

A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados Nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.⁵⁴

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 876.

⁵⁴ DUPRAT, Deborah. **O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade**. In: DUPRAT, Deborah (org). **Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 10.

À luz do texto constitucional, é possível identificar os princípios que tutelam os direitos indígenas, quais sejam: i.) o princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios originários e existentes no território nacional; ii.) o princípio do reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo aos índios; e iii.) o princípio da igualdade de direitos e da igualdade civil.⁵⁵

Em primeiro lugar, o princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas expressa o valor conferido à cultura indígena no texto constitucional. Em segundo lugar, o princípio do reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam considera congênito o direito indígena à terra, adotando o instituto do indigenato na nova ordem constitucional. Por fim, o princípio da igualdade formal de direitos e de igualdade civil significa que os indígenas estão sob tutela de todos os princípios e direitos constitucionais vigentes.

A Constituição Federal, ao instituir esses princípios reconhece que os direitos conferidos aos indígenas são formados por três dimensões: os de cultura, os de organização social e os territoriais. Nesse contexto, é possível inferir uma correlação de dependência entre os direitos indígenas no texto constitucional, de tal maneira que a violação de um desses fatores ofende os demais⁵⁶.

No que se refere aos direitos à educação e à cultura dos povos indígenas, os artigos 210 e 215 da Constituição Federal protegem a língua materna e a diversidade cultural dos povos indígenas, e reconhecem o valor da sua contribuição à sociedade brasileira. Nos referidos dispositivos é assegurado aos indígenas a preservação da sua língua nativa e processos próprios de educação e aprendizagem, bem como é garantido o exercício, proteção e valorização dos direitos culturais das comunidades indígenas⁵⁷.

⁵⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: Alguns Avanços e Obstáculos Desde a Constituição de 1988.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 569-604.

⁵⁶ LIPPEL, Alexandre Gonçalves. Quadro Normativo Indigenista. **Revista da AJUFERGS/ Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul**, n. 01 (março 2003), Porto Alegre: AJUFERGS, 2003, p. 194.

⁵⁷ BRASIL. **Constituição Federal Brasileira.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

Por sua vez, o Capítulo VIII da Constituição Federal (“Dos Índios”), nos artigos 231 e 232, consagra o reconhecimento aos índios de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O artigo 231 do texto constitucional assim dispõe: “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.”⁵⁸

O referido dispositivo determina que é competência do Estado brasileiro promover a demarcação das terras, reconhecendo os direitos originários sobre o espaço que os indígenas tradicionalmente ocupam. Além disto, estabelece que incumbe à União proteger, fiscalizar e fazer respeitar todos os bens, inclusive os imateriais, tais como a cultura, costumes, crenças e tradições da comunidade.

Outrossim, o artigo 232 da Constituição Federal consagra o entendimento de que os indígenas, suas comunidades e organizações possuem legitimidade para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses⁵⁹. Tal dispositivo representa uma importante ferramenta de resistência indígena, notadamente no cenário de conflitos fundiários e ações possessórias.

A Constituição Federal, ademais, declara em seu artigo 20, inciso XI, que as terras indígenas são bens da União. Segundo José Afonso da Silva⁶⁰, a outorga constitucional dessas terras ao domínio da União tem como objetivo garantir os direitos dos indígenas sob as terras tradicionalmente ocupadas por eles. Em razão disto, são consideradas terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

No que se refere à questão dos direitos indígenas à terra, Hartmut-Emanuel Kayser⁶¹, afirma que a problemática esteve no cerne da Assembleia Nacional

⁵⁸ BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição Federal Brasileira**, Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 865

⁶¹ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 231

Constituinte de 1987-1988. No Plenário, o texto final aprovado pela Assembleia Constituinte referente ao direito dos índios à terra foi fortemente influenciado pela Emenda n.º 00280-3 do então senador Jarbas Passarinho⁶². De início, a proposta de texto constitucional garantia o reconhecimento aos indígenas dos direitos sobre “as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados”, como constava no artigo 268 do Projeto de Constituição (A):

Art. 268. São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.⁶³

Não obstante, o senador propôs uma nova qualificação das terras ocupadas pelos índios, excluindo os termos “posse imemorial” e “localização permanente”, bem como acrescentando a expressão “tradicionalmente”. Na justificativa à emenda, o constituinte deixa claro que o seu objetivo é preservar os direitos de comunidades indígenas que tivessem sido expulsas de suas terras “por transferência forçada”:

O 'caput' e o § 1º, com a redação proposta, excluem as expressões 'posse imemorial' e 'localização permanente', retomando os termos do texto aprovado pela Comissão da Ordem Social. A Constituição atual, Emenda nº 1, de 1969, no art. 4º, IV, e no art. 198, utiliza as expressões 'terras ocupadas' ou 'terras habitadas' pelos índios, objetivando sempre a garantir o 'habitat' dos índios. Prefere-se, nesta emenda, o termo 'ocupados' porque a ocupação é o conceito jurídico adequado para a situação dos índios, primeiros ocupantes do território brasileiro. Ocupação é modo primário de aquisição de domínio (De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987), enquanto habitação refere-se mais propriamente a residência, traduzindo, portanto, conceito mais limitado.

A expressão 'posse imemorial' foi abandonada com a promulgação do Código Civil, em 1916. É expressão em desuso e vaga, que poderá ensejar a expulsão ou perda do direito à terra pelas comunidades indígenas, inclusive prejudicando irreversivelmente aquelas já vitimadas por processos de transferência forçada.

Por outro lado, a expressão 'localização permanente', foi rejeitada desde a Constituição de 1967, por se verificar que podia ser entendida através de concepção civilista, inadequada e inaceitável à situação das comunidades indígenas, muitas das quais praticam modo de produção extensivo, com migrações periódicas ao seu território.

O próprio Substitutivo aprovado prefere a expressão 'terras ocupadas' em seu art. 158, V; e em outros dispositivos, como o art. 206 e art. 26 do Ato das

⁶² PEREIRA, Paulo Celso. **Investigação**: notas de Constituinte de 1988 revelam preocupação de parlamentares com direito de indígenas expulsos de suas terras. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/06/investigacao-notas-de-constituente-de-1988-revelam-preocupacao-de-parlamentares-com-direito-de-indigenas-expulsos-de-suas-terras.ghtml>. Acesso em: 24 de julho de 2023.

⁶³ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de Constituição (A)**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-253.pdf>>. Acesso em 17 de ago. de 2023.

Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias, refere-se apenas às 'terras indígenas'.⁶⁴

Pelo exposto, tem-se claro que no que se refere ao termo inicial da ocupação indígena, não se exige que a posse de determinada área seja imemorial. O constituinte, conscientemente, preferiu a terminologia “tradicionalmente ocupadas”, com a finalidade de expressar que o elemento central para definição de terra indígena é o modo de ocupação tradicional, e não a ocupação da terra desde épocas remotas.

Dessa forma, por sugestão do Senador Passarinho, a redação do artigo foi alterada para a versão hoje em vigor, definindo que os indígenas teriam direito às terras que “tradicionalmente ocupam”. No artigo 231, § 1º, da Constituição Federal, é definido o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas”. Consta ali:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.⁶⁵

Portanto, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” exige quatro pressupostos, quais sejam: i.) que a terra seja habitada pelos índios em caráter permanente; ii.) que os índios utilizem a terra para atividades produtivas; iii.) que a terra seja necessária para a manutenção dos recursos indispensáveis ao bem-estar dos índios; e iv.) que a terra seja necessária à reprodução física e cultural.

Com base nos parâmetros integrados ao texto constitucional, Hartmut-Emanuel Kayser⁶⁶ afirma que o termo de “tradicionalmente ocupadas” não se refere a um componente temporal, mas ao modo tradicional dos índios de possuir e utilizar a sua terra. No mesmo sentido, José Afonso da Silva esclarece que a expressão “terras tradicionalmente ocupadas”:

não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata,

⁶⁴ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de Constituição (A)**. Emendas oferecidas em Plenário, vol. I, janeiro de 1988, p. 108, Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-254.pdf>. Acesso em 30 de jul. de 2023.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de jun. de 2023.

⁶⁶ KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 235.

absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas.⁶⁷

Dessa forma, infere-se que o termo “tradicionalmente”, empregado no texto constitucional, faz referência ao modo tradicional, “segundo seus usos, costumes e tradições”, dos indígenas de ocuparem e utilizarem as terras. Nesse sentido, tem-se claro que o ordenamento constitucional vigente relaciona o direito sobre as terras ocupadas pelos indígenas aos seus modos próprios de organização social, costumes, línguas e tradições, expressando a fundamentalidade desse direito e sua indispensabilidade para o exercício de todos os demais direitos assegurados aos povos indígenas.

À luz do texto constitucional, ainda, é possível afirmar que o direito sobre às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é originário; ou seja, é reconhecido como preexistente ao próprio Estado brasileiro. Tal consagra a tese do indigenato na nova ordem constitucional, segundo a qual o direito dos povos indígenas sobre as terras é congênito e independe de legitimação.

Outrossim, o artigo 231, § 2º, da Constituição Federal declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas se destinam a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Segundo José Afonso da Silva⁶⁸, o referido diploma atribui a expressão “posse permanente” como uma garantia de que, no futuro, elas lhes deverão servir sempre de habitat, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis.

No ponto, esclarece Edilson Vitorelli⁶⁹ que a noção de posse indígena não se confunde com o sentido empregado em posse civil, visto que está vinculada à vivência cultural, às crenças, aos rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva sustenta que o conceito de posse indígena difere da concepção civilista:

[A] relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 867.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 872.

⁶⁹ VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 222.

foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a ideia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habita.⁷⁰

Tal entendimento é consagrado pela Suprema Corte, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 16.443/SC, tendo o Ministro Victor Nunes Leal assim se manifestado:

não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados pelo abandono em que ficaram.⁷¹

Portanto, a posse indígena não pode ser confundida com a noção civilista de posse. Para o Direito Civil, a posse “pode ser conceituada como sendo o domínio fático que a pessoa exerce sobre a coisa”⁷². Nesse contexto, o direito só é constituído a partir da posse (ou domínio fático) sobre a “res”. Desse modo, a posse é reconhecida como uma forma de adquirir a propriedade.

Por outro lado, considera-se posse indígena a ocupação 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”⁷³. Ou seja, os elementos que caracterizam a posse indígena não dependem do domínio fático sobre a coisa – exatamente por isso se entende que a posse é permanente -, mas estão vinculados à própria identidade da comunidade indígena.

Nessa perspectiva, é possível inferir que o conceito de posse indígena sobre suas terras não é regido pelas normas do Direito Civil, segundo as quais importa tão somente o espaço de fato ocupado e explorado. Com efeito, o ordenamento constitucional vigente reconhece que a definição de posse para as comunidades

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direitos Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 869.

⁷¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n.º 16.443/SC, Relator: Barros Monteiro, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 nov. 1967. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84404>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

⁷² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 34

⁷³ BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio** (artigo 23). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

indígenas se relaciona à sobrevivência física e à preservação da identidade cultural, abrangendo todo o espaço físico necessário para tanto.

A terra indígena, portanto, de acordo com a concepção extraída do texto constitucional, não é apenas um espaço físico, mas sim elementar à atividade produtiva e à preservação ambiental, bem como necessária à reprodução física e cultural das comunidades indígenas. Nesse contexto, a existência de um vínculo material da identidade dos povos indígenas com a terra indígena é suficiente para demonstrar a tradicionalidade da ocupação.

Outrossim, à luz do instituto do indigenato, o direito dos povos indígenas às terras por eles tradicionalmente ocupadas é um título congênito que garante a posse permanente da área para concretizar os seus direitos fundamentais básicos. Por outro lado, o direito de ocupação não indígena depende de legitimação por meio de título adquirido.

O direito dos índios às terras de ocupação tradicional, portanto, tem natureza declaratória, uma vez que esse é, como visto, um direito assegurado por título congênito. Disso decorre que qualquer ato que atribua propriedade, posse ou outro direito real a indivíduos estranhos à comunidade indígena, em relação às terras por eles tradicionalmente ocupadas, é nulo de pleno direito (art. 231, § 6º), sendo para tanto irrelevante que já se tenha feito ou não a demarcação que tem caráter meramente declaratório.

Ante o exposto, importa ressaltar que a Constituição Federal consagra a tese do indigenato ao assentar o direito originário dos indígenas à terra, afastando as concepções de posse do Direito Civil. Nesse sentido, a nova ordem constitucional deu continuidade à tradição jurídica de ordenamentos pretéritos ao adotar o princípio do indigenato e da tutela de comunidades tradicionais.

3.2.1. O Processo de Demarcação de Terras Indígenas

A Constituição Federal confere à União o dever de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens existentes nas terras indígenas, consideradas essas não apenas as habitadas em caráter permanente, mas também as necessárias à subsistência física e cultural da comunidade. Nas palavras de Robério Nunes dos

Anjos Filho, “a função da demarcação é de natureza prática, tornando claros os limites da terra indígena tradicional, possuindo índole meramente declaratória.”⁷⁴

No mesmo sentido, a demarcação administrativa é prevista pelo Estatuto do Índio, que em seu artigo 19 dispõe que as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação da FUNAI, serão administrativamente demarcadas. Ainda, o § 2º do referido artigo prevê que “contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória”.⁷⁵

Por sua vez, o artigo 67 das Disposições Constitucionais Transitórias determinou o prazo de cinco anos, a contar da promulgação da Constituição, para que a União concluísse a demarcação das terras indígenas⁷⁶. A referida norma, contudo, é meramente programática, inexistindo caráter decadencial no prazo quinquenal ali estabelecido para a conclusão da demarcação de terras indígenas.

Nesse sentido, é o entendimento da Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS n.º 24.566/DF, conforme se extrai do acórdão: “o prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável.”⁷⁷

O Decreto n.º 1.775/96⁷⁸ disciplina o processo de demarcação, o qual se entende como o ato administrativo destinado a identificar e sinalizar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígena. Nos termos do referido decreto, o processo de demarcação será instaurado sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, qual seja a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), autarquia criada pela Lei n.º 5.371/67.

⁷⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Comentários aos arts. 231 e 232**. In: AGRA, Walber de Moura et al (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2412.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de jun. de 2023.

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n.º 24.566/DF, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 mar. 2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86161>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

⁷⁸ BRASIL. Decreto n.º 1.775 de 8 de janeiro de 1996. **Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2023

Nos termos do disposto, a primeira etapa do processo de demarcação consiste no estudo antropológico de identificação da etnia, realizado por antropólogo indicado pela FUNAI, e posterior complementação dos estudos, a cargo de grupo técnico, com finalidade de realizar pesquisa de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação. Refere ainda o artigo 2º, § 3º, do Decreto que o grupo indígena envolvido participará do procedimento em todas as suas fases.

Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação das terras, o grupo técnico apresentará relatório detalhado à FUNAI, caracterizando a terra indígena a ser demarcada. Ato contínuo, aprovado o relatório, este será publicado na imprensa oficial, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área.

Desde o início do procedimento demarcatório, até noventa dias, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados apresentar impugnação à FUNAI por meio de razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório.

Nos sessenta dias subsequentes ao encerramento do prazo para apresentar impugnação, a FUNAI encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro da Justiça decidirá: i.) declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação; ii.) prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; iii.) desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do artigo 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

Por fim, a demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo, será homologada mediante decreto. A FUNAI poderá, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do artigo 1º da Lei nº 5.371/67⁷⁹, disciplinar o

⁷⁹ BRASIL, Lei n.º 5.371 de 5 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5371.htm>. Acesso em: 29 de ago. de 2023.

ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios.

No que se refere ao processo demarcatório, o artigo 25 do Estatuto do Índio estabelece que o reconhecimento dos direitos indígenas à terra independe de sua demarcação, tendo em vista a natureza declaratória do procedimento que decorre da ocupação tradicional, e será assegurado pela FUNAI.⁸⁰

Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal, a exemplo do julgamento da ACO n.º 312/BA, cuja ementa se extrai:

O reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional. 8) a baixa demografia indígena na região em conflito em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados por forasteiros, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas. A remoção dos índios de suas terras por atos de violência não tem o condão de afastar-lhes o reconhecimento da tradicionalidade de sua posse.⁸¹

Pelo exposto, depreende-se que o processo demarcatório reconhece que a identificação da terra indígena está intrinsecamente vinculada à noção de identidade da comunidade, por tal razão é que a metodologia utilizada no procedimento é a antropológica, aliada a estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental, entre outras. A presença de tais elementos, pois, confirma um direito originário da comunidade indígena.

A partir do panorama do ordenamento normativo dos direitos fundamentais dos povos indígenas, cumpre tecer considerações a respeito da interpretação dos dispositivos constitucionais conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso TI Raposa Serra do Sol, paradigmático em matéria de direitos territoriais indígenas.

4. JULGAMENTO DO CASO TI RAPOSA SERRA DO SOL – PETIÇÃO N. 3.388/RR

Em 19 de março de 2009, Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, julgou a Pet 3.388/RR, referente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do

⁸⁰ BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2023

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n.º 312/BA. Relator: Eros Grau, Relator p/ acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 mar. 2013, Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>>. Acesso em: 20 ago. 2023

Sol, que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas e fixou dezenove salvaguardas institucionais relativas à matéria.

Trata-se de ação popular proposta pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto, assistido pelo Senador Francisco Mozarildo de Mel Cavalcanti, em face da União, ajuizada em 20 de maio de 2005.

Na petição inicial, em síntese, o requerente impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. Em razões, alegou vícios no processo administrativo de demarcação, especialmente na elaboração do laudo antropológico. Referiu as consequências desastrosas para o Estado de Roraima sob os aspectos comercial, econômico e social. Ressaltou o comprometimento da segurança e da soberania nacional e a necessidade de audiência com o Conselho de Defesa Nacional. Sustentou o prejuízo aos interessados não indígenas que habitam a região; bem como, a ofensa ao princípio da razoabilidade, uma vez que a demarcação contínua privilegia a tutela dos indígenas em detrimento da livre iniciativa privada.

Por fim, postula liminarmente a suspensão dos efeitos da Portaria n.º 535/2005, do Ministro de Estado da Justiça, e do Decreto homologatório de demarcação da terra indígena de 15 de abril de 2005. No mérito, requer a declaração de nulidade da referida portaria.

Definida a competência⁸² do Supremo Tribunal Federal para julgar os casos envolvendo a TI Raposa Serra do Sol, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto indeferiu a liminar, sob o fundamento de que “a matéria atinente à demarcação da área conhecida como Raposa Serra do Sol é extremamente complexa e atinge fortes interesses de todas as partes envolvidas (indígenas, fazendeiros e o próprio Poder Público)”⁸³, cuja decisão foi confirmada pelo Tribunal Pleno no julgamento do Agravo Regimental.

⁸² A competência foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal por razão do julgamento proferido na Reclamação nº 2.833. Ocasão em que ficou decidido competir “a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida terra indígena” (Raposa Serra do Sol).

⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgR Petição 3.388/R. Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 de abril de 2006, p. 208-213. Disponível em: Acesso em: 20 de ago. de 2023, p. 2. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325893>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023

Nos autos, foram admitidos como assistentes simples do requerente o Estado de Roraima, Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima e o Espólio de Joaquim Ribeiro Peres.

Por sua vez, como assistente simples da requerida foram admitidos a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI), a Comunidade Indígena Socó, a Comunidade Indígena Barro, a Comunidade Indígena Maturuca, a Comunidade Indígena Jawari, a Comunidade Indígena Tamanduá, a Comunidade Indígena Jacarezinho e a Comunidade Indígena Manalai.

Na peça de defesa, a União rebateu um a um os fundamentos articulados na inicial, e afirmou que “não é o procedimento demarcatório que cria uma posse imemorial, um habitat indígena, mas somente delimita a área indígena de ocupação tradicional, por inafastáveis mandamentos constitucionais e legais”⁸⁴. Além disto, acrescentou que: i.) não houve lesão ao patrimônio público; ii.) que não foram comprovados pelo requerente os vícios levantados na inicial; e iii.) que a diferença da extensão da territorialidade de uma portaria para outra não significa anormalidade da demarcação.

O Estado de Roraima acrescentou novos pedidos àqueles formulados pelos autor: a) adoção da forma descontínua, ou “em ilhas”; b) exclusão das sedes dos Municípios de Uiramutã, Normandia e Pacaraima; c) exclusão da área de 150 km, referente à faixa de fronteira; d) exclusão de imóveis com posse ou propriedade anteriores a 1934 e de terras tituladas pelo INCRA antes de 1988; e) exclusão de rodovias estaduais e federais, bem como de plantações de arroz, de áreas de construção e inundação da Hidrelétrica de Cotingo e do Parque Nacional de Monte Roraima. Por fim, requereu a expedição de ordem à União para que se abstinhasse “de

⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 19-20. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023

demarcar qualquer outra área no território do Estado de Roraima, a qualquer título, ou seja, indígena, ambiental etc.”⁸⁵

No julgamento, o Supremo Tribunal Federal procurou definir a correta interpretação dos dispositivos constitucionais como resposta à necessidade de remediar uma grave situação de conflito entre os indígenas e posseiros na região. Conforme se infere da manifestação dos Ministros em seus votos, a Suprema Corte, no referido julgamento, fixou *standards* (parâmetros) de leitura e aplicação do texto constituição no que se refere ao direito à terra indígena.

Ao final, a Suprema Corte julgou a ação popular parcialmente procedente, nos termos do voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, reajustado segundo as observações constantes no voto-vista do Ministro Menezes Direito. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava a ação totalmente improcedente, e o Ministro Marco Aurélio, que suscitou preliminar de nulidade do processo e, no mérito, totalmente procedente a ação. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinou que sejam observadas dezenove condicionantes para reconhecimento à demarcação de terra indígena.

I. Voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto

De início, o Ministro Relator faz uma análise dos precedentes da Suprema Corte em matéria de demarcação de terra indígena. Refere que no acórdão que julgou o RE 183.188/MS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ficou assentado que a demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República é “ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade”⁸⁶.

No que se refere aos precedentes relativos à Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cita a ADI n.º 1.512, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, por meio da qual o Procurador-Geral da República impugnou leis que instituíram municípios do Estado de Roraima em território localizado em terra indígena. A referida ação direta de inconstitucionalidade não foi conhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em função da

⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 36-37. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 29.

impropriedade do processo objetivo para solução da lide, que exigia “a apuração de um estado de fato concreto e contraditório”⁸⁷.

Ato contínuo, busca examinar a definição integrada ao texto constitucional na matéria dos direitos indígenas. Em primeiro lugar, refere que o termo “índios” na Carta Magna retrata uma diversidade de povos que, “antes de ser interétnica, é, sobretudo, intraétnica”⁸⁸. Na sequência, afirma que o conjunto dessas etnias indígenas fazem parte de uma só realidade política e cultural – a Nação brasileira.

Nessa perspectiva, o Ministro refere que todas as terras indígenas são bens ou propriedade física da União, por força do artigo 20, XI, da Constituição Federal, de modo que a figura jurídica da soberania nacional deve estar presente. Com efeito, o Ministro Relator entende que “a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido⁸⁹.” Ou seja, busca estabelecer uma solução conciliatória entre comunidades indígenas e “não-indígenas”.

Outrossim, refere que o legislador constituinte deliberadamente empregou o termo “terras indígenas” em detrimento de “território indígena”, porquanto o substantivo “terras” possui natureza sociocultural e não pode ser elevado à categoria política de território.

O Ministro Relator continua seu voto tratando das coordenadas constitucionais para a identificação das terras indígenas. Ressalta competência não discricionária, exclusiva e com plena eficácia normativa do Poder Executivo para a prática do ato demarcatório. Reputa a este ato como um capítulo do que ele intitula “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”, nos seus termos:

Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade -, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória, de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai

⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 32. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 39.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 47

além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro.⁹⁰

Nesse sentido, infere que os fundamentos adotados na Constituição Federal, na matéria de direitos indígenas, visam: i.) preservar o domínio da identidade dos povos indígenas, sem remover o *status* de brasileiros; ii.) apresentar aos indígenas o “*modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente⁹¹”; e iii.) reconhecer que a tradicionalidade indígena é patrimônio imaterial.

Com base nesse entendimento, conclui que:

[A] Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios para agregar valor à subjetividade deles (fenômeno da aculturação, conforme explicado). Para que eles sejam ainda mais do que originariamente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direito políticos de votar e de ser votado, marcadamente. Já o outro lado da norma constitucional, este reside na proposição de que as populações ditas civilizadas também têm a ganhar com sua aproximação com os índios.⁹²

Assim, defende a interpretação jurídico-positivo da Constituição para melhorar solucionar a questão indígena no país, por meio de uma proposta conciliatória, que “não antagoniza colonização e indigenato⁹³”.

Na sequência, o Ministro Relator ressalta alguns pontos da normatividade constitucional que disciplina o processo demarcatório. Em primeiro lugar, afirma que a Constituição Federal estabeleceu, como marco temporal para demarcação de terra indígenas, a data de sua promulgação, *in verbis*:

I – o marco temporal da ocupação. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. 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. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de terra indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 57. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023. *Ibidem*, p. 57.

⁹¹ *Ibidem*, p. 60

⁹² *Ibidem*, p. 62-63.

⁹³ *Ibidem*, p. 66.

ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígene.⁹⁴

Em segundo lugar, sustenta que não basta constatar uma ocupação fundiária na data da promulgação da Constituição Federal, uma vez que é preciso que a ocupação tenha um caráter de perdurabilidade, o que definiu como marco da tradicionalidade da ocupação. Em terceiro lugar, aduz que o conceito de “tradicionalidade” deve observar o sentido contido artigo 231, § 1º, da Magna Carta, considerando os usos, os costumes e as tradições do povo e lhe ser adequado para a habitação e atividades produtivas. E, por fim, a interpretação extensiva do princípio da proporcionalidade, para compreender de maneira ampla o que é necessário e imprescindível em termos territoriais para assegurar ao indígena o usufruto a partir de sua cosmogonia.

No caso concreto, sustenta que a Terra Indígena Raposa Serra do Sol tem sido ocupada por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1988, conforme demonstrado em laudo e parecer antropológico acostado aos autos. Refere, ainda que as próprias características da região, como a infertilidade dos solos e períodos de cheias, impedem uma demarcação restritiva da área, pois incompatível com o objetivo de proteção indígena da Constituição Federal.

Contudo, o Relator ressalta que esse entendimento é limitado ao caso em comento, *ad litteram*:

Generoso querer da Constituição que, de modo algum, retire dos não-índios o espaço necessário para seu adequado desenvolvimento. É que, em se tratando do Estado de Roraima (como da maioria dos Estados da região Norte do Brasil), as extensões territoriais são superlativas. Prova disso é que as terras não-indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km², para uma população de menos de 400 mil habitantes. Só para que se tenha uma ideia da extensão dessas terras, o Estado de Pernambuco, com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km².

⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 68. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km², é habitado por mais de 15 milhões de pessoas.⁹⁵

Inicialmente, o Ministro Relator votou pela improcedência da ação popular, a fim de assentar a condição indígena da área demarcada como Raposa Serra do Sol, em sua totalidade.

Após o voto-vista do Ministro Menezes Direito, porém, o Relator, em aditamento ao voto, acolheu as diretrizes propostas e votou pela parcial procedência da ação, com a fixação de dezenove condicionantes à delimitação e usufruto das terras indígenas.

II. Voto do Ministro Menezes Direito

O Ministro Menezes Direito proferiu voto-vista concordando, no essencial, com as conclusões do relator Ministro Ayres Brito. Contudo, propôs à Corte, o que foi acolhido por maioria, que fossem incluídas no dispositivo da decisão condicionantes ou “salvaguardas institucionais” à delimitação e manutenção da terra indígena. No mérito, votou parcialmente procedente a ação popular.

De início, o Ministro refere que o verbo “ocupam” no artigo 231, *caput*, da Constituição Federal deixa implícito que a terra indígena são aquelas ocupadas pelos índios, no presente, e não aquelas que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam. Nesse sentido, afirma que o estabelecimento de um referencial temporal para a determinação da ocupação indígena, na data da promulgação da Carta da República, decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos indígenas. Assim, reconhece que a ocupação em data certa é um fato a ser verificado.

Outrossim, afirma que o termo “tradicionalidade”, presente no artigo 231 da Constituição Federal, expressa um sentido temporal. Nas palavras do Ministro:

Terras que os índios “tradicionalmente ocupam” são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço

⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 110-111. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado.⁹⁶

Nessa perspectiva, o Ministro Menezes Direito desenvolve a chamada “teoria do fato indígena”. Segundo ele, a posse tradicional indígena prevista no texto constitucional é um fato objetivamente verificável na data da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988. Sustenta que a Carta Magna teria adotado a tese do fato indígena, em substituição à tese do indigenato, que fundamentava a posse imemorial dos indígenas em ordens constitucionais.

Segundo o Ministro,

a identificação e a demarcação da terra indígena devem ser realizadas com base em um fato, o fato indígena, a ser apurado com base em critérios e metodologia próprios da ciência antropológica, a partir dos dados disponíveis e das informações levantadas em campo.⁹⁷

Isto é, para caracterizar as terras como tradicionalmente ocupadas por índios, segundo a tese do fato indígena, é preciso aferir a efetiva e permanente ocupação das terras pelos índios em data certa. Assim, sustenta a impossibilidade de revisão dos limites da terra indígena fixados na Portaria do Ministério da Justiça, em razão da primazia do princípio da segurança jurídica.

Refere que, sendo a definição da extensão da área fruto da constatação do que definiu como “fato indígena”, não há espaço para revisão das dimensões demarcadas. Ou seja, segundo o Ministro, a demarcação esgota a identificação, sendo vedada a sua alteração.

Nas palavras de Menezes Direito:

No caso da identificação e da demarcação de terras indígenas, de todos os modos, estou convencido de que a definição da extensão da área, fruto da constatação do fato indígena, não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador. A demarcação esgota a identificação, sendo vedada sua alteração.⁹⁸

Além disto, defende que a tutela dos direitos indígenas à terra não pode significar uma autonomia dos índios para além dos limites do Estado brasileiro, não podendo superar as normas constitucionais de unidade e indissolubilidade da Nação.

⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 152. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 186.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 167.

No que se refere à questão das fronteiras, o Ministro entende que a homologação presidencial de demarcação de terras indígenas, em faixa de fronteira, deve contar com a oitiva prévia do Conselho de Defesa Nacional. Quanto à superposição com unidades de conservação ambiental, entende que deve haver uma conciliação dos valores constitucionais, não havendo vedação para o estabelecimento de terras indígenas nas áreas de proteção ambiental.

Assim, sustenta a necessidade de se fixar diretrizes para o reconhecimento dos direitos indígenas à terra e quais as restrições aos direitos envolvidos na demarcação da área. Afirma que decisão adotada no caso Raposa Serra do Sol deve consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão nos demais tribunais.

Por fim, o Ministro Menezes Direito julgou parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as seguintes condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras, resumidamente: i.) o usufruto do solo, rios e lagos pode ser suplantado se houver outro interesse público envolvido; ii.) não abrange os recursos hídricos; iii.) não abrange as riquezas do subsolo; iv.) não abrange a garimpagem ou faiscação; v.) é condicionado ao interesse da política de defesa nacional; vi.) a atuação das forças armadas e da polícia federal pode se dar livremente nas terras indígenas, independentemente de consulta; vii.) o usufruto não impede a instalação de equipamentos públicos, como estradas e redes de comunicação; viii.) o usufruto de áreas afetadas por unidades de conservação deve obedecer às regras do Instituto Chico Mendes; ix.) se a área for de interesse ambiental, o regramento de uso será estabelecido pelo Instituto Chico Mendes, que ouvirá as comunidades, mas apenas em caráter opinativo; x.) o trânsito de visitantes e pesquisadores nas áreas de conservação ambiental deve ser admitido, não cabendo oposição dos índios; xi.) o ingresso e trânsito de não índios nas terras indígenas deve ser admitido, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; xii.) as comunidades não podem efetuar cobranças de transeuntes em suas terras; xiii.) também não se pode cobrar pelo uso dos equipamentos públicos instalados nas terras indígenas; xiv.) as terras indígenas não podem ser objeto de negócios jurídicos que restrinjam a posse dos índios; xv.) as terras indígenas e as riquezas delas decorrentes gozam de plena isenção tributária; xvi.) é vedada a ampliação da terra já demarcada;

e xvii.) os direitos indígenas em relação às terras são imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis.⁹⁹

III. O voto da Ministra Carmen Lúcia

Em seu voto, a Ministra Cármen Lúcia faz um breve relato histórico do tratamento dos direitos indígenas no ordenamento constitucional brasileiro, a partir da Carta de 1934. Ressalta que o indigenato é um título congênito, um estado pertencente ao índio desde seu nascimento, enquanto a ocupação é um direito adquirido.

Nessa perspectiva, a Ministra defende que não se pode deixar de aplicar o indigenato no caso em comento, uma vez que esse princípio é reconhecido desde antes da existência do estado de Roraima (instituído na Constituição de 1988). Ressaltou que a demarcação é apenas a concretização de um direito originário. Nas palavras da Ministra:

Se não-índios invadiram essas terras, quebrando-lhes a continuidade, formando áreas de ocupação não-indígena, isso significa usurpação dos direitos originários dos índios contra as normas constitucionais que os reconhecem. Logo admitir uma demarcação que ressalve essas 'ilhas' usurpatórias é o mesmo que praticar um ato inconstitucional e nulo.¹⁰⁰

De outra parte, afirma que não se pode presumir que o mero reconhecimento “formal dos direitos dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas acarrete risco para a soberania nacional pela singela circunstância de situarem essas terras próximas a fronteiras internacionais¹⁰¹”.

Por fim, a Ministra Carmen Lúcia julga parcialmente procedente a ação para interpretar os termos daqueles atos normativos questionados em conformidade com os preceitos constitucionais, acolhendo, em parte, o proposto pelo Ministro Menezes Direito, em seu voto vista. Em resumo propõe que: i.) o usufruto da terra não inclui recursos hídricos e potenciais energéticos; ii.) o usufruto da terra não inclui garimpagem e faiscação; iii.) o usufruto da terra não impede o exercício de atividades de defesa nacional, que podem ser desenvolvidas sem necessidade de consulta; iv.)

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 188-189. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 232-233.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 238.

o usufruto não impede a instalação de equipamentos públicos; v.) o usufruto de áreas afetadas por unidades de conservação deve obedecer às regras do Instituto Chico Mendes; vi.) é vedada a cobrança de valores de transeuntes não índios; e vii.) qualquer atividade de caça, pesca ou extrativismo é vedada a não índios¹⁰².

IV. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, defende a teoria do “fato indígena”, desenvolvida pelo Ministro Menezes Direito, a qual sustenta que “substitui, com vantagem, o instituto do indigenato¹⁰³”. Ao final, votou pela parcial procedência da ação, acolhendo integralmente às dezoito propostas enunciadas pelo Ministro Menezes Direito.

V. Voto do Ministro Eros Grau

Em seu voto, o Ministro Eros Grau entendeu que as terras indígenas “são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores¹⁰⁴”. Assim, refere que a Constituição Federal estabeleceu uma data certa (em 05 de outubro de 1988) para tutela dos direitos indígenas à terra. Por fim, votou pela parcial procedência da ação popular, tal como enfatizado no voto do Ministro Carlos Alberto Direito.

VI. Voto da Ministra Ellen Gracie

Em breve voto, a Ministra Ellen Gracie julga parcialmente procedente a ação popular, acompanhando as diretrizes estabelecidas pelo Ministro Menezes Direito, referindo que as “condicionantes ao exercício do direito de posse pelas populações indígenas sobre as terras de propriedade da União são as que se impõem a todos os brasileiros”¹⁰⁵.

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 251-252. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023,

¹⁰³ *Ibidem*, p. 281.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 285.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 325.

VII. Voto do Ministro Cezar Peluso

O Ministro Cezar Peluso, em seu voto, adere a teoria do “fato indígena” e acompanha integralmente os enunciados propostos pelo Ministro Menezes Direito. Afirma que é papel das Forças Armadas “integrar, aculturar e apoiar todo o processo de aculturação e de subsistência das populações indígenas¹⁰⁶”. Ressalta que não é verdade histórica que a presença indígena favorece o meio ambiente e, por essa razão, afirma expressamente que a preservação ambiental é valor maior que os direitos indígenas. Por fim, o voto do Ministro Cezar Peluso chegou a desconsiderar as singularidades da posse indígena, igualando-a à posse civil, conforme o seguinte trecho:

Aceito, porque me parece absolutamente correta a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas, que é o que o eminente Ministro Menezes Direito chamou de fato indígena. Na verdade, o fato da posse jurídica na data de início da vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponde praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.¹⁰⁷

VIII. Voto do Ministro Celso de Mello

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello considerou que a Constituição estabeleceu aos índios direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, referindo-se ao marco temporal específico de 05 de outubro de 1988. Assevera a possibilidade de comprometimento da autonomia estadual pelo uso abusivo do procedimento de demarcação. Por fim, acolheu as diretrizes propostas pelo Ministro Direito de Menezes e julgou parcialmente procedente a pretensão jurídica deduzida pelo autor popular.¹⁰⁸

IX. Voto do Ministro Gilmar Mendes

Em seu voto, o então Presidente do STF refere que o caso da TI Raposa Serra do Sol é a oportunidade de se fixar, em nome da Constituição e de sua força normativa, os parâmetros para que o Estado efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação.

¹⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 312. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 307.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 490 - 508.

De início, sustenta que, terminado o procedimento demarcatório, tem-se configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. Além disto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, a revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.

Nessa perspectiva, afirma que não se pode admitir a possibilidade de, a qualquer momento, sejam ampliados os limites das terras indígenas já demarcadas, sob a alegação de que as necessidades dos povos indígenas não foram corretamente atendidas à época da demarcação ou de que novos interesses teriam surgido após a sua conclusão.

Por fim, o Ministro votou pela parcial procedência da ação, na linha do voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, com as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, acrescentando às condições estabelecidas a obrigatoriedade de participação efetiva dos Estados e Municípios no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.¹⁰⁹

X. Os votos vencidos do Ministro Marco Aurélio e do Ministro Joaquim Barbosa

Em votos opostos, o Ministro Marco Aurélio é voto vencido por julgar o pedido totalmente procedente, enquanto o Ministro Joaquim Barbosa o julga totalmente improcedente.

Em um extenso voto, o Ministro Marco Aurélio iniciou por abordar algumas questões processuais que, segundo seu entendimento, deveriam ser sanadas antes do julgamento do mérito, entre elas a ausência de citação das autoridades que editaram a portaria e o decreto; a citação do Estado de Roraima e dos Municípios afetados, citação das etnias indígenas e dos detentores dos títulos de propriedade.

Quanto ao mérito, o Ministro ressalta que o pano de fundo envolvido é o da soberania nacional, por entender que constituem um risco ao país as preocupações

¹⁰⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 532-604. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

internacionais que a Amazônia desperta. Apresenta ainda alguns pontos em sintonia com as alegações dos autores, como a proteção das áreas tituladas pelo Incra, críticas ao laudo pericial e ao procedimento de demarcação. Também ponderou sobre os aspectos econômicos para o Estado de Roraima. Por fim, votou pela procedência da ação popular.¹¹⁰

O voto do Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto do ministro Carlos Ayres Britto, explicitando que é fato incontestável que grupos indígenas ocupam a região destinada à TI Raposa Serra do Sol há tempo suficiente para caracterizar a ocupação como imemorial e tradicional. Afastou as alegações contidas na ação contra a demarcação contínua da Raposa Serra do Sol, e entendeu que o processo que resultou na demarcação não continha qualquer ilegalidade. Seu voto foi pela total improcedência do pedido formulado na ação popular.¹¹¹ Foi o único Ministro contrário às condicionantes.

4.1. A Tese do Marco Temporal

A Suprema Corte, no julgamento da Pet 3.388/RR, fixou dezenove condicionantes, ao tecer parâmetros que deveriam ser observados na demarcação e usufruto das terras indígenas. Um dos pontos mais polêmicos do julgamento foi referente à fixação de um marco temporal para o reconhecimento, às comunidades indígenas, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

A relevância da matéria foi reafirmada com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, em 30 de maio de 2023, do Projeto de Lei n.º n.º 2.903 de 2023¹¹², que, ao regulamentar o art. 231 da Constituição, positiva a tese do chamado “marco temporal” das terras indígenas, segundo a qual só poderiam ser consideradas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios aquelas que assim se enquadravam quando da promulgação da Constituição, ressalvada a situação de renitente esbulho

¹¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 333- 464. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 292-300.

¹¹² BRASIL, Projeto de Lei n.º n.º 2.903 de 2023. **Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal**, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis n.ºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9376905&disposition=inline>>. Acesso em: 29 de ago. de 2023.

No acórdão da Pet 3.388/RR, o Ministro Relator Ayres Britto, esclareceu, com maior detalhamento, a tese que fixava a data da promulgação da Carta Cidadã, em 05 de outubro de 1988, como referencial insubstituível para o reconhecimento, às comunidades indígenas, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Segundo a tese do marco temporal, portanto, os indígenas não teriam direito a pleitear a posse da terra caso não seja evidenciada a presença física da etnia na data da promulgação da Constituição Federal.

Assim, não se inclui no conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” aquelas que foram ocupadas no passado, mas eventualmente abandonadas, ou aquelas que venham a ser ocupadas a partir da promulgação da Constituição. O Ministro Gilmar Mendes, em sede doutrinária, esclarece que:

Assim, a expressão “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os “usos, costumes e tradições” indígenas). E não há dúvida de que o marco temporal para averiguação desse modo de ocupação é a data da promulgação da Constituição de 1988.

Nesse sentido, a configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto”.

(omissis)

Mesmo preceito foi seguido no julgamento da Pet. 3.388-RR, no qual o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas. Trata-se de orientações não apenas direcionadas a esse caso específico, mas a todos os processos sobre o mesmo tema. Deixou-se claro, então, que o referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam é a data da promulgação da Constituição Federal, isto é, 5 de outubro de 1988.¹¹³

Portanto, a tese do marco temporal parte de dois argumentos: i.) a gênese do direito às terras teria sido reconhecida aos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal; e ii.) o conceito “tradicionalmente ocupam”, pressupõe que o verbo “ocupam”, no presente, refere a presença física, e não como forma da ocupação (tradicional). Essa interpretação foi amplamente refutada por doutrinadores, demonstrando que instituir um marco temporal para demarcação de terras indígenas contraria os princípios consagrados na Lei Fundamental sobre a matéria.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 381.

Segundo Robério Nunes dos Anjos Filho, vincular o conceito de terras tradicionalmente ocupadas à posse indígena na data da promulgação da Constituição “é um grave equívoco”¹¹⁴. A um, porque o conceito de posse civil não é aplicável à tutela dos direitos indígenas. A dois, porque a prova da posse em data certa e determinada, no caso 05 de outubro de 1988, seria impossível, especialmente àquelas comunidades isoladas.

Nessa perspectiva, o doutrinador conclui o raciocínio:

Inconstitucional, assim, ao nosso sentir; defender a necessidade da constatação da posse indígena na data da promulgação da constituição como requisito necessário à caracterização da ocupação tradicional, já que esta interpretação culminaria por legitimar os históricos esbulhos sofridos pelos índios, retirando a possibilidade de recuperação de terras que lhes foram tomadas pelas mais diversas formas de violência, desde a força bruta até as artimanhas jurídicas, apenas pelo fato das mesmas estarem, por isso mesmo, nas mãos de terceiros naquela determinada data.¹¹⁵

No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma que não é correto interpretar o texto constitucional como se os direitos originários dos povos indígenas às terras fossem limitados ao estado da ocupação em 05 de outubro de 1988, porquanto a Constituição de 1988 não instituiu esse direito, apenas deu continuidade a proteção constitucional dos direitos indígenas. Para o autor, a fixação de um referencial temporal para demarcação de terras indígenas “é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas.”¹¹⁶

Além disso, cumpre destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹¹⁷, cuja jurisdição o Estado brasileiro reconheceu como obrigatório e se comprometeu a observar, decidiu que, em relação ao limite temporal para recuperação das terras indígenas, é cabível a reivindicação sobre as terras, enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente sobre elas. Segundo a Corte, a determinação do “vínculo entre a comunidade indígena

¹¹⁴ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Comentários aos arts. 231 e 232**. In: AGRA, Walber de Moura, *et al* (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2408.

¹¹⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Comentários aos arts. 231 e 232**. In: AGRA, Walber de Moura, *et al* (orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2409.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso. **Parecer**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 26

¹¹⁷ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**, sentença de 29 de março de 2006, Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf>. Acesso em: 28 de ago. de 2023.

e a terra” só pode ser aferida a partir da análise do uso ou presença tradicional na terra, seja por meio de laços espirituais ou cerimoniais, assentamentos ou cultivos esporádicos, caça, pesca, coleta, uso dos recursos naturais ligados a seus costumes, seja mediante qualquer outro elemento característico da cultura da comunidade indígena.

No âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o *Special Rapporteur on the rights of Indigenous People*, José Francisco Calíz Tzay, manifestou grande preocupação com a aplicação da interpretação do marco temporal às demarcações pendentes de análise:

A adoção do ‘Marco Temporal’ contraria os padrões internacionais. Espero que a decisão do Supremo Tribunal Federal esteja em consonância com os padrões internacionais de direitos humanos aplicáveis e que proporcione a maior proteção possível aos Povos Indígenas do Brasil. A decisão precisa garantir reparações históricas para os povos indígenas e evitar a perpetuação de novas injustiças. Apelo ao Senado brasileiro para que rejeite o projeto de lei pendente. Rogo ao Governo do Brasil para tomar todas as medidas para proteger os Povos Indígenas, suas culturas e tradições, de acordo com a Constituição Federal brasileira e as obrigações internacionais de direitos humanos. (tradução nossa)¹¹⁸

Para Clovis Antônio Brighenti, colaborador do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), o marco temporal é uma forma de anistiar todos os crimes praticados pelo Estado brasileiro contra os povos indígenas:

O marco temporal significa dizer que todos os crimes praticados pelo Estado contra os povos indígenas por ação e omissão, não foram crimes; significa dizer que todas as invasões nos territórios indígenas foram legais; significa dizer que os indígenas foram merecedores da violência, afinal a sociedade brasileira estava fazendo um “bem” a eles, integrando-os ao mundo “civilizado”, ou seja, práticas etnocidas; significa que os Guarani expulsos pela hidrelétrica de Itaipu durante o regime militar em 1982 perderam o direito à terra, pois não estavam na posse das mesmas 6 anos depois porque as terras estava alagadas; significa dizer que os Kaingang do Toldo Imbu, amarrados pelo SPI e transportados em caminhos para a terra Xapecó devem se conformar com a violência. Seria um estímulo às novas invasões, e dizer a sociedade que o crime compensaria, ou seja, as atuais invasões como a do

¹¹⁸ No original: “The adoption of ‘Marco Temporal’ is contrary to international standards. I hope that the Supreme Federal Court’s decision will be in line with applicable international human rights standards and that it will provide the greatest possible protection for the Indigenous Peoples of Brazil. The ruling needs to ensure historical reparations for Indigenous Peoples and to avoid perpetuating further injustice. I call upon the Brazilian Senate to reject the pending bill. I urge the Government of Brazil to take all measures to protect Indigenous Peoples, their cultures and traditions, in accordance with the Brazilian Federal Constitution and international human rights obligations.” UNITED NATIONS. Media Statement. Brazil: **UN expert concerned about legal doctrine threatening Indigenous People’s rights**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2023/06/brazil-un-expert-concerned-about-legal-doctrine-threatening>>. Acesso: 22 ago. 2023.

território Yanomami, a da TI Alto Rio Guamá, caso permaneçam, poderão ser consolidadas em 30 a 40 anos.¹¹⁹

Portanto, o entendimento corroborado por pareceres de doutrinadores e cortes internacionais de direitos humanos é no sentido que a adoção do marco temporal nos processos de demarcação de terra indígena simboliza um grande retrocesso na política indigenista até então vigente. Tal é ainda mais evidente na aplicação generalizada da tese que fixa a data da promulgação da Constituição Federal como referencial temporal para reconhecimento do direito à terra indígena.

No precedente Raposa Serra do Sol, contudo, a única exceção à aplicabilidade do marco temporal que foi destacada no julgamento se refere às situações de “esbulho renitente”, constatado diante de situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de “não índios” como ilegítima e, assim, diante das disputas, permitir fosse reconhecido o caráter de tradicionalidade. Assim, foi explicitado no voto do Ministro Relator Carlos Britto: “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”¹²⁰.

Confira-se, no ponto, a lição de Bernardo Gonçalves Fernandes:

Nesses termos, conforme salientou o STF, o renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Do mesmo modo, segundo o STF, também não pode servir como comprovação do esbulho renitente o argumento de que os índios teriam pleiteado junto a órgãos públicos, desde o começo do século XX, a demarcação das terras de determinada região, pois manifestações esparsas podem até representar anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área, mas não a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.¹²¹

Portanto, para aplicação da excludente do esbulho renitente não seria suficiente a comprovação, à exaustão, da ocorrência de desocupação forçada, por parte de não-índios, de comunidades indígenas que ocupavam determinado território.

¹¹⁹ BRIGHENTI, Clovis Antônio. **Marco temporal e a consagração da violência contra os povos indígenas**: uma disputa de memórias. Disponível em: <<https://cimi.org.br/2023/06/marco-temporal-e-a-consagracao-da-violencia-contr-os-povos-indigenas-uma-disputa-de-memorias/>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Petição n. 3.388/RR, Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009, p. 236. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

¹²¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 2.352-2.353.

Seria necessária a existência, pelo menos, de um conflito possessório judicializado em curso na data da promulgação da Constituição de 1988.

Levando em conta que o Código Civil de 1916, vigente à época da promulgação da Constituição de 1988, dispunha, em seu artigo 6º, inciso IV, que os indígenas seriam relativamente incapazes para os atos da vida civil, não possuindo, desta forma, capacidade processual para estar em juízo, a necessidade de existência de um conflito possessório judicializado mostra-se condição de cumprimento impossível.

Como bem assinala André de Carvalho Ramos:

Exigir resistência física ou jurídica implica em aplicar às comunidades indígenas padrões de comportamento da sociedade envolvente, sem contar que se desconsidera o histórico de violência e miserabilidade daqueles que perderam suas terras, mas que mantêm o desejo de retomada da área. De fato, em vários casos, a comunidade indígena mantém-se nas proximidades, em intensa situação de vulnerabilidade, inclusive sendo usada como mão de obra barata.¹²²

Assim, a interpretação dos dispositivos constitucionais não se coaduna com a tese restritiva de esbulho renitente. A um, porque os povos indígenas, antes da Constituição de 1988, não tinham legitimidade processual para propor demandas possessórias. A dois, porque os princípios consagrados na Lei Maior são de natureza protetiva das minorias, os quais orientam a interpretação de modo favorável às comunidades tradicionais.

Nesse ponto, é pertinente citar a análise feita pelo Ministro Roberto Barroso no julgamento da ACO n.º 366/MT:

Mas, a despeito disso e em *obiter dictum*, deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650. Nessa mesma matéria, tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições.¹²³

¹²² CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 858.

¹²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Ordinária n. 366/MT, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 ago. 2017. Disponível em:

A interpretação emanada pelo Ministro Roberto Barroso, ao contrário do precedente no caso Raposa Serra do Sol, mostra-se coerente com o conjunto histórico constitucional e a tradição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos indígenas à terra no Brasil. Assim, apesar do precedente que consagrou a tese do marco temporal e do esbulho renitente, o que se percebe é que a Suprema Corte deixou de aplicar indiscriminadamente esses conceitos.

Ante o exposto, tem-se evidente que as teses lançadas no precedente do caso Raposa Serra do Sol, notadamente à condicionante relativa ao marco temporal, violam o princípio da vedação ao retrocesso, consagrado em temas de direitos fundamentais, porquanto contraria o teor protetivo da Carta Constitucional e o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos indígenas à terra.

4.2. Os Embargos Declaratórios na Pet n.º 3.388/RR

Em face do acórdão plenário da Pet 3.388/RR, foram opostos embargos de declaração, os quais foram parcialmente acolhidos, sem efeito modificativo, para esclarecer que: i.) a decisão proferida no caso não vincula os juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas; ii.) todos os processos relacionados à TI Raposa Serra do Sol deverão adotar premissas fixadas no acórdão da Pet 3.388/RR; e iii.) o usufruto de recursos minerais não confere aos índios o direito exclusivo de exploração nas terras indígenas.

No acórdão, o Ministro Relator Roberto Barroso referiu expressamente que “a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico.” Contudo, o relator também ressaltou que,

embora não tenha efeito vinculante em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões¹²⁴.

Por essa razão, a Advocacia Geral da União, com base nas diretrizes definidas no julgamento da Pet 3.388/RR, editou a Portaria n.º 303, de 16 de julho de 2012,

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14264151>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração na Petição n. 3.388/RR. Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 out. 2013, p. 43-44. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

dispondo sobre “as salvaguardas institucionais às terras indígenas”. A Portaria n.º 303 da AGU determinava que as dezenove ressalvas às terras indígenas, fixadas pela Suprema Corte no caso Raposa Serra do Sol, seriam aplicáveis a todos os processos de demarcação em curso ou futuros. A orientação, contudo, foi suspensa após forte pressão do movimento indígena¹²⁵.

Porém, em julho de 2017, foi publicado no Diário Oficial da União o Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, aprovado pelo Poder Executivo, com eficácia vinculante à Administração Pública Federal, cujo conteúdo repete a decisão do STF na Pet. 3.388/RR. Na introdução do parecer, faz-se constar o seguinte:

O presente parecer (...) tem o objetivo de determinar a observância, por parte da Administração Pública Federal, direta e indireta, do conteúdo da decisão preferida pelo Supremo Tribunal Federal na PET n. 3.388/RR, especialmente das salvaguardas institucionais às terras indígenas.¹²⁶

No mesmo sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem aplicado como precedente a tese do marco temporal nos conflitos de demarcações de terras indígenas. No RMS 29.542¹²⁷, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, sobre a TI Porquinhos no Maranhão, foi alegado que o procedimento de demarcação da referida terra descumpria a decisão proferida pela Suprema Corte quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

Na mesma linha, no julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462/MS¹²⁸, sobre a TI Limão Verde, o Ministro Relator Teori Zavascki fundamentou o voto na teoria do marco temporal, entendendo que não ficou comprovado que o povo indígena ocupava a área reivindicada no dia 05 de outubro de 1988, bem como interpretando pela não configuração do esbulho renitente.

¹²⁵ Cf. ARAUJO JUNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 223.

¹²⁶ BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19185923/do1-2017-07-20-parecer-n-gmf-05--19185807>. Acesso em: 26 de jul. de 2023.

¹²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 29.542, Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 20 de ago. 2023.

¹²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462/MS, Relator: Teori Zavascki, Segunda Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 dez. 2014, Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

Em sentido idêntico, no RMS 29.087/DF¹²⁹, a Segunda Turma da Suprema Corte entendeu que não fora atendida a tese do marco temporal e concedeu o mandado de segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de identificação e delimitação da Terra Indígena Guyraroka.

Em sentido contrário, ao julgar o Ag. Reg. Rcl nº 13.769/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski reafirmou o posicionamento segundo o qual a Pet. 3.388/RR se refere apenas ao procedimento de demarcação da TI Raposa Serra do Sol e não poderia ser invocado contra atos e decisões que digam respeito a qualquer outra área indígena,

porque não houve no acórdão que se alega descumprido o exposto estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares.¹³⁰

No mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reiterou esse posicionamento ao julgar o Ag. Reg. Rcl nº 14.473/RO. Na oportunidade, o Ministro Marco Aurélio enfatizou que as condicionantes fixadas no caso Raposa Serra do Sol não permitem a conclusão de vinculação daquele processo “relativamente à demarcação de outras terras indígenas¹³¹”.

Em idêntico sentido, a Ministra Rosa Weber, no MS nº 31.901/DF, decidiu que:

As “condicionantes” adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico. O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado; apenas limitam, de forma mais ou menos extensa, o campo de abrangência sobre o qual poderia ser estendido o entendimento inicial, caso tais condicionantes não existissem. À primeira vista, deve-se evitar um processo de rompimento de unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos, possam vir a ser aplicadas de modo independente.

Tal resultado prático resultaria contraditório, em última instância, à intenção externada pelo saudoso Ministro Direito – no sentido de fazer da Pet 3.388/RR um caso verdadeiramente paradigmático, a orientar a

¹²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF. Relator: Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 set. 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. na Reclamação nº 13.769/DF, Relator: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 de março de 2022, p. 5. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760078336>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

¹³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 14.473/RO, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 de fev. de 2017, p. 19. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437898>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

jurisprudência e a Administração Pública na tomada de decisões futuras a respeito da questão indígena.

Dessa forma, há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema, a pretensão de destacar uma dessas “condicionantes” do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida. Se a própria inicial assume que o auxílio ao leading case é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda.¹³²

Nesse contexto, tem-se evidente que não há, até o momento, uma unanimidade no Plenário do STF no que se refere à interpretação do artigo 231 da Constituição Federal e, conseqüentemente, os pressupostos que devem ser adotados para o reconhecimento do direito à terra indígena. Portanto, será no julgamento plenário do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC que será confirmada ou não a tese do marco temporal, nos termos em que definida na Petição 3.388/RR e precedentes seguintes.

5. REPERCUSSÃO GERAL NO RE N.º 1.017.365/SC DO STF

O Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC do Supremo Tribunal Federal tem origem em ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina – FATMA em face da etnia indígena Xokleng, em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação dos indígenas, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, Estado de Santa Catarina.

Em representação à comunidade indígena, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas – FUNAI interpôs recurso extraordinário em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹³³, que entendeu não haver elementos que permitam inferir que as terras seriam tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e confirmou a sentença que havia determinado a reintegração de posse ao órgão ambiental.

No recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal, a FUNAI sustentou ofensa aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e

¹³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n.º 31.901. Relatora: Rosa Weber, Decisão Monocrática, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mar. 2014, p. 5-6. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=206571668&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n.º 0000168-27.2009.404.7214/SC, Relator Des. Luís Alberto de Azevedo Aurvalle, **Diário de Justiça Eletrônico**, 23 de julho de 2013. Disponível em: <https://consulta.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6020627&hash=315ebf014948c31289108f6520e2d4b4>. Acesso em 28 de ago. de 2023

LV, e ao artigo 231 do texto constitucional. Nas razões recursais, sustentou que a área objeto da lide já foi reconhecida como de tradicional ocupação indígena, e que o acórdão recorrido deixou de aplicar a interpretação contida no artigo 231, *caput*, e §§, ao privilegiar o direito de posse privada em detrimento do direito originário dos indígenas. Asseverou que a Constituição Federal de 1988 acolheu a teoria do indigenato, pela qual a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita, ou seja, originária, não dependendo de título ou reconhecimento formal. Salientou que o processo de demarcação de terras indígenas possui natureza declaratória, e não constitutiva, tendo por escopo a delimitação espacial dessas áreas, de modo a possibilitar o exercício das prerrogativas constitucionais conferidas aos índios.

Ademais, referiu o direito imprescritível da comunidade indígena à terra, não sendo cabível que se compreenda que os direitos indígenas à posse das terras decorram da demarcação administrativa da área, pois os títulos de domínio referentes às terras de ocupação dos indígenas são inoponíveis a eles. Postulou, ao final, seja provido este recurso, a fim de se reformar o acórdão recorrido para resguardar ao grupo indígena sua permanência nas terras por ele tradicionalmente ocupadas, que se encontram em processo de demarcação.

A questão foi levada ao reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, tendo em vista que a “definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, a luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988”¹³⁴ ainda não havia sido fixada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante.

Nesse contexto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC, reconheceu a repercussão geral da seguinte questão constitucional (Tema 1.031):

1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à 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.
2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.¹³⁵

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 1.017365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 abril 2019, p. 5. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>>. Acesso em 20 ago. 2023.

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 1.017365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 abril

Ato contínuo, foi determinada a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final do recurso, o que ocorrer por último.

O Ministro Relator Edson Fachin concedeu tutela provisória incidental requerida pela Comunidade Indígena Xokleng, a fim de suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Foram admitidas mais de cinquenta entidades, notórias na defesa dos direitos humanos, na qualidade de *amicus curiae*, como Conselho Indigenista Missionário (CIMI); Conselho Nacional de Direitos Humanos; Instituto Socioambiental (ISA) e Greenpeace Brasil. Tal só ressalta a relevância do tema no contexto histórico e social dos povos indígenas.

Até a conclusão deste trabalho, foram proferidos os votos do Ministro Relator Edson Fachin, do Ministro Nunes Marques e do Ministro Alexandre de Moraes. Em 07 de junho de 2023, o Ministro André de Mendonça pediu vista dos autos, estando o recurso suspenso desde então.

I. Voto do relator Ministro Edson Fachin

O Relator, em seu voto, destacou a relevância da questão constitucional referente à compreensão dos direitos possessórios das comunidades indígenas por meio da leitura hermenêutica do artigo 231 do texto constitucional, de modo a tutelar o direito fundamental dos indígenas à posse e ao usufruto de suas terras tradicionais.

Nesse sentido, o Ministro faz um resgate histórico do direito constitucional dos povos indígenas, a partir do reconhecimento da posse e do domínio sobre as terras desde o Alvará Régio de 1680 até a atual Constituição de 1988. Da análise, infere que a Constituição de 1988 rompe com um paradigma assimilacionista, que pretendia

2019, p. 1-2. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>>. Acesso em 20 ago. 2023.

uma progressiva integração “civilizatória”, para o reconhecimento e incentivo ao pluralismo sociocultural indígena.

O cerne do debate gira em torno das dezenove condicionantes estabelecidas no julgamento da Pet n.º 3.388 para o reconhecimento da demarcação de terra indígena e a contestável coerência com o texto constitucional do artigo 231. Dentre os pressupostos definidos no precedente, destacou-se a tese de que a posse tradicional seria um fato, verificado na data de 05 de outubro de 1988, considerando-se vedada a ampliação de terras indígenas a partir do chamado “marco temporal”.

Nesse contexto, o Relator argumenta que, embora o princípio da segurança jurídica – em tese - não permita a revisão da matéria pela Suprema Corte, uma vez que as dezenove condicionantes já tenham sido aplicadas pela jurisprudência pátria, são duas razões que levam ao reconhecimento da repercussão geral do tema. A um, porque no julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão da Pet nº 3.388/RR, foi determinada a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes às instâncias jurisdicionais inferiores. A dois, porque é fundamental que se avalie os efeitos das dezenove condicionantes nas demarcações administrativas de terras indígenas e nos processos judiciais, uma vez que atingem toda população indígena no Brasil.

Portanto, ressalta que, em sede de repercussão geral, é preciso desvelar as possibilidades hermenêuticas contidas no artigo 231 da Carta Magna, a fim de guiar a interpretação constitucional e projetar seus efeitos de modo mais eficiente nos processos de demarcação de terras indígenas, administrativos ou judiciais, bem como de todos os incidentes processuais decorrentes.

De início, o Relator afirma que os direitos territoriais indígenas, contidos no artigo 231 da Carta Magna, visam a garantia da manutenção de suas condições de existência e vida digna, qualificando-os como direitos fundamentais, o que resulta em quatro implicações: i.) a incidência do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal¹³⁶ que define como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais; ii.) a proteção contra eventuais iniciativas da maioria legislativa com potencial de coartar o exercício desses direitos; iii.) a vedação ao retrocesso e a proibição da tutela insuficiente de

¹³⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

direitos, tendo em vista que estão atrelados à própria condição de existência e sobrevivência de comunidades vulneráveis; iv) a observância do princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, pois nos termos do artigo 5º, §2º do texto constitucional¹³⁷, faz-se necessário manter a coerência com uma hermenêutica que cumpra com os objetivos da Constituição.

Na sequência, examina a natureza jurídica da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, o qual compreende ser meramente declaratória, tendo em vista que não institui o direito sobre a terra aos índios, mas apenas reconhece aquelas que já são de posse da comunidade indígena por direito originário.

Ato contínuo, busca elucidar o significado de posse indígena contido no artigo 231 do texto constitucional. Nessa perspectiva, afirma que, ao contrário da posse civil, na posse indígena a função econômica da terra se liga à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, ou seja, a própria formação da identidade dos povos indígenas.

Nesse contexto, para o Ministro, a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam não depende da existência de um marco temporal, nem da configuração de esbulho renitente com conflito físico ou de controvérsia judicial persistente na data da promulgação da Constituição.

Isso porque, segundo o Relator, não se pode olvidar que a legislação brasileira sobre a tutela da posse indígena estabeleceu, desde a Carta de 1934, uma sequência crescente de garantias aos índios, de modo que a leitura integrada do artigo 231 da Constituição de 1988 não permite uma conclusão restritiva aos direitos à posse permanente e tradicional às comunidades indígenas.

Outrossim, afirma que a tese do “marco temporal” encontra óbice insuperável - o fato de que a ausência de indígenas na área de interesse, na data de 05 de outubro de 1988, não legitima a transferência do bem público ao patrimônio privado, visto que a terra indígena não é devoluta e deve ser revertida ao patrimônio público federal¹³⁸.

¹³⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹³⁸ Cf. disciplina o artigo 21 do Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/1973): “art. 21. As terras espontâneas e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do

Portanto, são garantias que colocam as terras indígenas como *res extra commercium*, sobre as quais é impossível alienação em favor de particulares, considerando a sua natureza pública e, sobretudo, vinculada à preservação das comunidades indígenas.

Nesse cenário, o Ministro Relator propõe a observância dos seguintes pressupostos caracterizadores à posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, em resumo: i.) a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial; ii.) a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios; iii.) a data da promulgação da Constituição de 1988 não constitui marco temporal para a aferição dos direitos possessórios indígenas; iv) não se exige para a demonstração de renitente esbulho a instauração de demanda possessória judicializada à data da Constituição de 1988, ou mesmo de conflito fático persistente em 05 de outubro de 1988; v) o laudo antropológico é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação; vi) o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição.

Isto é, para o Ministro Edson Fachin, a data da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, não pode ser considerada como o marco temporal para a aferição dos direitos possessórios indígenas sobre a terra, “sob pena de desconsideração desses direitos enquanto direitos fundamentais”¹³⁹, devendo o parâmetro para verificação da ocupação histórica ser o laudo antropológico elaborado nos termos do Decreto n.º 1.776/1996.

Nessa senda, no que se refere às razões do recurso extraordinário, o Ministro Relator concluiu que o Tribunal *a quo*, no julgamento da Apelação n.º 0000168-27.2009.404, deixou de considerar os pressupostos de demonstração de posse indígena, notadamente a comprovação pericial de que a área é ou não historicamente indígena, de acordo com seus usos, costumes e tradições. Assim, diante da necessidade de observância de aspectos fáticos para garantia do direito originário sobre as terras, determinou a anulação da decisão recorrida, com o retorno ao

órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.”

¹³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 jun. 2021, p. 82. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

Tribunal de origem para prolação de nova decisão, com base nos pressupostos indicados.

Por fim, o Ministro Relator votou pelo provimento ao recurso extraordinário, com anulação da decisão recorrida, e propôs a fixação da seguinte tese de repercussão geral (Tema 1031):

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.¹⁴⁰

¹⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 jun. 2021, p. 88-90. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

II. Voto do Ministro Nunes Marques

O Ministro Nunes Marques, em seu voto, diverge do Ministro Relator ao considerar que a data da promulgação da Constituição Federal deve ser adotada como marco temporal para definição da ocupação tradicional da terra por indígenas.

De início, o Ministro refere que a interpretação do artigo 231, § 1º, da Constituição Federal estabelece quatro pressupostos para o reconhecimento do direito indígena à terra, quais sejam: i.) a ocupação da terra em caráter permanente; ii.) a utilização para as atividades produtivas pelos indígenas; iii.) ser indispensável à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios; e, por fim, iv.) ser necessária a reprodução física e cultural da etnia, segundo seus usos, costumes e tradições.

No que se refere ao primeiro pressuposto, Nunes Marques afirma que existem duas teorias que buscam explicar o significado de “ocupação em caráter permanente”: i.) a “teoria do indigenato” e ii.) a “teoria do fato indígena”.

Segundo o Ministro, a “teoria do Indigenato” foi elaborada no início do século XX, em um contexto de expansão territorial em direção ao oeste brasileiro, por iniciativa, principalmente, de imigrantes europeus, o que culminou no aumento de massacres e esbulho de terras indígenas. Sustenta que a “teoria do indigenato”, portanto, respondeu a um clamor público pelo respeito ao índio a sua originalidade adâmica no território nacional. Contudo, afirma que, num ponto de vista prático e jurídico, a referida teoria cria alguns problemas insolúveis e não pode ser aplicada em sua integridade.

Nas palavras do Ministro Nunes Marques,

De fato, em seu grau máximo, a teoria do indigenato poderia até mesmo eliminar o fundamento da soberania nacional. Se o índio era senhor e possuidor de toda a terra que um dia fora sua, por direito congênito, como poderia o Brasil justificar o seu poder de mando em território que não era senão aldeia em processo de devolução aos seus legítimos senhores.¹⁴¹

Acresce que a propriedade privada é elemento fundamental das sociedades capitalistas, ao passo que a observância da “teoria do indigenato” acabaria por fomentar a insegurança sobre esse direito, em especial no que diz respeito aos bens

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Youtube**, 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=85vEMSUe_WY>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

imóveis. Em razão disto, sustenta que uma teoria que defende a possibilidade de demarcação permanente de novas terras, como a “teoria do indigenato”, fomenta a ocorrência de conflitos fundiários.

Por outro lado, defende o Ministro, que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR), oferece uma solução aos conflitos por terra, em especial entre indígenas e proprietários privados, ao estipular como marco temporal para tradicionalidade indígena a ocupação da terra em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Carta da República. No caso, ressalta que o Supremo Tribunal Federal concluiu que a Constituição Federal trabalhou com data certa para os efeitos de tutela de terras indígenas, qual seja a de sua promulgação.

Na sequência, afirma que a “teoria de fato indígena”, que tem base no posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso da TI Raposa Serra do Sol, é a melhor solução para minorar os conflitos fundiários no Brasil. Isto porque, por um lado, admite-se que os índios remanescentes de 1988 e suas gerações posteriores têm direito à posse de suas terras tradicionais para que possam desenvolver livremente o seu modo de vida. Por outro, possibilita-se anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes.

Segundo Nunes Marques, ainda, a interpretação do artigo 231, *caput*, da Constituição Federal, em uma perspectiva gramatical, tem-se clara a intenção do legislador constituinte de estabelecer um marco temporal ao direito indígena à terra. Isto porque, o verbo “ocupar” é usando no presente do indicativo e não no subjuntivo “ocupem”.

Ademais, em seu entendimento, ao estabelecer prazo de cinco anos para que a União efetuasse a demarcação das terras, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o constituinte originário demonstrou a intenção de estabelecer um marco temporal preciso para definir os espaços físicos que ficariam sob exclusivo usufruto indígena. Se houvesse a possibilidade de estabelecimento de novas posses além das existentes na promulgação da Constituição, “não faria sentido fixar prazo para a demarcação dessas terras, pois a possibilidade estaria sempre em aberto”.

Para o Ministro Nunes Marques, esse entendimento está de acordo com a Súmula 650 do STF, segundo a qual: “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição

Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.”

Outrossim, sustenta o Ministro que a aplicação dos parâmetros adotados no caso da TI Raposa Serra do Sol tem sido utilizada em diversos casos judiciais, e a revisão da jurisprudência ocasionaria insegurança jurídica e retorno à situação de conflito fundiário.

Por fim, votou o Ministro Nunes Marques, que divergia do Ministro Edson Fachin (Relator), para negar provimento ao recurso extraordinário, propondo a fixação de tese:

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

I- a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas pelos índios em caráter permanente das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias ao seu bem-estar e das indispensáveis à sua reprodução física e cultural, segundo os costumes e tradições que lhe são próprios, nos termos do § 1º art. 231 do texto constitucional.

II - a proteção constitucional dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam depende da existência de um marco temporal - 5 de outubro de 1988 -, ou da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

III - a demarcação é prosseguimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidades indígenas;

IV - a deflagração de processo demarcatório que contemple uma determinada terra indígena tradicional não se constitui em causa suficiente de per si à emissão dos indígenas na respectiva posse, porquanto tal procedimento, de natureza complexa, depende da deliberação da Funai, do ministério da Justiça e do presidente da República, não surtindo quaisquer efeitos aos interessados antes de sua última ação, restando assim plenamente resguardada a posse legítima dos ocupantes de boa-fé;

V - o laudo antropológico realizado em observância ao disposto no decreto 1.776/96 é elemento fundamental à demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada;

VI - o reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas se compatibiliza com a tutela constitucional do meio ambiente, porém sobre ele não se sobrepõe e, por isso, não pode vilipendiar as terras titularizadas por terceiros, sejam eles particulares ou pessoa jurídicas de direito público, tampouco se cogita que se possa vulnerar propriedade privada ou a própria defesa do meio ambiente, ambos alentados como princípio sobre os quais se baseiam a ordem econômica;

VII - a interferência unilateral da União em território estadual somente deve ser autorizada a partir de critérios constitucionalmente adequados, evitando-se a privação da propriedade ou dos bens de terceiro sem o devido processo penal, garantia fundamental expressamente albergada no texto constitucional;

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

IX - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, na qualidade de terras públicas são inalienáveis e indisponíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis;

X - são nulos e extintos, de modo a não produzirem efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras tradicionais indígenas ou a exploração do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito a indenização ou ao ajuizamento de ação contra a União em virtude da caracterização da área como indígena, ressalvada indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.¹⁴²

Após o voto do Ministro Nunes Marques, pediu vista o Ministro Alexandre de Moraes.

III. Voto do Ministro Alexandre de Moraes

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes votou para dar provimento ao recurso extraordinário, fixando que a data da promulgação da Constituição Federal não pode ser utilizada como ponto de definição da ocupação tradicional da terra por comunidades indígenas.

De início, o Ministro faz uma análise da questão dos povos originários indígenas no cenário brasileiro e internacional. Ressalta a importância do tema que tem gerado insegurança jurídica e afetado a paz social por séculos, notadamente em conflitos fundiários. Segundo ele, não há um modelo, até o momento, eficaz de reparação aos povos originários pela ocupação de suas terras pelas nações colonizadoras.

Na sequência, refere que o Supremo Tribunal Federal, no caso da TI Raposa Serra do Sol, buscou solucionar essa questão de forma a melhor atender os interesses dos povos indígenas e dos proprietários privados. No caso, a Corte entendeu que a data da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, poderia ser considerado o que, no acórdão, se denominou “chapa radiográfica” da ocupação territorial indígena. Isto é, obrigatório termo referencial, cujo objetivo seria impedir novas demarcações em período posteriores a data da promulgação da Carta Magna, como forma de evitar o recorrente e violento processo de expulsão dos indígenas de suas terras.

Nessa perspectiva, o Ministro Alexandre de Moraes defende a necessidade de conciliação de interesses entre indígenas e proprietários que adquiriram as terras de

¹⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Youtube**, 15 set. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=85vEMSUe_WY>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

boa-fé. Contudo, sustenta o Ministro que a tese do “marco temporal” exclui a tutela de povos indígenas que foram expulsos de suas terras em momento anterior a promulgação da Constituição de 1988. Ressalta ainda que a capacidade civil para litigar dos indígenas só foi reconhecida na Constituição de 1988.

No caso dos autos, refere que a comunidade indígena Xokleng foi expulsa de suas terras, no litoral de Santa Catarina, em 1930, após constantes massacres cometidos por “bugreiros”¹⁴³. A violência foi tão brutal, que os poucos sobreviventes deixaram as suas terras tradicionais, sendo que, na data da promulgação da Constituição Federal, ainda se encontravam exilados.

Nesse sentido, em conformidade com o voto do Ministro Relator Edson Fachin, o Ministro Alexandre de Moraes entende pelo afastamento da tese do “marco temporal” para a demarcação de terras indígenas. Por outro lado, em nome da segurança jurídica, o Ministro apontou a necessidade de conciliar os direitos dos indígenas com os de produtores rurais que adquiriram as terras regularmente e de boa-fé. Ele propôs que, se for reconhecida a ocupação tradicional sobre terras que tenham uma cadeia de domínio legítima, os proprietários não podem ser prejudicados. Nesses casos, a União deve ser responsabilizada e pagar indenização sobre o valor total dos imóveis, e não apenas sobre as benfeitorias.

Desse modo, segundo o Ministro, nos casos em que houver uma ocupação consolidada afetando uma terra tradicional indígena, a desocupação, além de provocar insegurança jurídica, não seria de interesse público. Nesses casos, ele propõe que, sendo impossível readquirir as terras de maneira fática, a União deve compensar com terras equivalentes, com a expressa concordância da comunidade.

Por fim, votou o Ministro Alexandre de Moraes para dar provimento ao recurso extraordinário, fixando tese parcialmente diversa da proposta pelo Ministro Relator, nos seguintes termos:

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,

¹⁴³ Bugreiro era o indivíduo contratado pelos governos imperiais das províncias do Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, com a função de atacar e exterminar indígenas. O termo se origina da palavra bugre, como eram conhecidos pejorativamente os indígenas do sul do Brasil.

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 1988.¹⁴⁴

Na sequência, o Ministro André de Mendonça pediu vista dos autos, estando o recurso suspenso desde então.

6. ANÁLISE DOS VOTOS À LUZ DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE DWORKIN

Assentadas as premissas teóricas que orientam a interpretação, sob o regime de direito como integridade, do ordenamento constitucional, cumpre examinar se as concepções externadas no caso Raposa Serra do Sol e no Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC se mostram coerentes com a tradição jurídica brasileira referente à tutela dos direitos indígenas.

Conforme explicitado no Capítulo II, o direito como integridade propõe uma modelo de interpretação construtiva do direito para solucionar os casos complexos. Esta teoria busca auxiliar os intérpretes do direito a encontrarem a melhor resposta para os casos difíceis, levando em consideração a justiça, a equidade e o devido processo legal, como princípios orientadores da prática jurisdicional.

Assim, segundo o direito como integridade, os juízes, ao proferirem decisões judiciais, devem identificar os princípios morais que justificam as decisões políticas anteriores. A partir disto, as novas decisões devem seguir uma consistência sistêmica com o que foi consolidado na tradição jurídica.

No julgamento da Pet 3.388/RR, contudo, tem-se clara a intenção da Suprema Corte de encontrar uma solução conciliatória, a fim de amenizar o conflito fundiário existente entre os povos indígenas e latifundiários. Para Dworkin, as decisões conciliatórias retratam uma das maiores violações do direito como integridade¹⁴⁵. Isso porque as decisões conciliatórias acabam por gerar mais injustiça do que aquela que pretende resolver¹⁴⁶,

¹⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Youtube**, 07 jul. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cCw7xBFjEzg&list=PLippyY19Z47t_ixn4dO8E2ArylQXIC1K5&index=3>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014., p. 223-225.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 219.

O que se percebe é que a tradição jurídica, no que se refere aos direitos territoriais indígenas, até o precedente do caso Raposa Serra do Sol, reconhecia o direito à terra como congênito, sem mencionar qualquer referencial temporal a sua efetivação. Justamente neste ponto que as soluções conciliatórias geram mais injustiças, vista que tratam casos semelhantes de forma diferente, a partir de justificativas arbitrárias.

No caso Raposa Serra do Sol, percebe-se que a Suprema Corte reescreveu a tradição decisória do tema, sem a coerência necessária para manutenção da integridade do direito, modificando a interpretação até então empregada no sistema normativo indigenista e das próprias normas constitucionais. Ou seja, o julgamento da Pet 3.388/RR desconsiderou o conjunto coerente de princípios tidos como fundamentais para solução do caso concreto.

Outrossim, a definição de condicionantes pela Suprema Corte para o efetivo exercício dos direitos indígenas à terra, notadamente a adoção da data da promulgação da Constituição Federal vigente como referencial temporal para o reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, representa um retrocesso na tradição jurídica do tema; contrariando, ademais, os princípios norteadores do ordenamento constitucional.

No voto do Ministro Menezes Direito, por exemplo, segundo Júlio José Araujo Júnior¹⁴⁷, estranhamente não se leva em consideração a cadeia legislativa (constitucional e infraconstitucional) sobre os direitos dos índios desde o século XIX, deixando de lado a historicidade sobre o tema. No ponto, esclarece Ronaldo Macedo Júnior, em comentário à integridade no direito:

O estudo histórico do direito importa na medida em que por meio dele podemos compreender como os direitos e deveres constituídos por decisões coletivas do passado que fundamentaram o uso da coerção são formados por um esquema de princípios necessários para a justificação da autoridade do próprio direito com um todo. Assim, “a História importa porque este esquema de princípio precisa (must) justificar tanto a posição como o conteúdo destas decisões pretéritas”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ ARAUJO JUNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 211.

¹⁴⁸ MACEDO JR, Ronaldo Porto. A integridade no Direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no Direito (Império do Direito – Capítulo VII). **Revista Direito Mackenzie**, v. 10, n. 2, 2016, p. 76. Disponível em: <<https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

Nessa senda, para correta solução do caso concreto, é preciso examinar os aspectos históricos da política indigenista brasileira. Assim, é possível compreender quais os princípios que fundamentaram as decisões pretéritas e se tais harmonizam com o ideal de moralidade política vigente.

O Brasil, desde o período colonial¹⁴⁹, adotou no ordenamento constitucional o princípio do indigenato, o qual considera o direito dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas como um direito congênito, anterior à própria criação do Estado brasileiro, a quem incumbe tão somente demarcar e declarar os limites territoriais. A Constituição Federal de 1988, mantendo a coerência e dando continuidade ao ordenamento constitucional pretérito, incorporou esse princípio fundado no instituto do indigenato, consagrado no seu artigo 231.

O artigo 231 da Constituição Federal disciplina que são reconhecidos aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Conforme esclarecido no Capítulo “3.2.”, a interpretação do termo “tradicionalmente ocupam” deve considerar o modo de ocupação - de forma tradicional -, atestado por elementos antropológicos e étnico-sociais, como a atividade produtiva, uso dos recursos naturais, bem como reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Portanto, a partir da leitura moral do artigo 231 da Constituição Federal, é possível extrair que a garantia sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam está relacionada com a própria sobrevivência física e cultural da comunidade indígena. Dessa forma, a imposição de limites para a efetivação dessa garantia representa uma violação do poder estatal, porquanto não se mostra coerente com a interpretação conferida pela Suprema Corte até então.

Em que pese o entendimento do precedente Raposa Serra do Sol, são inúmeras as decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecem e aplicam a teoria do indigenato como princípio norteador do conteúdo constitucional. A título

¹⁴⁹ Nesse sentido, José Afonso da Silva: “Foi ainda no período colonial que se criou o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios especialmente sobre as terras ocupadas, qual seja a Carta Régia de 30/7/1611, depois o Alvará de 1º de abril de 1690, que reconhecer o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o indigenato.” DA SILVA, José Afonso. **Parecer**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs.). Direitos dos povos indígenas em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 20.

exemplificativo, no acórdão prolatado na ACO n.º 365/MT, a Ministra Relatora Rosa Weber destacou que:

a posse originária de terras tradicionais por grupos indígenas é historicamente tutelada pela teoria do indigenato. Formulada nos primeiros anos do século XX por João Mendes de Almeida Júnior, que, mais tarde, servindo como Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1917 e 1922, tornar-se-ia um dos integrantes que mais abrilhantaram a história desta Corte, a teoria do indigenato, lançando raízes do direito colonial luso, consagra o caráter originário, congênito, do direito das populações indígenas sobre as terras que ocupam, e, dessa forma, independente de título para se legitimar.¹⁵⁰

Portanto, ao não aplicar a teoria do indigenato e inovar com a tese do “fato indígena”, a decisão no julgamento da Pet 3.388/RR desvia do entendimento jurisprudencial coerente do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, o que se percebe é que os Ministros da Suprema Corte, no caso Raposa Serra do Sol, romperam a escrita do direito enquanto “um romance em cadeia”, cunhando novos conceitos opostos ao enredo protetivo original.

Destarte, a decisão proferida na Pet 3.388/RR, sob a ótica do direito como integridade de Dworkin, fere a compromisso dos intérpretes de manter uma unidade no desenvolvimento do “romance”, porquanto aplica princípios incoerentes com a narrativa em construção. Não obstante, o precedente do caso Raposa Serra do Sol foi adotado como fundamento em outras decisões da Suprema Corte, em especial pela Segunda Turma do STF.

O Supremo Tribunal Federal, à luz do direito como integridade, tem o dever de promover a unidade da ordem jurídica, a partir de uma sistemática coerente entre as fontes da prática interpretativa pautada pela racionalidade e pela universalização de seus resultados. Só assim é possível aferir um adequado nível de segurança jurídica capaz de promover os princípios morais em uma comunidade política.

Nesse contexto, o Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC pretende pacificar essa controvérsia referente aos direitos territoriais indígenas ao fixar uma tese (Tema 1031), pela sistemática de repercussão geral, a fim de orientar a correta interpretação dos dispositivos constitucionais na matéria indigenista. No caso, a maior divergência

¹⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n.º 365/MT, Relatora: Rosa Weber, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 dez. 2021, p. 14. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758659793>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

entre os votos dos Ministros que já se manifestaram é justamente a interpretação referente ao marco temporal de demarcação de terras indígenas.

Conforme expressado pelo próprio Ministro Relator Edson Fachin em seu voto:

por se tratar de direito fundamental, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver.¹⁵¹

Desse modo, tem-se claro que a adoção do caso Raposa Serra do Sol como precedente judicial para regular o marco temporal de demarcação de terras indígenas retrata um grande retrocesso na tradição jurídica brasileira em relação à proteção e defesa das comunidades indígenas. Isso porque, não há qualquer preceito principiológico apto a justificar uma restrição ao efetivo exercício dos direitos indígenas, ainda mais a criação de um referencial temporal que, como visto, aumenta sobremaneira as formas de violência e injustiça sofridas pelos povos indígenas.

Nesse sentido, é possível afirmar que é obrigatória a superação do caso Raposa Serra do Sol como precedente judicial, porquanto a sua solução peca pela falta de coerência com a tradição jurídica indigenista brasileira. Eis o posicionamento doutrinário externado por Marinoni e Mitidiero¹⁵²:

Do ponto de vista material, a superação do precedente está autorizada quando só princípios da segurança, da liberdade e da igualdade (arts. 926 e 927, § 4º do CPC) – que dão sustentação à regra do *stare decisis* – deixam de autorizar a replicabilidade do precedente, além da sua solução ter perdido sua coerência, enfraquecendo a unidade da ordem jurídica, e a sua congruência social (art. 927, § 2º, do CPC).

Assim, sob a ótica do direito como integridade, o precedente do caso Raposa Serra do Sol não pode ser utilizado como parâmetro para novas decisões acerca do tema. A um, porque não observa a tradição jurídica da Suprema Corte, porquanto em desacordo com o histórico de decisões anteriores. A dois, porque não observa um sistema coerente de princípios morais adotados no texto constitucional em matéria de direitos indígenas.

¹⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 jun. 2021, p. 29. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial**: do jus litigatoris ao jus constitutionis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 283-284.

7. CONCLUSÃO

Ante o exposto, o presente trabalho chegou a diversas conclusões, sintetizadas a seguir.

1. O poder coercitivo das instituições políticas somente é autorizado quando os cidadãos conseguem visualizar uma justificativa baseada em um conjunto único e coerente de princípios. Nesse sentido, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin fornece os critérios fundamentais à tomada de decisões judiciais a partir do desenvolvimento de uma consistência sistêmica da tradição jurídica.

2. A prática jurisdicional, sob a ótica do direito como integridade, é orientada a partir de uma perspectiva de evolução das garantias constitucionais, tendo como base as razões de decidir da Suprema Corte em precedentes judiciais. Tal consagra o princípio de vedação ao retrocesso, consagrado em temas de direitos fundamentais.

3. Em matéria de garantias constitucionais, a interpretação dos dispositivos abstratos da Constituição, sob o modelo da leitura moral, ampara-se ao direito como integridade ao propor um conjunto íntegro de normas e a compreensão do texto como princípios morais, o que confere credibilidade ao poder coercitivo do Estado, em especial no seu papel de atuação na defesa de minorias, como as comunidades indígenas.

4. O ordenamento constitucional brasileiro referente aos direitos territoriais indígenas adotou, desde o período colonial, o princípio do indigenato, o qual considera que o direito indígena sobre suas terras, por ser congênito, independe de titulação ou reconhecimento formal. Tal premissa é manifestada ao longo das fases históricas do sistema jurídico constitucional, sendo vedada uma interpretação que permita o retrocesso social.

5. A Constituição Federal de 1988 consagra, em seu artigo 231, os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, em caráter permanente, aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

6. A posse civil é distinta da posse indígena. Por um lado, a posse civil importa tão somente com o espaço de fato ocupado e explorado. Por outro, a posse para as comunidades indígenas se relaciona à sobrevivência física e à preservação da identidade cultural, abrangendo todo o espaço físico necessário para tanto. Nesse

contexto, a existência de um vínculo material de identidade dos povos indígenas com a terra indígena é suficiente para confirmar um direito originário.

7. A demarcação das terras indígenas tem natureza declaratória – sem efeitos constitutivos ou desconstitutivos -, visto que apenas reconhece um direito originário; ou seja, congênito às comunidades indígenas.

8. As conclusões firmadas pela Suprema Corte no julgamento da Pet 3.388/RR, notadamente à condicionante relativa ao marco temporal, violam o princípio da vedação ao retrocesso, consagrado em temas de direitos fundamentais, porquanto contrariam o teor protetivo da Carta Constitucional e o entendimento do Supremo Tribunal Federal relativo aos direitos indígenas à terra

9. À luz do direito como integridade, a superação do caso Raposa Serra do Sol como precedente judicial para regular o marco temporal de demarcação de terras indígenas é obrigatória, de modo que não pode ser utilizado como parâmetro a ser adotado na decisão do Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/SC, na sistemática de repercussão geral.

10. A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, portanto, independe da existência de um referencial temporal, porquanto esta interpretação se mostra em desacordo com o histórico de decisões anteriores, bem como não observa um sistema coerente de princípios morais adotados no texto constitucional em matéria de direitos indígenas. Assim, à luz do direito como integridade, não há qualquer fundamento que justifique a aplicação do marco temporal na demarcação de terras indígenas.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura; *et al.* (orgs.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do Decreto 22/91. **Revista da Procuradoria-Geral da República, nº 8, jan./jun. 1996**. Disponível em:

<<https://www.amprs.com.br/arquivos/>

revista_artigo/arquivo_1283282824.pdf>. Acesso em: 13 de ago. de 2023

ARAUJO JUNIOR, Júlio José. **Direitos territoriais indígenas**: uma interpretação intercultural. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de jun. de 2023.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

BRASIL. Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. **Dispõe sobre as terras devolutas do Império**. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm>. Acesso em 28 ago. 2023.

BRASIL, Lei n.º 5.371 de 5 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5371.htm>. Acesso em: 29 de ago. de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei n.º nº 2.903 de 2023. **Regulamenta o art. 231 da**

Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e

a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9376905&disposition=inline>>. Acesso em: 29 de ago. de 2023.

BRASIL. Decreto n.º 1.775 de 8 de janeiro de 1996. **Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.652, de 16 de outubro de 1942. **Aprova o Regimento do Serviço de Proteção aos Índios, do Ministério da Agricultura.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-10652-16-outubro-1942-464627-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 de ago. de 2023

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). **Projeto de Constituição (A).** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-253.pdf>>. Acesso em 17 de ago. de 2023.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1987). Projeto de Constituição (A). **Emendas oferecidas em Plenário, vol. I, janeiro de 1988.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-254.pdf>>. Acesso em 30 de jul. de 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 28 de ago. de 2023.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19185923/do1-2017-07-20-parecer-n-gmf-05--19185807>. Acesso em: 26 de jul. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 3.388/RR; Relator: Min. CARLOS BRITTO, 2009, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 de mar. de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>.

Acesso em: 20 de junho 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR Petição 3.388/R. Relator: Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 de abril de 2006.

Disponível em: Acesso em: 20 de ago. de 2023. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325893>>.

Acesso em: 20 de ago. de 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365/SC. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 mar. 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Youtube**, 15 set. 2021. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=85vEMSUe_WY>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, **Youtube**, 07 jul. 2023. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=cCw7xBFjEzg&list=PLippyY19Z47t_ixn4dO8E2ArylQXIC1K5&index=3>. Acesso em: 20 de ago. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n.º 365/MT, Relatora: Rosa Weber, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 dez. 2021.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758659793>>.

Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n.º 31.901. Relatora: Rosa Weber, Decisão Monocrática, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 mar. 2014. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=206571668&ext=.pdf>>.

Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação nº 14.473/RO, Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 7 de fev. de 2017.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12437898>>.

Acesso em: 20 de ago. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. na Reclamação nº 13.769/DF, Relator: Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 de março de 2022. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760078336>>.

Acesso em: 20 de ago. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF. Relator: Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 set. 2014. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>.

Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.542, Relatora: Cármen Lúcia, Segunda Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 set. 2014. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>.

Acesso em: 20 de ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462/MS, Relator: Teori Zavascki, Segunda Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 dez. 2014. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>>.

Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Ordinária n. 366/MT, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 ago. 2017.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14264151>>.

Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n.º 312/BA. Relator: Eros Grau, Relator p/ acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>>.

Acesso em: 20 ago. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n.º 16.443/SC, Relator: Barros Monteiro, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 nov. 1967. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84404>>.

Acesso em: 20 de ago. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n.º 24.566/DF, Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 mar. 2004.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86161>>.

Acesso em: 20 de ago. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Cível Originária n. 323/MG, Relator: Francisco Rezek, Tribunal Pleno, **Diário de Justiça Eletrônico**, 8 abril 1994,

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266076>>.

Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 212.251/SP, Relator. Ilmar Galvão, Primeira Turma, **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16/10/1998.

Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244033>>.

Acesso em 28 ago. de 2023

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação n.º 0000168-27.2009.404.7214/SC, Relator Des. Luís Alberto de Azevedo Aurvalle, **Diário de Justiça Eletrônico**, 31 de julho de 2013. Disponível em:

<https://consulta.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6020627&hash=315ebf014948c31289108f6520e2d4b4>. Acesso em 28 de ago. de 2023

BRIGHENTI, Clovis Antônio. **Marco temporal e a consagração da violência contra os povos indígenas**: uma disputa de memórias. Disponível em:

<<https://cimi.org.br/2023/06/marco-temporal-e-a-consagracao-da-violencia-contr-os-povos-indigenas-uma-disputa-de-memorias/>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; BARBOSA, Samuel (orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Editora brasiliense, 1987.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1992.

CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai**, sentença de 29 de março de 2006. Disponível em:

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf>. Acesso em: 28 de ago. de 2023.

CIMI, **Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil**, Dados de 2022.

Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>>. Acesso em: 17 de ago. 2022

DOS SANTOS, Eduardo. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2022.

DUPRAT, Deborah (org). **Pareceres Jurídicos**: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais. Manaus: UEA, 2007.

DWORKIN, Ronald Myles. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald Myles. **O direito da liberdade**: A leitura moral Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fonte, 2010.

DWORKIN, Ronald Myles. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

GEDIEL, José Antonio Peres (org.). **Direitos em conflito**: movimentos sociais resistência e casos judicializados. v. 1. Curitiba: Kairós, 2015.

GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

LIPPEL, Alexandre Gonçalves. Quadro Normativo Indigenista. **Revista da AJUFERGS**/ Associação dos Juízes Federais do Rio Grande do Sul, n. 01 (março 2003), Porto Alegre: AJUFERGS, 2003,

MACEDO JR, Ronaldo Porto. A integridade no Direito e os protocolos de Hércules: comentários à integridade no Direito (Império do Direito – Capítulo VII). Revista Direito Mackenzie, v. 10, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10434/6413>>. Acesso em: 20 ago. 2023.

MACDONALD, Paulo Baptista Caruso. **Direito e equidade**: os requisitos para a legitimidade da imposição de deveres jurídicos. 2013. 141 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas). Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha.

Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.

Barueri: Manole, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso**

especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

MAUÉS, Antonio Moreira. Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios. **Revista DireitoGV**, vol. 16, 2012. Disponível em:

<<https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/23926/22684>>. Acesso em: 20 ago. 2023

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1946.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1963.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. **Direito à terra no Brasil: A gestação do conflito.** São Paulo: Alameda, 2012.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. “**Anna Pata, Anna Yan – Nossa terra, Nossa Mãe**”: a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. 2011. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

PEREIRA, Paulo Celso. **Investigação:** notas de Constituinte de 1988 revelam preocupação de parlamentares com direito de indígenas expulsos de suas terras. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/06/investigacao-notas-de-constituente-de-1988-revelam-preocupacao-de-parlamentares-com-direito-de-indigenas-expulsos-de-suas-terras.ghtml>>. Acesso em: 24 de julho de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira.

Comentários à Constituição do Brasil. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Brunna Grasiella Matias. **Os fundamentos do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios à luz da força normativa da constituição federal de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz (org.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

UNITED NATIONS. **Media Statement. Brazil: UN expert concerned about legal doctrine threatening Indigenous People's rights**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/statements-and-speeches/2023/06/brazil-un-expert-concerned-about-legal-doctrine-threatening>>. Acesso: 22 ago. 2023.

VITORELLI, Edilson. **Comentários ao Estatuto do Índio – Lei 6.001/1973**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018.

WAGNER, Daize Fernanda. **Identidades Étnicas em Juízo: o caso Raposa Serra Do Sol**. Belo Horizonte: Initia Via, 2019.

WALDRON, Jeremy. **The Circumstances of Integrity**. Legal Theory, n. 3, Cambridge University Press, 1997. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/legal-theory/article/abs/circumstances-of-integrity/41E41085CF4C249F026874F4BE9057D9>>. Acesso em: 13 de ago. de 2023.