

A VULNERABILIDADE DOS POVOS INDÍGENAS FRENTE À CARÊNCIA DE POLÍTICAS PARA DEMARCAÇÃO DE TERRAS: ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.017.365/SC

Carla Piffer¹

Irlana Flores Fontela²

INTRODUÇÃO

Embora a demarcação de terras indígenas não seja tema novo para discussão, sua análise se mostra manifestamente necessária. Por este motivo, o presente artigo possui como tema central a vulnerabilidade dos povos indígenas, visando discorrer sobre a carência de políticas públicas eficientes e eficazes com vistas à demarcação de terras indígenas.

A partir desta constatação, pretende-se realizar uma análise jurídica sobre a decisão do STF que atribuiu ao Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC o caráter de repercussão geral. Por entender imprescindível ao raciocínio que ora se pretende desenvolver, realiza-se também uma análise acerca do Parecer exarado pelo Ministério Público Federal nos citados autos.

Este estudo possui natureza exploratória, com colheita de dados pelo método bibliográfico e legislativo, utilizando-se do método indutivo de pesquisa.

1 POVOS INDÍGENAS: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA

A chegada dos portugueses ao Brasil em 1500, marcou o início de um período seguido por muitas guerras, aniquilação de uma cultura em detrimento de outra, escravidão e extermínio. As epidemias trazidas pelos europeus, somadas às guerras e

¹ Professora do Curso de Direito da UNIFEBE. Professora Permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Professora permanente do Mestrado Internacional Profissional em Direito das Migrações Transnacionais - UNIVALI. Professora de Pós-graduação Lato sensu. Professora de Graduação. Pós-doutora pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi di Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). MBA em Direito da Economia e da Empresa/FGV. Graduada em Direito. Email: carla.piffer@unifebe.edu.br.

² Acadêmica do curso de Direito na UNIFEBE. Email: irlana.floress@gmail.com.

explorações desumanas, foram fatores que contribuíram para a considerável redução da população indígena³.

Ainda assim, o reconhecimento da terra aos povos indígenas foi regulamentado pela Coroa Portuguesa por meio do Alvará Régio de 1680, reconhecendo seu direito à ocupação de terras tradicionais em caráter congênito e originário. Tal direito caracteriza o fundamento da tese do indigenato⁴.

Na lição de Silva⁵,

O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, “não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem”.

Outrossim, a compreensão da teoria do indigenato é de fundamental importância para melhor interpretação da intenção do legislador no momento da criação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988. Isto porque, a tese do indigenato firmada no período de colonização, perpetuou no sistema jurídico como pode ser observado na Lei de Terras de 1850, regulamentada pelo Decreto n. 1.318/1854 e na Lei de Terras dos Índios de 1928, regulamentada pelo Decreto n. 5.484/1928.

O direito congênito das terras indígenas garantido pela teoria do indigenato é “anterior e histórico, preexistente ao próprio sistema jurídico português e brasileiro e que, portanto, prevalecerá sobre qualquer outro direito que se pretenda sobre esses territórios tradicionais”⁶.

No plano constitucional, a Constituição de 1934 foi a primeira a reconhecer proteção de terras indígenas⁷, expondo em seu artigo 129 que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. As Constituições de 1937 e 1946 mantiveram o mesmo

³ RIBEIRO, Darcy; MOREIRA NETO, Carlos de Araujo. **A fundação do Brasil: testemunhos, 1500-1700**. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 174; 185 e 197.

⁴ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI. Direito Originário. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 868.

⁶ FEIJÓ, Julianne Holder da Camara Silva. **O direito indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p274>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 852.

entendimento, sob redação dos artigos 154⁸ e 216⁹, respectivamente. Já a Constituição de 1967, foi um pouco mais além, reconhecendo a posse permanente e direito de usufruto exclusivo dos recursos naturais¹⁰.

Havrenne¹¹ expõe a importância de tal reconhecimento, pois “um traço marcante destes grupos tradicionais está no tratamento dado à terra”, vez que para esses povos indígenas trata-se de “um espaço essencial à vida”, interligando à dignidade da pessoa humana. No entanto, o tratamento dado, até então, pelo legislador aos índios não era efetivo para sua proteção. A visão homogênea “de que, com uma boa reforma agrária, progredindo, eles deixariam da mania de ser índios para se integrar alegremente nos países em que viviam”¹², foi defendida por décadas.

Ramos¹³, por sua vez, destaca que “buscou-se a conversão do índio ao catolicismo, partindo da premissa de que se tratava de selvagens, ainda em estágio inferior, que deveriam ser civilizados e transformados em cristãos”.

O Estatuto do Índio, regulamentado pela Lei n. 6.001/73, reproduzia essa ideia de inferioridade intelectual das comunidades indígenas. Ao mesmo tempo em que buscou-se preservar a cultura indígena, a integração progressiva dessas comunidades à comunhão nacional¹⁴ era o objetivo fundamental do Estatuto. Essa “condição de índio”, como salienta Ramos¹⁵, era passageira e seria suprida pela integração total do índio, com o reconhecimento da sua capacidade civil¹⁶.

⁸ Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

⁹ Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

¹⁰ Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

¹¹ HAVRENNE, Michel François Drizul. **Regularização Fundiária Rural**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 202.

¹² RIBEIRO, Darcy. América Latina: **A pátria grande**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986. p. 73.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 851.

¹⁴ Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p. 853.

¹⁶ Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

A legitimidade das comunidades indígenas para ingresso em juízo para pleitear seus direitos foi reconhecida apenas na Constituição de 1988¹⁷. Anteriormente, o Estatuto do Índio, por força do Código Civil de 1916¹⁸, prevendo a incapacidade civil relativa do índio, reconheceu ao Órgão Federal de assistência ao índio, a competência para promover a defesa de seus direitos¹⁹. Para adquirir a plenitude da capacidade civil, o índio deveria realizar requerimento ao juízo competente, desde que preenchida certas condições de idade e conhecimento²⁰.

Conforme mencionado, apenas com o advento da Constituição de 1988 é que houve uma alteração do tratamento jurídico conferido a esses povos. O Estado rompendo com a visão homogeneizante, buscou proporcionar mais direitos aos grupos étnicos minoritários²¹. Agora, sob aspecto pluralista, busca-se a valorização das mais diversas culturas, rompendo com a “ideia de que culturas diversas da dominante são atrasadas, bárbaras, incivilizadas” ao passo que “os povos que possuem costumes mais próximos ao do homem moderno são os mais desenvolvidos”²².

O texto constitucional atual prevê o reconhecimento e proteção aos povos indígenas, abrangendo “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, estabelecendo competência para demarcação e proteção à União. Para as comunidades indígenas, a terra tem relevância central, pois sua sobrevivência física e cultural depende dela²³. Krenak²⁴

¹⁷ Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

¹⁸ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos ([art. 147, n. 1](#)), ou à maneira de os exercer: [...] IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

¹⁹ Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.

²⁰ Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

²¹ PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O Estado Pluriétnico**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

²² HAVRENNE, Michel François Drizul. **Regularização Fundiária Rural**. p. 201.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 865.

²⁴ KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 40.

aponta como exemplo o rio Doce²⁵, também chamado de Watu. Para o povo Krenak, esse rio possui valor sentimental de ancestralidade, pois seria o avô, uma pessoa, e não apenas um recurso econômico. Ainda, para o autor, o país é “incapaz de acolher os seus habitantes originais – sempre recorrendo a práticas desumanas para promover mudanças em formas de vida” dessa população²⁶.

Vale destacar que a visão inovadora do constituinte também pode ser observada no plano internacional, por meio de convenções, declarações e tratados, buscando ampliar as garantias e direitos aos povos minoritários, a exemplo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Brasil, no Decreto n. 5.051/2004²⁷, que revogou a Convenção n. 107, da OIT²⁸. Enquanto essa defendia a integração das comunidades indígenas à sociedade, aquela buscou respeitar a individualidade de cada cultura²⁹.

A Constituição Federal de 1988³⁰, reconhecendo aos índios o direito originário sobre suas terras tradicionalmente ocupadas, abrangeu não apenas aquelas necessárias para sua habitação, como também “as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Nesse ponto, merece ressalva a terminologia “tradicionalmente ocupada”, prevista no texto constitucional. Silva³¹ ressalta que não se trata de “terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas

²⁵ O rio Doce que banha os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo e pertence, em partes, ao território dos índios Krenak, foi inundado de rejeitos de minério de ferro tóxicos com o rompimento da barragem da Samarco de Mariana – MG em 2015, afetando diretamente muitas famílias e especialmente a tribo Krenak.

²⁶ KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. p. 41.

²⁷ BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

²⁸ Organização Internacional do Trabalho. OIT. Convenção n. 107 de 5 de junho de 1957 Concernente à proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf/view. Acesso em: 15 nov. 2019.

²⁹ HAVRENNE, Michel François Drizul. **Regularização Fundiária Rural**. p. 219.

³⁰ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 867.

remotas que já se perderam na memória, e assim, somente estas seriam as terras deles”. Isto porque, como primeiros habitantes do Brasil, todas as terras, em circunstância temporal, seriam originariamente ocupadas por tribos indígenas em um passado remoto.

Em verdade, essa modalidade de demarcação de terras, constitui processo administrativo de competência do Poder Executivo e, segundo o Decreto n. 1.775/1996³², depende de estudo antropológico realizado por antropólogo de qualificação reconhecida, que atestará a importância daquela área para a preservação das crenças, tradições e costumes de determinada tribo, constituindo requisito subjetivo que deve ser analisado ao caso concreto, visto a população indígena brasileira atinge o marco de 896,9 mil, com 305 etnias e 274 idiomas diferentes³³.

Além disso, o prazo de cinco anos para conclusão da demarcação das terras indígenas previsto nos atos das disposições constitucionais transitórias³⁴ não é decadencial. Em decisão no julgamento do Mandado de Segurança 24.566-2/DF³⁵, o Ministro Relator Marco Aurélio destacou que o prazo prescrito no referido artigo trata apenas para “desejável implemento em espaço razoável”, não se caracterizando como peremptório. Assim, as demarcações de terras indígenas, sob a tutela da União³⁶, são de natureza jurídica meramente declaratória, inexistindo a necessidade de conclusão de procedimento administrativo para reconhecimento de seu território, visto seu direito congênito e originário, tratando-se de mera formalidade para assegurar as garantias previstas na Constituição.

O ministro Roberto Barroso, em julgamento das Ações Cíveis Ordinárias n. 362/MT e n. 366/MT³⁷, destacou 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

³² Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

³³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>. Acesso em: 13 nov. 2019.

³⁴ Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

³⁵ Supremo Tribunal Federal – STF. Mandado de Segurança 24.566-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86161>. Acesso em: 11 nov. 2019.

³⁶ Art. 20. São bens da União: [...] XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

³⁷ Supremo Tribunal Federal – STF. Mandado de Segurança 24.566-2. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13715241>. Acesso em: 12 nov. 2019

tal área se desfizeram”, pois, caso contrário, estaria legitimando a violência perpetrada contra tribos que foram retiradas involuntariamente e impedidas de retornar à sua terra.

A própria Constituição veda a remoção de grupos indígenas de suas terras, permitindo apenas em casos específicos como ocorrência de catástrofes ou epidemias que coloquem em risco a saúde da população, ou, ainda, por interesse da soberania do País, sempre respeitada a deliberação do Congresso Nacional, de modo que, cessado o risco, o retorno do grupo deverá ser imediato³⁸.

No entanto, a carência de políticas públicas e destinações orçamentárias que promovam os direitos indígenas, resultam no extermínio gradual dessa comunidade. Destaca-se que, do orçamento destinado ao Programa de Proteção e Promoção dos Direitos dos Povos Indígenas, sob responsabilidade do Ministério da Justiça, para demarcação e fiscalização de terras indígenas e proteção dos povos indígenas isolados, apenas 24,39% do previsto foi repassado³⁹. É certo que essa ausência governamental resulta em conflitos relativos à questão territorial envolvendo indígenas, madeireiros, mineradores, grileiros e grandes latifundiários.

A Comissão Pastoral da Terra noticiou que apenas no ano de 2018, 38 indígenas foram assassinados no Estado do Mato Grosso do Sul, região de maior conflito por terras. Destacou, ainda, que no mês de novembro de 2019, um adolescente indígena de 14 anos foi atingido por 18 tiros de borracha e posto vivo em uma fogueira, tendo 90% do seu corpo queimado, por seguranças de fazendeiro. A terra em questão é considerada sagrada pelos indígenas e de interesse de ruralistas⁴⁰. Ainda no mês de novembro de 2019, o líder do grupo intitulado “Guardiões da Floresta”, Paulo Paulino Guajarara, foi assassinado durante confronto com madeireiros, no Estado do Maranhão⁴¹.

³⁸ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

³⁹ Conselho Indigenista Missionário. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>. p. 24-26. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁴⁰ Comissão Pastoral da Terra. Disponível em: <https://cptnacional.org.br/publicacoes/noticias/conflitos-no-campo/4981-mais-um-ataque-aos-povos-indigenas-do-mato-grosso-do-sul>. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁴¹ UOL. 'Guardião da floresta', líder indígena Guajarara é morto em conflito com madeireiros no Maranhão. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/guardiao-da-floresta-lider-indigena-guajarara-e-morto-em-conflito-com-madeireiros-no-maranhao.shtml>. Acesso em: 11 nov. 2019.

A Fundação Nacional do Índio – Funai, órgão instituído pela Lei n. 5.371/1967, responsável por assegurar o cumprimento da política indigenista, vem sendo alvo de descontentamento de grupos protetores de direitos indígenas frente as suas ações. A Associação Brasileira de Antropologia emitiu nota de repúdio às nomeações de servidores sem qualificação necessária realizadas pelo presidente da Funai, as quais coordenarão os estudos para identificação de demarcação das terras indígenas⁴².

Por esse motivo, o reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, reacendeu debates sobre o tema. A decisão da Corte é de extrema relevância para avanços ou retrocessos aos direitos indígenas, vez que a fixação da tese, com possível mudança de paradigma, afetará as mais de 305 etnias indígenas brasileiras.

2 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.017.365/SC: UMA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO GERAL E PARECER DO MPF

O Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai, visando a reintegração de posse declarada como área tradicional dos índios Xokleng, por força da Portaria nº 1.128, de 13 de agosto de 2003, do Ministério da Justiça, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, no Estado de Santa Catarina, teve sua repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão se firma em razão da notável relevância jurídica da matéria frente a ausência de tese vinculativa do STF e a repercussão do julgamento no Caso Raposa Serra do Sol a Pet. n. 3.388/RR e suas condicionantes.

O Ministro Relator Edson Fachin, ao reconhecer a repercussão geral, pautou como “sendo notória a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas”, constituindo a fixação de tese para demarcação de terras essencial para minimizar as tensões fundiárias existentes que resultam em violência e dizimação de comunidades indígenas.

No Caso Raposa Serra do Sol, importante precedente, a Suprema Corte analisou a demarcação de terras indígenas pertencente aos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no Estado de Roraima, com extensão aproximada de 1,7 milhões de hectares,

⁴² ABA. A FUNAI na desconstituição dos direitos territoriais indígenas. Disponível em: <http://www.portal.abant.org.br/2019/11/04/a-funai-na-desconstituicao-dos-direitos-territoriais-indigenas/>. Acesso em: 11 nov. 2019.

que contava, à época, com dezenove mil índios, fixando a tese do *fato indígena*, que vai de encontro a tese do indigenato.

A tese defendida pelo Ministro Carlos Ayres Britto⁴³, foi no sentido de que:

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 da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

O referido julgado, fixou a tese do marco temporal com contagem a partir da promulgação do texto constitucional, em 05 de outubro de 1988, para reconhecimento da demarcação de terras ocupadas por indígenas, teoria essa mais restritiva aos direitos destes.

No entanto, ainda que o julgamento da Pet n. 3.388/RR tenha gerado grande repercussão sobre a questão indígena, seu efeito não possui força vinculante. Sobre o tema, o Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁴, em embargos declaratórios ressaltou:

Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, “a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol” (fl. 336). Vale notar que essa linha já vem sendo observada pelo Tribunal: foram extintas monocraticamente várias reclamações que pretendiam a extensão automática da decisão a outras áreas demarcadas (Rcl 8.070 MC/MS, dec. Min. Carlos Ayres Britto [RI/STF, art. 38, I], DJe 24.04.2009; Rcl 15.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13.05.2013; Rcl 15.051/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18.12.2012; Rcl 13.769/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 28.05.2012).

A polêmica da lacuna de tese vinculativa para aplicação da demarcação de terras indígenas, resulta em inúmeros casos de violência, frente à omissão estatal para com esses

⁴³ Supremo Tribunal Federal – STF. PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/pet3388ma.pdf>. p. 111. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal – STF. BEM .DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. p. 20-21. Acesso em: 11 nov. 2019.

povos. Os Tribunais que vêm utilizando como parâmetro às suas decisões, quase que discricionariamente, a tese do marco temporal utilizada no Caso Raposa Serra do Sol, ainda que sua vinculação tenha sido fortemente rechaçada pela Corte à época.

Nesse sentido, o Funai interpôs Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, visando reverter o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que confirmou a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, determinando a reintegração de posse à Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – Fatma, atualmente denominada Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA.

As referidas decisões judiciais fundamentaram-se no argumento de que houve turbacão por parte dos indígenas para garantir a posse da área e de que não teriam elementos suficientes para depreender que as terras aduzidas na inicial seriam tradicionalmente ocupadas por indígenas, na forma do artigo 231 da Constituição Federal, visto a ocupação da Fatma, atualmente IMA, para fins de preservação ambiental.

Destaca, no entanto, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dogde⁴⁵, em parecer elaborado pelo Ministério Público Federal, que a “aplicação geral e irrestrita da tese do marco temporal não se coaduna com o regime jurídico-constitucional das terras indígenas no Brasil”.

Isto porque, em razão do direito originário conferidos aos índios sobre suas terras por força da Constituição de 1988, o ato de demarcação realizado pela União, possui natureza meramente declaratória, “não em prejuízo dos índios, mas para proteger os seus direitos e interesses”⁴⁶.

A exigência de permanência na terra à época da promulgação da Constituição de 1988 para que sejam resguardados os direitos constitucionalmente reconhecidos, é forma de legitimar a violência sofrida pelos povos indígenas ao longo das décadas.

Defende a PGR⁴⁷ que, caso seja fixada tese de marco temporal pelo STF, deverá a Corte observar a escala evolutiva dos direitos indígenas, reconhecendo como referência

⁴⁵ Procuradoria Geral da República. MPF. RE 1017365-Tema-1031-parecer - posse indigena -MARCO TEMPORAL. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf/view>, p. 18. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.p. 871.

⁴⁷ Procuradoria Geral da República. MPF. RE 1017365-Tema-1031-parecer - posse indigena -MARCO TEMPORAL. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf/view>, p. 21. Acesso em: 11 nov. 2019.

a Constituição de 1934, primeiro texto constitucional que adotou proteção às terras indígenas.

Ademais, o suposto conflito arguido entre áreas de conservação ambiental e terras indígenas é apenas aparente. Isto porque, para os povos tradicionais, a preservação da natureza é intrínseco ao seu estilo de vida⁴⁸.

Observa-se, ainda, o entendimento firmado pela Suprema Corte, à época do julgamento da Pet. n. 3.388/RR, onde o Ministro Relator destacou que “há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental”. Enfatiza a PGR que “em inúmeros casos, os espaços mais preservados estão localizados exatamente nas áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios e outras comunidades tradicionais”.

Em Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, também conhecida como Eco-92, sediada no Rio de Janeiro em 1992, restou estabelecido o princípio n. 22:

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável.

Ademais, o Decreto n. 4.330/2002, aponta como objetivos da Política Nacional da Biodiversidade:

11.1.5. Promover e apoiar estudos de melhoria dos sistemas de uso e de ocupação da terra, assegurando a conservação da biodiversidade e sua utilização sustentável, em áreas fora de unidades de conservação de proteção integral e inclusive em terras indígenas, quilombolas e de outras comunidades locais, com especial atenção às zonas de amortecimento de unidades de conservação.

11.1.7. Promover e apoiar a conservação da biodiversidade no interior e no entorno de terras indígenas, de quilombolas e de outras comunidades locais, respeitando o uso etnoambiental do ecossistema pelos seus ocupantes.

Não restam dúvidas que o legislador, ao reconhecer o direito de terras indígenas, tratou como plenamente possível a coexistência de índios em áreas de preservação ambiental, visto serem esses os “primários e naturais senhores delas”⁴⁹.

Ainda que a Constituição Federal de 1988 tenha sido objetiva acerca dos direitos originários dos povos indígenas sobre suas terras, é o reconhecimento pela Suprema Corte

⁴⁸ HAVRENNE, Michel François Drizul. **Regularização Fundiária Rural**. p. 194

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 868.

que irá garantir a aplicabilidade da Lei Maior, sendo a mudança de paradigma essencial para garantir a sobrevivência das 305 etnias indígenas existentes no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão da pesquisa em comento demonstrou que o julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC pelo Supremo Tribunal Federal, frente ao reconhecimento da repercussão geral e possível mudança de paradigma, traçará novos rumos aos direitos indígenas. Tal decisão revela-se fundamental para que sejam produzidos avanços ou retrocessos a esse grupo minoritário, que já atinge o marco de 305 etnias.

Embora o legislador, desde tempos remotos, tenha se preocupado em resguardar o direito dos povos indígenas, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 a proteção constitucional foi substancialmente aumentada. Ocorre que, no plano prático, graves violações têm ocorrido, quase que diariamente, frente a ausência do Estado em áreas de confronto de terras, resultando em inúmeros assassinatos de indígenas, e na violação de outros diversos direitos destes grupos.

Por esse motivo, caso seja reconhecida a Teoria do Indigenato pela Corte, as demarcações de territórios indígenas feitas pelo Estado deverão respeitar o espaço necessário para que sejam assegurados a continuidade dos costumes e tradições desses povos como forma de mantimento do patrimônio cultural, como prevê a redação da Constituição Federal.

Em síntese, a fixação de nova tese do marco temporal no Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC, caso ocorra nos termos do parecer da PGR, e reconheça o direito originário das terras aos índios, nos termos da Constituição, fornecerá subsídios para aplicabilidade de direito previsto pelo legislador já em 1988, indo de encontro ao Caso Raposa Serra do Sol a Pet. n. 3.388/RR e suas condicionantes.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA. A FUNAI na desconstituição dos direitos territoriais indígenas. Disponível em: <http://www.portal.abant.org.br/2019/11/04/a-funai-na-desconstituicao-dos-direitos-territoriais-indigenas/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

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: 25 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do

Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da

Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 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: 25 nov. 2019.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Mais um ataque aos povos indígenas do Mato Grosso do Sul. Disponível em:

<https://cptnacional.org.br/publicacoes/noticias/conflitos-no-campo/4981-mais-um-ataque-aos-povos-indigenas-do-mato-grosso-do-sul>. Acesso em: 26 nov. 2019.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. Relatório: Violência contra os Povos

Indígenas no Brasil – Dados de 2018. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf>.

Acesso em: 26 nov. 2019.

FEIJÓ. Julianne Holder da Camara Silva. O direito indigenista no Brasil:

Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988. Disponível

em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2014v17n34p274>. Acesso em: 26 nov. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **‘Guardião da floresta’, líder indígena Guajajara é morto em conflito com madeireiros no Maranhão**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/guardiao-da-floresta-lider-indigena-guajajara-e-morto-em-conflito-com-madeireiros-no-maranhao.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI. **Direito Originário**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>. Acesso em: 12 nov. 2019.

HAVRENNE, Michel François Drizul. **Regularização Fundiária Rural**. Curitiba: Juruá, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo 2010**: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>. Acesso em: 13 nov. 2019.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf/view. Acesso em: 25 nov. 2019.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. **O Estado Pluriétnico**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

Procuradoria Geral da República. MPF. RE 1017365-Tema-1031-parecer - posse indígena - MARCO TEMPORAL. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf/view>. p. 18. Acesso em: 11 nov. 2019.

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

RIBEIRO, Darcy. **América Latina: A pátria grande**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

RIBEIRO, Darcy; MOREIRA NETO, Carlos de Araujo. **A fundação do Brasil: testemunhos, 1500-1700**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. atual.
São Paulo: Malheiros, 2013.

Supremo Tribunal Federal – STF. PETIÇÃO 3.388-4 RORAIMA. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. p. 111.
Acesso em: 11 nov. 2019.

Supremo Tribunal Federal – STF. Mandado de Segurança 24.566-2. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86161>. Acesso
em: 11 nov. 2019.

Supremo Tribunal Federal – STF. BEM .DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA.
Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. p. 20-
21. Acesso em: 11 nov. 2019.