

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EDSON FACHIN**

RE nº 1.017.365/SC

Recorrente: FUNAI – Fundação Nacional do Índio

Recorrida: FATMA – Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina

Litisconsorte: Povo Indígena Xokleng

POVO INDÍGENA XOKLENG, TERRA INDÍGENA IBIRAMA-LA KLAÑO vem, muito respeitosamente, por meio de seus caciques **JONAS POPÔ KA-MIRÊM**, CPF nº 023.364.364.329-00, **GEDEVALDO MONCONA**, CPF nº 070.673.769-55, **DEOCLÉCIO TSCHUCAMBANG PRIPRÁ**, CPF nº 099.572.139, **GLEITON LEANDRO BENZI**, CPF nº 108.156.809-70, **ELIAS CAXIAS POPO**, CPF nº 426.138.849-91, **PATTÊ JUVEI**, CPF nº 942.131.789-00, **CARUZO TCHUVAI PATTÊ**, CPF nº 021.390.889-13 e **AGNALDO VOMBLE FARIAS**, todos residentes e domiciliados na Terra Indígena Ibirama Laklaño, vem, muito respeitosamente até Vossa Excelência, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, **apresentar manifestação nos presentes autos de Recurso Extraordinário, admitido com repercussão geral de matéria constitucional**, nos termos que passa a expor:

1. Primeira Parte

1.1. DOS FATOS.

No ano de 2009, a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina – FATMA entrou com Ação de Reintegração de Posse em face da Fundação Nacional do

Índio – FUNAI e de “um grupo de indígenas invasores”, para reaver área da qual detinha título de propriedade.

Relata a Fundação do Meio Ambiente, nos autos, ser legítima possuidora de uma área de 80.006,00m² (oitenta mil e seis metros quadrados), localizada na Linha Esperança-Bonsucesso, distrito de Itaió-SC, e que exercia a posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de sete anos e que essa reserva teria sido invadida por aproximadamente 100 índios.

A FUNAI ofereceu contestação, refutando a tese inicial, demonstrando que a área da qual a autora se diz proprietária está abrangida pelos efeitos da Portaria nº 1182/2003, do Ministério da Justiça, que declarou de posse permanente dos grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani a Terra indígena Ibirama-La Klãnõ, com superfície aproximada de 37.108ha (trinta e sete mil cento e oito hectares), localizada nos Municípios de Doutor Pedrinho, Itaiópolis, José Boiteux e Vitor Meireles, no Estado de Santa Catarina.

O pleito autoral foi julgado procedente na primeira instância e a decisão mantida no Tribunal. Os Recursos Especiais da Funai e União não foram conhecidos. A União deixou de recorrer ao Egrégio STF e a Funai, no seu apelo extremo foi exitosa e conseguiu convencer o colegiado da necessidade de se fazer valer a regra constitucional e levar à cabo a pacificação da matéria através do instituto da repercussão geral.

Vossa Excelência ao admitir o RE, firmou que é necessário que se fixe uma tese para resolver sobre a “*definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do artigo 231 do texto Constitucional*”.

Ainda, sem prejuízo aos Xokleng, foi o pedido de admissão do Povo como litisconsorte, meio que será diretamente afetado por qualquer decisão que venha a ser tomada nos presentes autos. No mesmo sentido foi a decisão do Eminentíssimo Ministro Relator, ao admitir a comunidade na qualidade de litisconsorte necessária.

Após colheita do Parecer da Procuradoria Geral da República – PGR, a litisconsorte passa a se manifestar sobre o direito em debate, inaugurando um fazimento de justiça até então peculiar, que é o de ser ouvida no processo, antes de uma tomada de decisão pela Corte Constitucional, na qualidade de direta e absolutamente interessada no objeto da ação.

2. Segunda Parte:

2.1. DA PROPOSIÇÃO DE TESE. OS ÍNDIOS COMO PROPOSITORES.

Pedimos *vênia*, ante a posição da Procuradoria Geral da República – PGR, quanto à formulação de tese para a questão indígena, para o acréscimo de elementos importantes, partindo mesmo dos principais interessados – agora como litisconsortes –, dando voz à comunidade afetada, que tem o compromisso de fazer valer, também, o direito de inúmeros outros povos e comunidades desterrados¹, os quais serão afetados, positiva ou negativamente, pela decisão a ser tomada nestes autos.

Nestes termos é a tese dos índios, considerando a redação do artigo 231 da Magna Carta, bem como toda a legislação nacional e internacional que regula a matéria:

1) o direito dos índios à demarcação de suas terras de ocupação tradicional, associado à posse e usufruto exclusivo, independe de ato conclusivo do processo administrativo; 2) é dever da União realizar de imediato a desintrusão, logo que se conclua o processo no órgão indigenista. 3) por si só, o laudo científico antropológico tem a condição de dizer sobre a tradicionalidade e limites da T.I., nos termos do art. 231 da CF/88 e do Decreto 1775/1996. 4) a demarcação das terras indígenas se submete ao regime constitucional que firmou o indigenato, direito congênito, anterior a qualquer outro, como parâmetro conceitual. 5) títulos de propriedade incidentes em terras indígenas são nulos e, portanto, seus efeitos são nenhum, valendo-se o titular, de boa-fé, do direito à indenização das benfeitorias. 6) aos pequenos agricultores familiares, assiste o direito ao reassentamento ou indenização baseada na responsabilidade civil por ato danoso, com respaldo nos artigos 37, §6º, 184 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e artigo 4º do Decreto 1.775/96. 7) não há que se falar em marco temporal ou posse físico-civilista para aferir sobre direitos constitucionais indígenas, bem como fica afastada a legalização do esbulho, fraude e violência em face dos índios, ocorridos em qualquer tempo no passado. 8) aos índios, qualquer ato de posse ou de defesa dela, em qualquer tempo, é demonstração anímica ou fática de titularidade de direito territorial. 9) as terras dos índios, tomadas e alienadas pelos Estados Federados, em qualquer tempo no passado, como se devolutas fossem, invalida toda a cadeia dominial. 10) não inibe a posse e a ocupação tradicional a existência, nos limites da T.I., de Parques e UC – Unidades de Conservação; 11) não há vedação ao redimensionamento de limites de terras já demarcadas, tanto que

¹ Segundo senso do IBGE, de 2010, são 305 povos indígenas, falantes de 274 diferentes línguas. Grande parte destes povos, que igualmente distribuídos por todas as regiões do Brasil, segundo o mesmo Instituto, não obtiveram a garantia constitucional da demarcação de suas terras, o que os leva a depositar na Suprema Corte, a última chance de ter demarcado o seu território, ou, do contrário, lhes restará apenas as margens das rodovias ou a periferia das cidades próximas às áreas de ocupação tradicional.

obedeça às diretrizes do art. 231 da Magna Carta e do Decreto 1775/1996. 12) os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 consistem em cláusulas pétreas, inatingíveis pelo poder constituinte reformador, sendo vedado, ainda, o retrocesso hermenêutico.

Portanto, é a proposta de tese a ser fixada, ouvida e consultada toda a comunidade indígena do Povo Xokleng, o que se legitima pelo diálogo direito, franco e preciso, respeitada a dialética da etnia, o que torna ainda mais legítima a sugestão, dada a garantia da participação direta do Povo nos presentes autos e a manutenção do seu direito constitucional, enquanto cláusula pétrea.

2.2. DO OBJETO DO DEBATE. O DIRETO CONSTITUCIONAL DOS ÍNDIOS. O INDIGENATO FIRMADO EM 1988. A MARCANTE PARTICIPAÇÃO DOS ÍNDIOS NA CONSTITUINTE.

Assim está redigido o texto constitucional, construído há 31 anos atrás, que deve ser percebido e interpretado como cláusula pétrea, e que passará, por meio do presente caso, pelo clivo da hermenêutica da Egrégia Suprema Corte:

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.

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 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.

§ 6º São **nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo**, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, **salvo**, na forma da lei, **quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé**.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Mas não para por aí. O art. 232 ousou em expressamente romper com as amarras do regime de exceção, representado na tutela do índio pelo órgão indigenista do Estado. Vejamos da redação do referido instituto:

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.

Doravante, o elemento que faltava no art. 231 foi abordado pelo art. 232, fazendo fechar um circuito inabalável, remetendo ao porvir concreto a efetivação dos direitos e tornando o Capítulo VIII, Dos Índios, do Título VIII, Da Ordem Social, em uma normativa inamovível, pois que assegurado como cláusula pétrea.

O que está em jogo, portanto, é uma interpretação do complexo estatuto constitucional da causa indígena. Por um lado, saber se é possível aceitar o esbulho contra os índios e legaliza-lo; aceitar as fraudes e violências ocorridas até a promulgação da Carta Política de 1988, e ignorá-las; ou, do contrário, reconhecer que os índios foram expulsos de suas terras de ocupação tradicional, sob o jugo da violência e fraude e desconstituir esses atos nefastos, calcado no que decidiu o constituinte originário em 1988.

Ademais, repise-se, o constituinte originário, em largo debate, com participação direta dos povos indígenas em 1987 e 1988, definiu pela tese do indigenato, para verificação e efetivação de direitos territoriais, determinando a inexistência de direitos de particulares, salvo quanto as benfeitorias de boa-fé, dispensando qualquer outra vertente que não fosse a do direito originário, congênito.

A participação indígena, por meio de muitas etnias, foi fundamental para a confecção dos artigos 231 e 232 – hoje ainda muito disputados nas três esferas de poder. Assim se manifestou Ailton Krenak, naquela ocasião, em épico discurso para os parlamentares constituintes, o que demonstra a legitimidade do atual texto constitucional:

".. eu espero não agredir com a minha manifestação os membros dessa casa, **mas eu acredito que os senhores não poderão ficar omissos, os senhores não poderão ficar alheios a mais essa agressão movida pelo poder econômico, pela ganância, pela ignorância do que significa ser um povo indígena.** Povo indígena tem um jeito de pensar, tem um jeito de viver, têm condições fundamentais para sua existência, para manifestação de sua expressão, de sua vida e da sua cultura, **que não coloca em risco e nunca colocaram, a existência sequer dos animais que vivem ao redor das áreas indígenas, quanto mais de outros seres humanos.** E hoje nós somos alvo de uma agressão que pretende atingir na essência, a nossa fé, a nossa confiança de que ainda existe dignidade, de que ainda **é possível construir uma sociedade que sabe respeitar os mais fracos**, que sabe respeitar aqueles que não tem dinheiro para fazer uma campanha incessante de difamação, **que saiba respeitar um povo que sempre viveu à revelia de todas as riquezas**, um povo que habita casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser identificado de jeito nenhum como o povo que é inimigo do Brasil, inimigo dos interesses da nação e que coloca em risco qualquer desenvolvimento. **O povo indígena tem regado com sangue cada hectare os 8 milhões de quilômetros quadrados do Brasil. Os senhores são testemunhas disso"** (g.n.) (04/09/1987)².

Definido o objeto e demonstrada a legitimidade do direito dos índios, passaremos a explicar, em sequência, o esbulho territorial e como ele se deu no caso concreto; o esbulho sequencial e o *modus operandi*, aplicado generalizadamente a todos os povos indígenas do Brasil, e as respectivas formas de violência e fraude com o mesmo o objetivo; serão demonstradas as fragilidades e prejuízos aos índios, quanto a tese do marco temporal e do renitente esbulho aplicados em casos concretos; e, por fim, a demonstração de que esta Corte nunca admitiu a aplicação dessa intransigente e combatida tese – e evidenciar que o marco temporal, como o vemos hoje na defesa ruralista, nem mesmo foi aplicado na Pet.

² Filme Índio Cidadão, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=kWMHiwdbM_Q. Acesso: 26.08.2019. Há 27 anos, a Assembleia Nacional Constituinte foi marcada pela defesa da Emenda Popular da União das Nações Indígenas. No dia 04 de setembro de 1987, o porta-voz do emergente Movimento Indígena fez discurso histórico que logrou reverter a conjuntura política anti-indígena naquela legislatura do Congresso Nacional. O pronunciamento contundente do defensor Ailton Krenak, com a presença de espírito do gesto de luto, foi ato decisivo para a aprovação dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 pelos parlamentares constituintes.

3388/RR, pois, do contrário, a demarcação teria se dado em ilhas, mas nunca de forma contínua. Antes, contudo, vejamos que o direito indígena é cláusula pétrea.

2.3. ARTIGOS 231 E 232 DA CF/88 SÃO CLÁUSULAS PÉTREAS. INCONSTITUCIONALIDADE DO MARCO TEMPORAL POR AFRONTA AO ART. 60, §4º DA CF/88. DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO.

Podemos afirmar, sem risco de erro, que estamos a lidar com cláusulas pétreas, o que previsto nos artigos 231 e 232 da nossa Carta Política de 1988, porque ali está o complexo e bem definido estatuto jurídico-constitucional da causa indígena³.

Vejamos como se descreve sobre o tema no art. 60, § 4º da CF/88:

Art. 60 (...)

§ 4º **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:** I – a forma federativa de Estado; I – o voto direito, secreto, universal e periódico; III – a separação de poderes; IV – **os direitos e garantias individuais.**

Segundo o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, as Cláusulas Pétreas traduzem “*a vontade da Assembleia Constituinte de retirar do poder constituinte reformador – parlamentares que compõem as sucessivas legislaturas – a possibilidade de alterar determinado conteúdo da Constituição em razão de sua importância. Para alterar conteúdo disposto em cláusulas pétreas, é preciso promulgar uma nova Constituição*”⁴.

Dizemos isso em função de um sem número de Projetos de Lei, de Emendas Constitucionais e Ações Judiciais, de autoria de parlamentares ligados aos agronegócio e produtores rurais, que pretendem institucionalizar a tese do marco temporal. Se isso acontecer, estamos a abolir as cláusulas pétreas contidas no art. 231 e 232 da nossa Magna Carta.

³ Embora se aplique aos índios os direitos fundamentais previstos na Constituição, o estatuto jurídico da causa indígena, contidos nos artigos 231 e 232, carrega em si mesmos todos os direitos previstos na Magna Carta. Isso em função do reconhecimento da organização social, que abrange o direito oral, consuetudinário dos povos originários, bem como seus sistemas de justiça.

⁴ Vide mais em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87921-cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas>. Acessado em 27.08.2019.

O debate sobre inamovibilidade do direito constitucional indígena, que seria, em princípio, afeto ao poder reformador, deve ser reforçado pela comunidade indígena no âmbito do judiciário, dada a necessidade de expurgar a tese defendida pelos ruralistas, pois inconstitucional⁵.

Por outro lado, o constituinte originário optou pelo indigenato, o que deve ser resguardado. Ou seja, a manutenção da higidez do texto constitucional, que regulou o direito dos índios, tido como cláusula pétrea, deve ser, *data vênia*, garantido pelo STF, impedindo que o poder reformador incorra em ulterior inconstitucionalidade ou em ameaças constantes contra os direitos indígenas.

Nesse sentido, o fato de o direito indígena estar fora do Título II da Constituição, não implica em dizer, por esse fator, que não estaria assegurado pela barreira de imutabilidade. Diz o professor Sarmiento, sobre o assunto, ao reforçar a tese na jurisprudência da Corte Constitucional, que

O STF já afirmou que a localização de um direito constitucional fora do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, não basta para descaracterizá-lo como cláusula pétrea. Na ADI 93.915 a Corte assentou que o princípio da anterioridade tributária, apesar de sediado no art. 150, III, "b", da Carta - logo, fora do catálogo de direitos fundamentais -, também está abrangido pelo limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição⁶.

O precedente acima demonstra que há cláusulas pétreas fora do art. 5º e 6º da Carta Política de 1988 e, portanto, os direitos indígenas, devidamente salvaguardados nos artigos 231 e 232 da CF/88, são sim inamovíveis, pois protegidos pelo art. 60, § 4º.

E ainda acrescenta o mesmo autor:

Pode-se invocar ainda outra razão adicional para considerar o direito a terras indígenas como cláusula pétrea. É que a interpretação constitucional deve dialogar com o Direito Internacional, especialmente no campo dos Direitos Humanos. O diálogo entre fontes normativas e entre cortes contribui para aperfeiçoar o Direito Constitucional, abrindo-o a novos argumentos e horizontes, e aproximando-o dos ideais emancipatórios que são comuns ao constitucionalismo democrático e ao Direito Internacional dos

⁵ São inúmeros os projetos de lei e Emendas à Constituição pela inclusão de um marco temporal que restringe o direito territorial dos índios, ao contrário do que já entendeu o STF na ACO 312/BA, ACO 362/MT, ACO 366/MT e Pet. 3388/RR. Como se pode perceber do pedido de ingresso da CNA na qualidade de *amicus curiae* nestes autos, a quantidade de Projetos de Lei e de ações judiciais que carregam a tese do marco temporal, são incontáveis, o que pode, caso prevaleça esse entendimento, afrontar por inconstitucionalidade as cláusulas pétreas dos arts. 231 e 232 da CF/88.

⁶ Daniel Sarmiento in Nota Técnica sobre a constitucionalidade da PEC 215/2000.

Direitos Humanos. **Esta postura de "cosmopolitismo ético" é demandada pela própria Constituição, que contempla relevantes aberturas para o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, em preceitos como o seu art. 5º, §§ 2º e 3º⁷ (g.n.).

O que considera Sarmiento é que o direito à terra e ao território aos índios, bem como o direito de manutenção, na medida adequada e possível, das suas culturas, crenças e tradições, usos e costumes, das suas línguas e, **mais especialmente a garantia fundamental à organização social**, faz dos elementos fundantes dos artigos 231 e 232, cláusulas pétreas, inatingíveis pelo poder constituinte reformador, ademais de ser um direito humano, protegido pela legislação internacional, o que limita também decisões judiciais que impliquem em reducionismo hermenêutico ou afetação negativa do princípio da proibição do retrocesso.

Nessa linha de raciocínio, a Corte Constitucional, no ARE 639.337, de Relatoria do Eminente Ministro Decano, assim já se posicionou sobre a proibição do retrocesso:

(...). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.** – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, **no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos**, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, **o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar** – mediante supressão total ou parcial – **os direitos sociais já concretizados.**” (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).

Veja-se então que a concretização do indigenato, debatido na Constituinte de 87/88 e efetivado no texto da Constituição e nas decisões do STF como uma conquista, veda que a interpretação do art. 231 da Magna Carta seja reduzida a uma efetivação temporal (marco

⁷ Idem.

temporal), baseado na posse civilista, física e não tradicional, desconsiderando o conjunto de direitos previstos no sistêmico conjunto normativo-constitucional dos índios.

Mais. Todos os elementos do direito indígena que conformam o Capítulo VIII da CF/88, do Título VIII, são direitos individuais indígenas, em certo plano; mas, vão muito além, diante da cosmovisão, por serem direitos indisponíveis manejados no plano da coletividade, considerando a relação multicultural e pluriétnica das gentes indígenas e por isso mesmo são cláusulas pétreas, inamovíveis, e contam com a proibição do retrocesso, como vem decidindo esta Egrégia Corte.

Ainda: não resta dúvida que estamos a falar de cláusulas pétreas, em especial pelo amoldamento do que é “organização social” dos índios. Resta evidente que dentro da Carta Política de 1988 estão contidos outros 305 sistemas de justiça indígena⁸, que também são protegidos expressamente pela Carta Maior, e que garante aos índios sobreviverem de acordo com seu modo de vida, transformando a sociedade brasileira numa coletividade multiétnica e pluricultural, conformando na sociedade indígena, como na nossa, direitos fundamentais orais e consuetudinários, que não são suprimíveis.

Então, justamente pelo fato de a nossa Constituição reconhecer a organização social dos índios, distingue que nos artigos 231 e 232 estão justapostos direitos individuais e coletivos, protegidos pela imutabilidade do art. 60, §4º, e, que, portanto, são cláusulas pétreas. Mais. Com o reconhecimento dos sistemas indígenas pelo art. 231, *caput*, seja de seu sistema econômico, cultural, de crenças e admiração de mitos, línguas e tradições, usos e costumes, seja do seu sistema de justiça, fez valer a ideia de que são 305 diferentes ordenamentos jurídicos, de direito consuetudinário, oral e costumeiro, que carregam ali, de forma não escrita, a inamovibilidade.

Esse direito individual ou coletivo, que indisponível, contido no reconhecimento à organização social dos índios, é que a Constituição Federal de 1988, lida e interpretada de forma sistêmica, quis proteger e, por isso mesmo, o direito do índio está resguardado pela imutabilidade constitucional, sendo certo e indiscordável que o art. 231 é impassível de mutação pelo poder reformador e também não se dispõe a retrocesso, limitação ou

⁸ Segundo o senso do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, temos no Brasil 305 Povos Indígenas, falantes de 274 diferentes línguas.

reducionismo hermenêutico pelo judiciário, que atinja, de forma negativa, o seu núcleo central, como quis fazer valer o constituinte originário.

Nesse ínterim, tanto o direito cultural, como o direito territorial, daí material e imaterial dos índios, que perfazem para as etnias brasileiras um conjunto cósmico, contínuo e universal, estão sistematizados em direito escrito, presente na Carta Magna; mas estão edificados também na mundividência e cosmovisão indígena (direito não escrito). Esse direito à diferença, edificado no Capítulo Dos Índios, garante a existência de direitos imutáveis que não estão escritos, mas são orais, costumeiros e, também por isso, são cláusulas pétreas, manejados cotidianamente pelos índios, subsumidos no art. 231 da Magna Carta e ligados, como “unha e carne”⁹, ao seu território.

Restringir esse direito sistêmico não escrito dos índios, mas previsto no art. 231 CF/88, por interpretação judicial ou por Emenda Constitucional, reduzindo a vontade do constituinte originário, incorreríamos em inconstitucionalidade. O marco temporal, presente no cotidiano do poder reformador e nos processos judiciais, é inconstitucional porque esbarra, também, na limitação do art. 60, § 4º da Carta Política de 1988 e, por isso mesmo, deve ser de pronto afastado.

Nessa mesma linha é a posição de Sarmento na Nota Técnica sobre a inconstitucionalidade da PEC 215/2000, que pretendia extirpar direitos indígenas presentes no art. 231 da CF/88¹⁰, sendo, portanto, matéria similar ao que está em jogo nestes autos. Senão vejamos:

No item anterior, demonstrou-se que o direito contido no art. 231 da Constituição Federal configura cláusula pétrea. Porém, como já ressaltado, nem toda reforma constitucional que modifique dispositivo protegido por limitação ao poder reformador deve ser considerada inconstitucional. Como vem entendendo o STF, é preciso que a mudança comprometa gravemente os valores ou bens jurídicos tutelados para que a inconstitucionalidade se caracterize. É exatamente o que ocorre neste caso, pois a PEC 215, se aprovada, desnaturaria o direito fundamental previsto no art. 231 da Constituição, criando gravíssimo embaraço para a sua fruição¹¹.

⁹ Termos utilizado pelo Ministro Ayres Brito por ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

¹⁰ Tinha como objetivo institucionalizar a tese do marco temporal por meio de Emenda à Constituição (PEC 215/2000). Contudo, o projeto perdeu força em função da defesa intransigente das populações indígenas quanto ao direito territorial reconhecido pelo Constituinte Originário.

¹¹ Disponível em: <http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>. Acessado em 28.08.2019.

Portanto, temos que, qualquer medida, judicial ou legislativa, que vise acrescentar ou retirar parte do texto constitucional, referentes aos direitos indígena, é inconstitucional, **pois protegidos pela barreira da imutabilidade do art. 60, § 4º da CF/88 e pelo princípio da proibição do retrocesso.** Defende, a comunidade indígena, a inteireza da tese do indigenato, edificada por vontade do Constituinte Originário nos artigos 231 e 232 da CF/88.

3. Terceira Parte:

3.1. O MECANISMO USADO PARA O ESBULHO. FRAUDE E VIOLÊNCIA VERIFICADA NO CASO CONCRETO. CRIME QUE NÃO SE PODE LEGALIZAR.

Um acordo envolvendo o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), teria sido celebrado em 20 de setembro de 1914, quando ficou reservado cerca de 37 mil hectares de terras aos Xokleng. Contudo, posteriormente, esse acordo deixou de ser respeitado e parte significativa das terras teriam sido desmembradas, sem o consentimento dos indígenas.

O primeiro acordo para diminuir a Terra Indígena Xokleng se deu em 1926. De 37 mil hectares, a área passou a medir apenas 20 mil hectares, o que foi associado a um conjunto de atos de extrema violência.

Vejamos o que diz a carta da comunidade sobre esse fato que segue em anexo:

Ocorre que mesmo esta área reservada pelo governo do estado de Santa Catarina não foi respeitada pelas colonizadoras e colonos. Foi sendo invadida para extração de madeira, depois para assentar família. **O próprio chefe de posto do SPI que tinha como obrigação defender nossa área, fazia acordos com regionais vendendo partes de nossas terras.**

Na sequência, vejamos as informações contidas no laudo pericial antropológico, elaborado por Alessandra Schmitt, nomeada para realização de perícia antropológica, juntado à ACO 1.100, às folhas 3.172¹²:

Em **1952** este mesmo tipo de pressão gerou a desanexação de 6 mil hectares da Terra Indígena - as áreas da Barra da Prata, Rio Bruno e Rio Denecke - ,

¹² A litisconsorte fará referência às folhas dos autos da ACO 1.100, quanto ao laudo antropológico, eis que esse vasto e minucioso material não foi juntado nestes autos, contudo, de fundamental importância para entender o processo de esbulho em face dos Xokleng, mas o que também não impede o debate e fixação de tese sobre a matéria nestes autos.

considerando a existência, então, de madeireiros e agricultores “intrusa” naquela região¹³. Isso ocorreu através de acordo firmado entre o governo federal, através da 7ª Inspeção do Serviço de Proteção aos Índios - SPI e o governo estadual de Santa Catarina, através da Diretoria de Terras e Colonização de Santa Catarina – DTC/SC, que **alterou os limites descritos no Decreto de 15 de 1926**, reduzindo a extensão da Terra Indígena para **14.048,88 hectares**. (Laudo Antropológico, ACO 1.100, fls. 3.185).

Em agosto de 1954, o **indígena Brasília Priprá viajou sem o consentimento do chefe de posto para o Rio de Janeiro**, onde ficava a sede do SPI, e denunciou os maus-tratos e a invasão da terra indígena. **Ao retornar para a terra indígena, foi assassinado pelo então chefe de Posto Eduardo Hoertan**¹⁴.

Esse período da história recente foi o segundo momento de invasão da Terra indígena do Povo Xokleng, o que fez diminuir praticamente 50% do seu território.

Em relação às condições sociais vivenciadas pela comunidade indígena, há registros sobre uma sequência de equívocos na política oficial para com os Xokleng. Conforme registro, a partir da década de 1970, os Xokleng sofreram novos prejuízos com a construção da Barragem Norte, construída para a contenção de enchentes nas cidades vizinhas, que resultou na interferência direta no modo de vida indígena – esse problema nunca foi solucionado.

Vejamos mais um trecho da carta da comunidade, também juntada na ACO 1.100:

A barragem alagou 1.050 hectares das melhores terras para plantio e de toda nossa aldeia, destruiu o rio e acabou com os peixes, atualmente é lodo e água suja. Antes vivíamos todos na várzea do rio Itajaí, em terras planas e produtivas, com a obra fomos todos removidos para os morros. Porém não há lugar para todos. Ao menos duas aldeias Xokleng e uma Guarani estão fora dos 14 mil hectares, já adentramos para a terra em litígio (carta da Comunidade Indígena, pg. 5).

E segue a missiva:

Com as sucessivas invasões, o chefe do posto começou a impedir nossas andanças e nos obrigou a permanecer num mesmo local. Mesmo sem autorização nossos antepassados continuaram as migrações dentro da área reservada, porque além de prover alimentos e dar continuidade aos

¹³ As primeiras ocupações não indígenas nestas áreas, na década de 1940, foram agricultores que arrendavam terra do Posto Indígena, pagando o arrendamento na forma de víveres e dinheiro. Posteriormente, no início da década de 1950, a entrada de madeireiros e mais agricultores fugiu do controle da administração do Posto.

¹⁴ SANTOS, Silvio Coelho. **Índios e brancos no sul do Brasil** – a dramática experiência dos Xokleng, 973:236.

nossos costumes, as andanças passaram a ser também uma forma de monitorar as divisas da terra reservada. **Nunca deixamos de ocupar a terra, mesmo que não implicasse em construções de moradias, a ocupação ocorria por acampamentos, coleta de pinhão e andanças por lugares sagrados.** Portanto, na nossa maneira conceber ocupação, nunca deixamos de estar na terra que nos foi reservada em 1914 (carta da Comunidade Indígena, pg. 3).

O estudioso do Povo Xokleng, Silvio Coelho dos Santos, sobre o esbulho a que foram submetidos, associado a toda forma de violência e assassinatos, descreveu quanto ao que precedeu à perda de parte substancial do território e que, “(...) vivendo nas encostas do planalto e nos vales litorâneos, viram suas terras serem gradativamente ocupadas pelos brancos. Nesse processo, sofreram as consequências de decisões políticas e econômicas, **em regra executadas a fio de facão e a tiros de escopeta** por experimentados caçadores de índios, **os bugreiros**¹⁵” (g.n.).

E acrescenta Silvio Coelho dos Santos:

Os Xokleng despertaram o interesse dos imigrantes, desde o primeiro momento. Vistos como motivo de insegurança pelos colonos e obstáculo ao “progresso”, pelas empresas de colonização, centraram um debate que levou o governo a criar o Serviço de Proteção aos Índios, em 1910. Alvos das atenções do novo Serviço, **vivenciaram nos primeiros anos de convívio na reserva de Ibirama a perda de dois terços da população originalmente contatada** (SANTOS, 1997, pg. 09) (g.n.).

E, para demonstrar a tragédia a que foram submetidos os Xokleng, conclui o mesmo autor com o depoimento colhido a um “bugreiro”, no ano de 1972, o que demonstra a radicalidade contra o Povo Xokleng, em tempos não muito distantes, quando vigorava ainda o regime de exceção no Brasil:

Segundo um depoimento que obtive do bugreiro Ireno Pinheiro, em 1972, na localidade de Santa Rosa de Lima, afugentavam-se os índios “... **pela boca da arma. O assalto se dava ao amanhecer. Primeiro, disparava-se uns tiros. Depois passava-se o resto no fio do facão. O corpo é que nem bananeira, corta macio. Cortavam-se as orelhas. Cada par tinha preço. Às vezes, para mostrar, a gente trazia algumas mulheres e crianças. Tinha que matar todos. Se não, algum sobrevivente fazia vingança. Quando foram acabando, o governo deixou de pagar a gente. A tropa já não tinha como manter as despesas. As companhias de colonização e os colonos pagavam menos. As tropas foram terminando. Ficaram só uns poucos homens, que iam em dois ou três pro mato, **caçando e matando esses índios extraviados.** Getúlio Vargas já era governo,**

¹⁵ SANTOS, Silvio Coelho dos. **Os índios Xokleng: memória visual.** -Florianópolis: Ed. da UFSC; [Itajaí]: Ed. da UNIVALI, 1997 – pg. 09.

*quando eu fiz uma batida. Usei Winchester. Os índios tavam acampados num grotão. Gastei 24 tiros. Meu companheiro, não sei. Eu atirava bem (grifos nossos)*¹⁶.

Isso demonstra, a *fortiori ratione*, que houve retirada forçada dos índios, não sem antes entregarem as suas terras para os colonizadores – esse tema o Egrégio STF já enfrentou por diversas vezes e, mais recentemente na ACO 312/BA e nas ACOs 362/MT e 366/MT, determinou que terras indígenas alienadas como se devolutas fossem, independente de quando no passado, não legaliza a nulidade nata da transação fraudulenta, da venda a *non dominus*.

As terras dos Xokleng foram demarcadas em 1914, muito a menor em relação ao que historicamente ocupavam, ao passo que foram sendo esbulhadas e entregues a particulares, até que a situação, mais recentemente, se tornasse insustentável ao ponto de que se iniciasse processo de demarcação, embasado, agora, na Constituição Federal de 1988 e no Decreto 1775/96.

Portanto, ao tempo que a Carta Política de 1988 reconheceu o direito territorial dos índios, num sentido mais amplo, determinou que a União demarcasse, num prazo de cinco anos, todas as terras indígenas pendentes de regularização e desforço reparatório. Assim como os Xokleng, todos aqueles povos esbulhados sob o jugo da violência e fraude, como veremos na sequência, não tiveram a devida reparação, quedando-se em mora a União com os povos indígenas.

3.2. O ESBULHO E A TITULAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O RELATÓRIO FIGUEIREDO COMO PROVA DA VIOLÊNCIA SEM LIMITES.

O Relatório Figueiredo¹⁷, encontrado no Museu do Índio no Rio de Janeiro, conseguiu expor ao país uma verdade quase que inacreditável. Produto da CPI do Serviço de proteção ao Índio – SPI, instaurada em 1967, conclui por um sem número de crimes

¹⁶ SANTOS, 1997, pg. 28.

¹⁷ Composto por 7.429 folhas em 29 volumes, o material abrange as atividades do Serviço de Proteção aos Índios – SPI (1964 a 1968) e contém informações relevantes sobre a situação das populações indígenas - então atendidas pelo SPI - em relação a saúde, educação e economia desses povos.

cometidos face os povos indígenas do Brasil, sem que se possa avolumar as atrocidades¹⁸. **O período mais importante apurado foi de 1964 a 1968**, até que aquele órgão indigenista foi substituído pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

Para que não esqueçamos do que viveram os índios no decorrer do século passado, em especial nos dois últimos quartéis, reportamo-nos ao Relatório Figueiredo, o qual pode demonstrar que tal prática de espoliação, por meio do órgão indigenista, em especial quando este era ligado ao Ministério da Agricultura, foi devastadora.

Veja-se:

(...)

Mas não paravam aí os crimes contra os indefesos indígenas¹⁹.

O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era usurpação do produto do trabalho. Os roçados laboriosamente cultivados, eram sumariamente arrebatados do miserável sem pagamento de indenização ou satisfação prestada.

A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. No primeiro caso nem todos incorreram nos delitos de maus tratos aos índios, mas raros escaparam dos **crimes de desvio, e apropriação ou de dilapidação do patrimônio indígena.**

(...)

Tal era o regime de impunidade, que a Comissão ouviu dizer no Ministério da Agricultura, ao qual era subordinado o SPI, que cerca de **150 inquéritos ali foram instaurados sem jamais resultar em demissão** de qualquer culpado.

Os crimes cometidos podem ser apresentados **grupados por espécie**, conforme o esquema abaixo:

(...)

1.7 – Dilapidação do patrimônio indígena:

a) venda de gado

b) arrendamento de terras

c) venda de madeira

d) exploração de minérios

e) venda de castanha e outros produtos de atividade extrativista e de colheita

f) venda de produtos de artesanato indígena

g) doação criminosa de terras

¹⁸ Disponível em: <http://museudoindio.gov.br/divulgacao/noticias/225-museu-do-indio-organiza-e-disponibiliza-relatorio-figueiredo>. Acesso em: 17.09.2019.

¹⁹ Essa referência é feita no Relatório após descrever toda sorte de violências contra os indígenas e nominar pessoas, responsáveis por crimes e se apropriar do rico patrimônio dos povos originários.

h) venda de veículos²⁰

Os crimes mais comuns foram os de dilapidação do patrimônio, como esbulho possessório e apropriação da renda indígena e trabalho escravo, associados, em caso de “rebeldia”, aos crimes físicos, como por exemplo os estupros, cárcere privado, esmagamento de tornozelo pelo “tronco”, **amputação e até mesmo casos de crucificação e, conseqüentemente, a morte.**

Para tanto, em caso de “rebelião” de grupos ou pessoas, existia o presídio Krenak:

O Reformatório Krenak, em Resplendor (MG), e a Fazenda Guarani, em Carmésia (MG), eram geridos e vigiados por policiais militares sobre os quais recaem diversas denúncias de torturas, trabalho escravo, desaparecimentos e intensa repressão cultural. **Os presos incluíam até mesmo indivíduos que lutavam contra a invasão de áreas hoje oficialmente reconhecidas como território indígena²¹.**

Para além desses “campos de concentração” indígena em Minas Gerais, existiam mais de 130 Postos Indígenas distribuídos por 18 Estados da federação, excetuando 4 pequenos Estados à época, Sergipe, Rio Grande do Norte, Espírito Santo e Ceará. Com base na inimputabilidade e tutela indígena, e na política integracionista e assimilacionista, existia no Posto um chefe e seus subordinados, que funcionou, inclusive, até depois da promulgação da CF/88. Os índios, até 1988, não tinham direito a nada, a não ser trabalhar como escravos para beneficiar o chefe do Posto e outros algozes, os quais se apropriavam do trabalho dos indígenas. Isso acontecia em todo o Brasil, e, se o índio tutelado descumprisse as ordens, seria preso, torturado e até morto (vide fls. 4.911 a 4.978 do Relatório Figueiredo).

De fato, o regime militar de 1964 a 1988 foi o mais terrível, pois foi responsável por uma personificação da maldade, preconceito e racismo contra os índios; os forçava à integração violenta ao universo do não-índio, o que se associou, invariavelmente, ao esbulho territorial inolvidável.

Atentemo-nos para a seguinte passagem, quanto aos campos de concentração indígena, o que tinha imediata associação ao desterro e ao aproveitamento ilícito das terras indígenas:

²⁰ Folhas 4.914 e folhas 4.916.

²¹ Retirado do sítio <http://reporterbrasil.org.br/2014/04/ditadura-criou-campos-de-concentracao-indigenas/> na data de 30 de março de 2015.

Os “campos de concentração” étnicos em Minas Gerais representaram uma radicalização de práticas repressivas que já existiam na época do antigo Serviço de Proteção aos Índios (SPI) – órgão federal, criado em 1910, substituído pela Funai em 1967. Em diversas aldeias, **os servidores do SPI, muitos deles de origem militar, implantaram castigos cruéis e cadeias desumanas para prender índios**²² (grifo nosso).

O esbulho, mais que sabido por todos, **foi e ainda é uma realidade**. Segundo o Conselho Indigenista Missionário – CIMI, as invasões em 2019 aumentaram consideravelmente, num crescimento vertiginoso. Veja-se:

No último ano foram registrados 109 casos de “invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio”, enquanto em 2017 haviam sido registrados 96 casos. **Nos nove primeiros meses de 2019, dados parciais e preliminares do Cimi contabilizam, até o lançamento do relatório**²³, **160 casos do tipo em terras indígenas do Brasil**.

Também houve um aumento no número de assassinatos registrados (135) em 2018, sendo que os estados com maior número de casos foram Roraima (62) e Mato Grosso do Sul (38). Em 2017, haviam sido registrados 110 casos de assassinatos²⁴.

Aproveitamos para demonstrar a sequência do esbulho, de antes, durante e depois da promulgação da CF/88, associado aos dados atuais do CIMI, com uma passagem do levantamento da Comissão Nacional da Verdade – CNV²⁵, bem como que o Estado foi o responsável direto pelas violações desde sempre, o que está imediatamente ligado ao esbulho territorial. Veja-se:

(...) Os interesses econômicos de proprietários se faziam representar nas instâncias de poder local para pressionar o avanço da fronteira agrícola sobre áreas indígenas. Em 1958, deputados da Assembleia Legislativa de Mato Grosso aprovaram o Projeto de Lei nº 1.077, que tornava devolutas as terras dos índios Kadiweu. **Em 1961, o Supremo Tribunal Federal decide pela inconstitucionalidade da lei, mas, a essa altura, estava estabelecida a invasão, uma vez que as terras já tinham sido loteadas** (Ribeiro, 1962, pp: 108-112). **Além das invasões propriamente ditas, eram comuns arrendamentos de terras que não obedeciam às condições do contrato – quando este havia – ocupando enormes extensões de terras indígenas;** constituindo, em

²² Retirado do site <http://apublica.org/2013/06/ditadura-criou-cadeias-para-indios-trabalhos-forcados-torturas/> em 16 de março de 2015.

²³ O Relatório de Violência do CIMI, que se utiliza de dados colhidos junto aos indígenas, órgão do governo e entidades da sociedade civil, foi lançado no dia 26.09.2019.

²⁴ Acessado na data de 01.10.2019, em: <https://cimi.org.br/2019/09/a-maior-violencia-contras-os-povos-indigenas-e-a-apropriacao-e-destruicao-de-seus-territorios-aponta-relatorio-do-cimi/>.

²⁵ Acessado em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>: visita: 17.09.2019.

alguns casos, situação de acomodação das irregularidades (**invasões praticadas e posteriormente legalizadas pelo SPI por meio de contratos de arrendamento**) (fls. 200 do Relatório da CNV – grifo nosso).

É muito fácil perceber o *modus operandi*, que tende a predominar nos dias atuais, caso nada seja feito: primeiro, ocorria o loteamento criminoso das áreas de ocupação tradicional e, depois, a titulação; somente após esse ato nefasto é que os indígenas eram retirados ou expulsos sob o jugo de intensa violência²⁶.

Portanto, é certo que as terras foram vendidas ou doadas a particulares com presença indígena confirmada, o que, em hipótese alguma, pode ser validado pela tese civilista do marco temporal e do renitente esbulho.

Sobre a corrupção e ação/omissão do Estado brasileiro, que não se pode legalizar por meio do marco temporal, temos a seguinte passagem retirada do Relatório da Comissão da Verdade:

O relatório da Comissão de Investigação do Ministério do Interior de 1967, presidida pelo procurador Jader de Figueiredo Correia, constata a existência de problemas desse tipo em quase todo o território nacional e, **no caso do esbulho ocorrido no sul do antigo estado do Mato Grosso, traz anexa lista de nomes de beneficiados com terras indígenas e suas vinculações com políticos, juízes, militares e funcionários públicos** (fls. 201 – grifo nosso).

Veja que os militares e agentes do próprio Estado, eram beneficiários do esbulho; muitos deles funcionários públicos – perceptível que a nova governança federal²⁷ pretende retomar esse nefasto período histórico²⁸, o que a Suprema Corte não pode permitir²⁹; esse esbulho seria legalizado pela malfadada tese do marco temporal^{30,31}, caso ela seja ratificada pelo Pleno.

Muitas famílias de agentes do Estado eram e são proprietárias de terras, como se constata a partir da leitura do Relatório Figueiredo e da CNV. **Isso, minimamente, já**

²⁶ Vide o caso dos Guarani e Kaiowá do Mato Grosso do Sul como exemplo.

²⁷ Vide mais em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/02/bolsonaro-transfere-para-a-agricultura-as-atribuicoes-sobre-demarcacao-de-terras-indigenas-e-quilombolas.ghtml>. Acesso em 26.09.2019.

²⁸ Vide mais em: <http://www.esquerdadiario.com.br/Bolsonaro-da-controle-de-demarcacao-de-terras-indigenas-a-ruralista-da-pasta-de-Agricultura>. Acesso em 26.09.2019.

²⁹ Vide mais em: <https://revistaforum.com.br/politica/bolsonaro-da-poder-aos-ruralistas-para-demarcacao-de-terras-indigenas-e-quilombolas/>. Acesso em 26.09.2019.

³⁰ Vide mais em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46749222>. Acesso em 26.09.2019.

³¹ Vide mais em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2018/02/08/nem-um-centimetro-mais-para-terras-indigenas-diz-bolsonaro/>. Acessado em 26.09.2019.

levaria à nulidade de atos viciados que declararam a propriedade sobre território indígena a particulares, “os quais inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre estas terras, imprescritíveis” (art. 231, § 4º, CF/88).

Isso resultou num enriquecimento ilícito por parte dos administradores e particulares, em prejuízo aos índios. Veja, depois, que nas fls. 4.959 do Relatório Figueiredo, **consta o nome do à época governador do MS, Pedro Pedrossian, o qual seus familiares disputam hodiernamente no judiciário, terras com os índios Terena** nos autos de nº AC 2.556 e ACO 1.589, que tramitaram no STF.

Quanto à corrupção no SPI, assim está redigido nas fls. 4.912 do Rel. Figueiredo: *“Pelo exame do material infere-se que o Serviço de Proteção aos Índios foi antro de corrupção inominável durante muitos anos”*.

E segue-se, nos termos do Relatório Figueiredo, demonstrando incansavelmente como se deu o esbulho territorial face os índios:

O índio razão de ser do SPI [e depois da FUNAI], tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhes impuseram um regime de escravidão e lhes negaram um mínimo de condição de vida compatível com a dignidade humana (fls. 4.912).

Para mascarar a hediondez desses atos invocava-se a sentença de um capitão ou de uma polícia indígena (...) Mas, mesmo que assim não fosse, caberia ao servidor impedir a tortura e, na reincidência, destituir e punir os responsáveis. Tal porém jamais aconteceu porque as famigeradas autoridades indígenas eram a garantia julgada eficaz para acobertar as tropelias de facínoras erigidos em protetores do selvícola pátrio (fls. 4.912).

Reafirmamos que parece inverossímil haver homens, ditos civilizados, que friamente possam agir de modo tão bárbaro. Nem o sexo feminino fugiu de flagelar o índio (...) Nêsse regime de baração e cutelo viveu o SPI muitos anos. **A fertilidade de sua cruenta história registra até crucificação, os castigos físicos eram considerados fato natural nos postos indígenas** (fls. 4.913).

Os índios eram submetidos aos chefes de Postos Indígenas, onde os seus lacaios e famigerados subordinados cumpriam as mais terríveis ordens, como até mesmo a crucificação e esquartejamento, “iniciando pelo púbis e indo até a cabeça³²”. Onde

19 IHU On-Line – Pode relatar alguns casos de violência contra os indígenas, registrados no Relatório Figueiredo, como o Massacre do Paralelo 11, por exemplo?

Elena Guimarães – O Massacre do Paralelo 11 foi como ficou conhecido o massacre dos Cinta-Larga promovido por pistoleiros a mando da firma seringalista Arruda Junqueira & CIA, em 1963. Segundo depoimento do funcionário Ramis Bucair, um bando de pistoleiros chefiado por Chico Luiz metralhou um grupo de índios Cinta-Larga e, **ao encontrarem uma índia sobrevivente, na companhia de seu filho de seis anos, mataram o menino com um**

houvesse um povo “aculturado” ou de contato, havia um Posto Indígena e quem respondia pelo índio tutelado, era o chefe de Posto. Mas o chefe de Posto era, quase sem exceção, um lacaio que suprimia os índios e por esse constrangimento irracional passou também o Povo Xokleng. Sair da aldeia, fazer reclamação: era preso; impingir resistência: tortura e morte. Sendo assim, o que sobrara aos índios? Absolutamente nada, a não ser aceitar as ordens dadas pelo Estado famigerado e a perda do território, sob pena de uma morte sob o jugo do barão e do cutelo³³.

A demonstração do esbulho violento, da análise do Relatório Figueiredo e da CNV, sem qualquer possibilidade de defesa, se seguiu. Abaixo é possível perceber o *modus operandi*, para limpar as áreas e, criminosa e inescrupulosamente, entregar a particulares:

Os espancamentos, independentes de idade ou sexo, participavam da rotina e só chamavam atenção quando, aplicados de modo exagerado, **ocasionavam a invalidez ou a morte** (fls. 4.913).

Havia alguns que requintavam a perversidade, obrigando pessoas a castigar seus entes queridos. Via-se, então filho espancando mãe, irmão bater em irmã e, assim por diante (fls. 4913).

O **“tronco” era, todavia, o mais encontrado de todos os castigos**, imperando na **sétima Inspetoria**. **Consistia na trituração do tornozelo da vítima, colocando entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo**. As extremidades, ligadas por roldanas, eram aproximadas lenta e continuamente. Tanto sofreram os índios na peia como no “tronco” que, embora o Código Penal capitulasse como crime a prisão em cárcere privado, deve-se saudar a adição desse delito como inegável progresso no exercício da “proteção ao índio” (fls. 4.913).

Sem ironia pode-se afirmar que os castigos de trabalho forçado e de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índios-SPI. Isso porque, de maneira geral, **não se respeitava o indígena como pessoa humana**, servindo homens e mulheres, como animais de carga, **cujo trabalho deve reverter ao funcionário**. No caso da mulher, torna-se mais revoltante porque as condições eram mais desumanas (fls. 4.913).

A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. (...) O SPI abrange cerca de 130 postos indígenas, disseminados em 18 unidades da

tiro na cabeça. Depois penduraram a índia pelos pés, com as pernas abertas, e partiram-na com um golpe de facão, do púbis à cabeça. Esta cena chocante foi divulgada nos jornais da época e é o único caso deste tipo de violência em que temos registro fotográfico. Bucair entregou à Comissão de Inquérito um rolo de áudio da confissão de um dos bandidos, Ataíde Pereira dos Santos. Segundo ele, até então o autor do crime continuava impune, possivelmente devido ao prestígio de seus protetores. Acesso em 26.09.2019 em: <https://jornalggn.com.br/direitos-humanos/relatorio-figueiredo-crimes-contra-indios-continuam-50-anos-depois/> (entrevista cedida por Elena Guimarães ao IHU On-line)

³³ Expressão retirada do Relatório Figueiredo para expressar a violência cotidiana contra os índios.

Federação, o que vale dizer que se estende pelo interior de todo o Brasil, excetuando os pequenos Estados do Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Espírito Santo e Sergipe. **Durante cerca de 20 anos a corrupção campeou no Serviço sem que fossem feitas inspeções e tomadas medidas saneadoras** (fls. 4914).

Mas não é possível uma exata apuração nem por isso se deixou de averiguar serem tantos e tão horríveis os crimes que **o SPI pode ser considerado o maior escândalo administrativo do Brasil**³⁴ (fls. 4.915 – grifos nossos).

Todo esse fator corrupção campeou no SPI e está imediatamente ligado ao inaceitável e violento esbulho territorial, **além de não possibilitar³⁵, e nunca ter possibilitado, sequer a defesa aos índios, seja pela “via judicial”, seja pelas “vias de fato³⁶”** – pois formalmente tutelados até 1988 e culturalmente tutelados a partir daí por força, até mesmo, de decisões judiciais que negaram o direito de acesso ao poder judiciário a determinados grupos étnicos³⁷. Os índios que ousassem lutar pelo território eram presos, torturados e até mortos, já que o Estado, por meio do SPI, e depois da FUNAI, era a própria repressão:

A subordinação do órgão tutor dos índios, encarregado de defender seus direitos, em relação às políticas governamentais fica evidente quando se nota que **o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) era órgão do Ministério da Agricultura e que a Fundação Nacional do Índio (Funai), que substituiu o SPI em 1967, foi criada como órgão do Ministério do Interior, o mesmo ministério a cargo do qual estavam a abertura de estradas e a política desenvolvimentista em geral.** Acrescente-se a esse quadro a anomalia jurídica de não haver um órgão curador a quem o órgão tutor dos índios devesse prestar contas de suas ações. Assim, é estrutural o fato de os órgãos governamentais explicitamente encarregados da proteção aos índios, o SPI e posteriormente a Funai, não desempenharem suas funções e **se submeterem ou até se colocarem a serviço de políticas estatais, quando não de interesses de grupos particulares e de seus próprios dirigentes** (fls. 199, CNV).

E, ainda, sobre a ditadura militar, temos os seguintes dados:

³⁴ Trechos retirados do Relatório Figueiredo que demonstram como se deu o esbulho para, ao final, demonstrar que esses crimes e fraudes não podem ser legalizados por uma tese que afronta a própria Constituição Federal de 1988, como é a proposta do marco temporal e renitente esbulho.

³⁵ Na maioria das ações judiciais, as demarcações são anuladas sem ouvir os índios.

³⁶ Referente ao reducionismo e retrocesso hermenêutico que representa o marco temporal e o renitente esbulho, tese ruralista, que vem sendo, indiscriminadamente, usada pelas instâncias inferiores, como se percebe da petição de ingresso como *amicus curiae* da CNA nos presentes autos.

³⁷ Vide o caso Guyraroká, do Povo Guarani e Kaiowá – MS nº 29.087 e Limão Verde, do Povo Terena – ARE 803,462, ambos no Mato Grosso do Sul. Nos dois casos foi negado o direito dos índios de serem parte no processo com base no regime tutelar do índio. A tutela rui em 1988, com a promulgação da Carta Política, mas na prática a situação cultural ainda prevalece.

A Comissão Nacional da Verdade (CNV) incluiu em seu relatório final um número limitado de 10 etnias indígenas entre as 434 vítimas de graves violações de direitos humanos ocorridas no Brasil durante a ditadura militar entre 1946 a 1985. Segundo o relatório, no período investigado **ao menos 8.350 indígenas foram mortos em massacres, esbulho de suas terras, remoções forçadas de seus territórios, contágio por doenças infecto-contagiosas, prisões, torturas e maus tratos. Muitos sofreram tentativas de extermínio.** G.n.

No capítulo “Violações de direitos humanos dos povos indígenas” consta que entre os índios mortos estão, em maior número 3.500 indígenas Cinta-Larga (RO), 2.650 Waimiri-Atroari (AM), 1.180 índios da etnia Tapayuna (MT), 354 Yanomami (AM/RR), 192 Xetá (PR), 176 Panará (MT), 118 Parakanã (PA), 85 Xavante de Marãiwatsédé (MT), 72 Araweté (PA) e mais de 14 Arara (PA).

O relatório afirma que o número real de indígenas mortos no período pode ser muito maior, já que analisou apenas alguns poucos casos:

“Deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada **e que há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas**”³⁸ (grifo nosso).

No Mato Grosso do Sul, por fim, temos os seguintes terríveis elementos, retirados do Relatório da CNV:

Documentos do SPI (1946-1947) mostram que os Kaiowá da região entre Dourados e Rio Brillante comunicaram-se reiteradamente com o SPI para pedir auxílio diante do avanço dos colonos, sem obter sucesso.

Em 1947, há notícia, também, de um ataque da Polícia Indígena da TI Dourados, por ordem do SPI. Os indígenas acusam o representante local do SPI de vender-se ao administrador da Colônia Agrícola (VIETTA, 2007, p. 123).

Em 1948 inicia-se a negociação de uma área mínima para garantir a sobrevivência dos Kaiowá da região. Nos anos 1950, restaram aos indígenas sete lotes da CAND, **nos quais eles resistiram pelas décadas seguintes. Ainda assim, entre 1961 e 1963, há vários registros de reclamações dos indígenas em função da invasão de suas terras por fazendeiros que diziam ter títulos dados pelo Estado** (VIETTA, 2007, 123).

Primeiro, titulavam-se as terras e somente depois é que retiravam os índios³⁹. Os Guarani e Kaiowá do Mato Grosso do Sul, povo desterrado, hodiernamente quem sabe se

³⁸ Retirado do site <http://amazoniareal.com.br/comissao-da-verdade-ao-menos-83-mil-indios-foram-mortos-na-ditadura-militar/> em 16 de março de 2015.

³⁹ No julgamento da ACO 362 e ACO 366, em agosto de 2017, o STF determinou que as terras alienadas, doadas ou transacionadas pelos Estados Federados, que contavam com presença indígena à época da primeira posse ou título de propriedade não indígena, não deixam de ser originárias, o que afasta, *in totum*, a tese do marco temporal.

o mais submetido às diversas formas de violência, tiveram suas terras entregues a particulares, para somente depois serem expulsos com a ajuda do próprio Estado. Isso tudo aconteceu sob o jugo da violência física, o que configura numa forma de esbulho territorial perverso. Mesmo assim ainda se mantiveram nos fundos das fazendas até 1980, quando os últimos grupos foram expulsos daquelas terras⁴⁰, o que não pode implicar em perda do território.

Veja-se que as terras foram alienadas ou doadas com a presença dos indígenas, o que é inconcebível. Daí se configura um cenário que vai de encontro com as últimas decisões do STF⁴¹, haja vista a ditadura militar ter calado os índios, prendendo-os sem crime durante os anos 1946 a 1988, período abordado, diga-se de passagem, pela CNV. Depois, claro fica que por serem tutelados e os militares (Estado) nunca terem representado seus interesses, muito pelo contrário, prendia, torturava e matava, os índios foram preteridos em todos os seus direitos, inclusive acossados, como se evidencia, culminando na perda forçada e violenta de suas terras, num passado bem recente.

Esses elementos determinam que não se pode admitir o esbulho e muito menos uma tese que legaliza toda fraude e violência ocorridas no passado recente. Ainda, que o *animus* está e sempre esteve presente entre os povos, num desejo incessante de tomar de volta seu território de ocupação tradicional. Diante disso, se conclui que a tese civilista do marco temporal, associada ao renitente esbulho, defendida pelos ruralistas, é inconstitucional e só tem como objetivo legalizar crimes violentos cometidos contra os povos indígenas, como se pode perceber do caso concreto.

3.3. CASOS LIMÃO VERDE E BURITI DO POVO TERENA. MARCO TEMPORAL E RENITENTE ESBULHO. TESE QUE CONTRARIA AS PROVAS DOS AUTOS E A DECISÃO TOMADA NA PET. 3388/RR.

Comece-se, como exemplo da violência que é a tese do marco temporal, pelo ARE nº 803.462, que conta atualmente com a relatoria da Eminente Ministra Rosa Weber e deve

⁴⁰ Retirada a informação dos autos MS nº 29.087, que anulou a demarcação da Terra Indígena Guyaroká, dos Guarany e Kaiowá do Mato Grosso do Sul, como base na tese do marco temporal. O relatório antropológico mostra que as terras foram vendidas com os indígenas mantendo a posse, para, somente depois, serem retirados à força. Mesmo assim se mantiveram nas fazendas até a década de 1980.

⁴¹ Vide mais no acórdão da ACO 362 e AC 366, julgadas em agosto de 2017.

ir ao Pleno da Corte, após reconhecida a divergência apontada pela PGR, no início do corrente ano.

Após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR), a 2ª Turma do STF, por maioria, no ano de 2014, determinou a nulidade do processo administrativo de demarcação das terras indígenas Limão Verde, do Povo Terena; com a mesma tese, o TRF da 3ª Região anulou, **um pouco antes**, também dos Terena, a demarcação da T.I. Buriti – ambas áreas em disputa são do Estado do Mato Grosso do Sul.

A primeira vez que essa tese aparece, então – pós Raposa –, é no TRF da 3ª Região, no caso Buriti, que agora está no STF por meio de um Agravo no Recurso Extraordinário, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, com o nº 1.137.139, **que teve como Relator, no Tribunal a quo, o Desembargador Federal Luiz Stefanini**. Nesse caso a tese foi construída, como a conhecemos hoje.

Ademais, há contra o **Desembargador Federal Luiz Stefanini**, no STJ, por meio de um REsp, de nº 1.598.598, de autoria do MPF e de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, uma alegação de suspeição, por ter como esposa, o Desembargador Relator, uma herdeira de posses incidentes na T.I. Limão Verde – área já citada acima, também dos Terena.

Veja-se como ficou construída a tese abordada no âmbito do caso Buriti, quando tramitava no Tribunal Federal da 3ª Região:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), **conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada** (ARE 803.462).

Se se questiona, então, de início: 1 – Como ingressariam os índios com ação judicial se eram tutelados até 1988, para fins de preencher o primeiro requisitos? 2 – Quem ingressaria, na ausência de capacidade postulatória dos índios, o SPI-FUNAI⁴², que entre seus quadros tinham os mesmos militares que mantinham campos de concentração e Postos Indígenas e que calaram os índios por mais de 40 anos, ou a União, que era a própria

⁴² Vide a contundente locução contida nas mais de sete mil páginas do relatório figueiredo, já bastante explorado no terceiro item dessa peça.

ditadura? 3 – Como resistiriam no território ou materializariam situações conflituosas de fato, para preencher o segundo requisito, se o SPI e depois a FUNAI eram inimigos diretos dos índios⁴³, como se percebe dos Relatórios Figueiredo e da Comissão Nacional da Verdade?

Ainda, é possível questionar de como os indígenas poderiam comprovar os dois requisitos (ação possessória e conflito de fato) para configurar o esbulho, daí já excluindo o *animus*, se nunca puderam, até 05.10.1988, serem considerados como sujeitos de direito e, após esta data, **nunca foram citados para poderem produzir provas em processo nenhum** – não atoa as inúmeras alegações de nulidade de processos judiciais, em casos onde houve a anulação da demarcação, pelo fato de os índios não terem sido ouvidos⁴⁴.

Contudo, o caso Limão Verde teve reconhecida a divergência e deve ir ao Pleno para nova análise, já que a 2ª Turma aplicou a tese, por 3 votos a 2, em oposição ao que o Pleno decidiu na Pet. 3388/RR, como por bem entendeu o Ministro Decano, quando foi relator do processo até o início do ano de 2019; o caso Buriti está sob a análise do Ministro relator e deverá, com a devida *vénia* à observância, submergir ao que decidido nestes autos. **Nenhum dos casos atravessou o limite da coisa julgada, mas estão sendo usados indiscriminadamente nas instâncias inferiores para anular procedimentos demarcatórios**, recebendo, até mesmo, novas [re]interpretações, ainda mais restritivas.

3.4. DO CASO KAINGANG DE TOLDO BOA VISTA. RE-INTERPRETAÇÃO NOCIVA DO MARCO TEMPORAL E DO RENITENTE ESBULHO.

Outro caso singular é o dos Kaingang, de Toldo Boa Vista, do Paraná⁴⁵, que trazemos à colação como exemplo de falha tenebrosa na aplicação de uma tese civilista e inconstitucional. Assim decidiu o TRF da 4ª Região, por constranger ainda mais a interpretação do caso Raposa Serra do Sol, retaliando o princípio da vedação do retrocesso:

⁴³ Fazemos referência ao período que os Relatórios Figueiredo e Comissão Nacional da Verdade abrangem. Não há provas de maus-tratos e violência, como ocorria no período anterior a 1988, contra os índios, após a redemocratização do país.

⁴⁴ Vide AR 2686, AR 2750, AR 2756, AR 2759, AR 2761, que tramitam na Suprema Corte.

⁴⁵ Esse caso conta com a força da coisa julgada e está sendo enfrentado não âmbito da Ação Rescisória nº 2.750, de relatoria da Ministra Rosa Weber, por anular a demarcação sem que a comunidade indígena fosse ouvida e por não apurar sobre a ocupação tradicional dos Kaingang, nos termos do art. 231 e 232, ambos da CF/88.

(...) o requisito temporal fixado pelo STF no julgamento da Petição 3.388 (caso 'Raposa Serra do Sol'), exige que ditas terras estivessem sendo tradicionalmente ocupadas pelos indígenas na data de 05 de outubro de 1988, ou que, não sendo mais por eles ocupadas naquela data em face de desalojamento coercitivo, tenham sido por eles ocupadas no passado e fossem quando da promulgação da Constituição de 1988, objeto de efetiva disputa possessória entre índios e não índios, configurando-se, assim, o 'esbulho renitente'.

3. Se, em outubro de 1988, a relação da comunidade indígena com a terra da qual fora desalojada no passado limitasse a incursões ocasionais, ou a iniciativas esparsas no sentido de reaver a terra, ou a anseios pelo grupo de retorno ao local, não estão presentes elementos suficientes para configurar o 'esbulho renitente', que, conforme entendimento emanado do STF, exige conflito possessório efetivo.

Os Tribunais Regionais Federais, em muitos casos, estão reinterpretando a decisão do STF no caso Raposa, de modo a restringir ainda mais o direito indígena, como se percebe do acima transcrito.

Veja-se então onde o TRF da 4ª Região foi se ater. Restringe ao máximo a interpretação do STF para qualificar o esbulho num sentido teórico impossível de efetivação. **Mesmo que se houvesse em 05 de outubro de 1988 reivindicação, incursões ocasionais, iniciativas esparsas no sentido de reaver as terras ou ainda anseios do povo de retornar ao local – o que seria o *animus* –,** ainda assim não estaria qualificado o esbulho aos índios. Esse contraste hermenêutico o STF não pode permitir que continue acontecendo, devendo colocar de imediato um freio nessa perniciosa reinterpretação, com a devida *vênia*.

Os interesses subsumidos nessas teses, estejamos certos, eram e são nas terras indígenas, as quais foram distribuídas às famílias da oligarquia brasileira, a exemplo da nossa triste história agrária, onde o Estado, por meio do órgão indigenista, foi omissivo, quando não, comissivo, impactando na entrega do patrimônio originário a particulares⁴⁶.

⁴⁶ A Fundação Nacional do Índio segue, de certa maneira, a prática do órgão antecessor, o Serviço de Proteção ao Índio. Mas “moderniza” esta prática e a justifica em termos de “desenvolvimento nacional”, no intuito de acelerar a “integração” gradativa (...) Ao mesmo tempo em que a subordinação da Funai a um determinado ministério, o do Interior, resulta numa hierarquização de prioridade, que dificulta sua ação, ao nível da prática levada a efeito pelos dois órgãos não existe qualquer descontinuidade, ou seja, com vistas a aceleração de uma “integração-evolução” (fls. 202, CNV).

3.5. O CASO GUYRAROKÁ ANULADO COM BASE NO MARCO TEMPORAL. LEGALIZAÇÃO DE ATOS DE VIOLÊNCIA. ESBULHO CONFIGURADO. ANIMUS NÃO RECONHECIDO. VIOLAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO CASO RAPOSA. REVISÃO DO CASO.

O caso Guyraroká, dos Guarani e Kaiowá do Mato Grosso do Sul é, quem sabe, o mais dramático. O processo de demarcação, que já contava com Portaria Declaratória, foi anulado pela 2ª Turma do STF, por meio de mandado de segurança, sob a imposição da tese do marco temporal, numa clara reinterpretação, *data máxima vênia*, da decisão tomada na Pet. 3388/RR, em prejuízo aos índios, sem que fossem parte, o que contraria a Súmula 631/STF.

Vejam os um pouco do laudo antropológico que apurou sobre a T.I. Guyraroká⁴⁷, que atualmente conta com uma ação rescisória na Suprema Corte (AR 2.686), e o que de fato foi anulado naquele caso.

Papito Vilharva, com cerca de 78, nasceu no Guyraroká, nas margens do riacho Koguary, que deságua no Riacho Ypytã. Segundo seu relato, o **primeiro branco que apareceu na região com o intuito de ocupá-la foi um senhor apelidado Alemão, depois vieram o Antônio Afram e o Albuquerque. No início pareciam amistosos, mas logo passaram a dar tiros sobre a casa grande (ogapysy) onde morava sua família extensa, sendo que um índio de nome Santiago foi atingido na perna.** (Pg. 39 do laudo antropológico)⁴⁸.

Veja-se então que primeiro as terras de Guyraroká foram sendo tituladas pelo Estado para, somente após a alienação daquelas áreas de ocupação tradicional, os particulares se legitimarem a expulsar os indígenas – esse é apenas um exemplo, mas que em todos os casos o *modus operandi* foi o mesmo.

E continua:

A análise **racional e reflexiva**, através da observação controlada dos fatos etnográficos e históricos, **tornou possível demonstrar que a Terra reivindica é de fato Terra Indígena**, e que as pessoas que estão mobilizadas em torno da reivindicação da demarcação, **constituem de fato uma comunidade com vínculos históricos reconhecíveis com a mesma.** (...) Assim, é possível concluir favoravelmente ao direito desses Kaiowá reaverem a terra que reivindicam já que constata-se: **a) a**

⁴⁷ Retirado dos autos do MS nº 29.087, que transitou em julgado na 2ª Turma do STF e que conta com a ação rescisória nº 2.686.

⁴⁸ Foi firmado pelo STF (ACO nº 362) que a ciência antropológica é o meio de prova mais eficaz para aferir sobre ocupação tradicional, pois estamos a falar de uma ciência, com métodos próprios e profissionais extremamente habilitados

identidade do grupo enquanto comunidade indígena estruturada segundo seus usos e costumes tradicionais; b) a permanência cultural já que os Kaiowá insistem em manter seu modo de ser, e a reivindicação do território cumpre justamente a exigência de reaverem o espaço físico para continuarem realizando suas práticas culturais; c) a presença tradicional da comunidade de Guyraroká na terra em questão, da qual foi expulsa pelos fazendeiros que adquiriram as terras do Estado. (Pg. 99 do relatório).

A parte final do trecho do laudo antropológico acima transcrito somente reforça que as terras indígenas foram distribuídas a particulares, para somente após a titulação ou efetivação da posse por não-índios, serem os índios expulsos. Se o laudo é de fato respaldado pela ciência e por decisão da Suprema Corte, a demarcação deve ser mantida, já que esse é o principal meio de prova a ser considerado – o laudo atrai a tese adotada na ACO 362/MT e na ACO 366/MT, julgadas em agosto de 2017, que repele o marco temporal.

Por óbvio que essa titulação feita sobre terras indígenas é nula, independente de quando no passado, pois se deu com a presença incontestante dos indígenas naquelas áreas. E foi justamente isso que a Constituição de 1988 veio proteger, tornando inválidos ou inexistentes todos os títulos de propriedade incidentes sobre terras de ocupação tradicional – ocupação tradicional que não se confunde com posse civilista (marco temporal), pois ela tem como parâmetro conceitual o indigenato, ou seja, todos os elementos ligados ao uso tradicional e originário da terra (art. 231, *caput* e §1º), sendo este, ainda, um direito declarado e não constituído.

Ademais, como veremos adiante, a Corte já definiu sobre esse conflito no ano de 2017, quando julgou a já referida ACO 362 e ACO 366, resolvendo, em suma, que todas as terras alienadas com presença indígena, independente de quando no passado – ocupação na forma tradicional, e não civilista –, ocorreram à margem da legislação, pois que os Estados titularam terras da União, configurando, em verdade, venda a *non dominus* e, portanto, estamos a falar de uma transação nula de pleno direito, nos termos do § 6º do art. 231 da CF/88.

O caso Guyraroká e os demais que foram anulados com base na tese do marco temporal, tiveram, de forma muito desproporcional, uma invertida na jurisprudência do STF e isso não se pode conceber, com a devida *vénia*, pois que viola o princípio da vedação do retrocesso. O marco temporal é inconsistente, é inconstitucional, tem base unicamente

na posse físico-civilista e engessa um direito que é ontologicamente múltiplo, congênito, a depender de cada povo, de cada etnia o uso do território tradicional.

Por fim, conhecida a situação da Terra Indígena Guyaroká nos ambientes políticos internacionais, bem como sobre a anulação do procedimento de demarcação da área com base na tese do marco temporal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Comissão IDH, determinou mediana cautelar contra o Brasil, nos seguintes termos:

32. Nesse sentido, no presente assunto, a Comissão constatou que a situação, exposta à luz do artigo 25 do Regulamento, satisfaz o cumprimento dos requisitos regulamentários, sendo conseqüentemente adequada a adoção de medidas cautelares para salvaguardar seus direitos.

33. A Comissão declara que as pessoas beneficiárias da presente medida cautelar são os membros da comunidade Guyaroká do Povo indígena Guarani e Kaiowá, que resultam identificáveis nos termos do artigo 25.6.b do Regulamento da CIDH (fls. 7).

Portanto, o caso Guyaroká, além da anulação da demarcação sem a oitiva dos índios interessados (Súmula 631/STF), com base na tese do marco temporal, é um enunciado de que os requisitos civilistas, e em nenhuma medida constitucionais, utilizados para aferir sobre conceito de terras tradicionalmente ocupadas para o caso, culminando em nulidade do procedimento demarcatório, não pode servir, em hipótese nenhuma, de parâmetro conceitual, sob risco de termos uma Carta Política, promulgada em 1988, apenas para regular o que previsto na Carta de 1967 e, portanto, sem nenhuma viabilidade prática, tornando inócua sua existência, em claro desrespeito à vontade soberana do Constituinte Originário e a tese do indigenato.

4. Quarta Parte

4.1. DA TESE MAIS RECENTE DO STF. CONHECIMENTO DO INDIGENATO. MARCO TEMPORAL QUE FOI AFASTADO.

O ministro Marco Aurélio Mello (relator), no advento do julgamento da ACO 362/MT e ACO 366/MT, contribuiu com o deslinde da matéria sobre demarcação de terras indígenas e o conceito de tradicionalidade de ocupação fundiária, com uma interpretação literal do texto constitucional. Afastou a impossibilidade de ampliação de terras indígenas e afirmou o conceito de ocupação tradicional, bem como a sua forma de aferição, o que fez sustentar com base tese do indigenato.

O presente caso, dos Xokleng, e os demais acima citados, tem uma similaridade que impressiona com aquelas do Mato Grosso. As áreas discutidas na ACO 362/MT e ACO 366/MT tinham, temporalmente, uma espécie de rompimento artificial (forçado) dos índios com a terra, marcado na década de 1960. A venda das terras foi operada pelo Estado do Mato Grosso e aqui também vemos a mesma situação, com o Estado de Santa Catarina, Paraná e Mato Grosso – hoje Mato Grosso do Sul. Os índios, em ambos casos, foram expulsos e as terras vendidas, doadas ou transacionadas a *non dominus* pelos Estados Federados, já que de propriedade da União. Naquele caso o STF conheceu da tradicionalidade das áreas sob o ângulo do indigenato, do direito originário – congênito, e que este não se perde ante o esbulho ou outro meio insidioso usado contra os índios e seus direitos –, a partir da prova antropológica

Detalhou ainda, o relator daquelas Ações Cíveis Originárias, sobre o desrespeito com os bens da União, quando da venda de terras de posse dos índios pelo Estado-membro e a violência contra os indígenas, como de fato ocorreu no presente caso. Nestes termos é o acórdão (ACO 362):

O conflito resume-se, conforme consignado, à discussão da titularidade das áreas que passaram a compor o Parque, cujos limites foram definidos pelo Decreto nº 50.455/1961, que o criou, e pelos de nº 63.082/1968 e 68.909/1971, **os quais ampliaram a área de abrangência.**

Não se olvida todo o histórico de problemas, **“verdadeiro descalabro”** – como referido na contestação da FUNAI –, **na venda de terras públicas em Mato Grosso**, inclusive daquelas que vieram a constituir o Parque Indígena do Xingu.

Ademais, o ministro relator, ainda, salientou em seu voto a importância e o respeito ao estudo antropológico, o qual serve de parâmetro científico para aferição da tradicionalidade da ocupação indígena:

As observações do Estado autor **não têm o efeito de afastar as conclusões do último laudo**, podendo-se afirmar que as terras que passaram a compor o Parque Xingu não eram de titularidade do Estado de Mato Grosso, **pois ocupadas, historicamente, por povos indígenas.**

Foi unânime a posição dos ministros da Suprema Corte ao afirmar o direito territorial dos índios. A ocupação indígena não se perde ao tempo que foram esbulhados, violentados e expulsos, independente do lapso temporal. Veja-se no voto do ministro Luiz Roberto Barroso:

(...) 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 do STF, que dispõe: “*Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas*”.

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.

(...) **penso que a maneira como a Constituição de 1988 enfrentou este problema resolveu retroativamente.** Portanto, ainda que houvesse uma pretensão fundada, ela não subsistiria **ao caráter declaratório e retroativo com que a Constituição tratou esta matéria.**

Quanto à importância da antropologia, para definição de direitos territoriais indígenas e da declaração desses direitos, temos que:

Mas o mérito da decisão técnica, antropológica, de uma questão que envolve expertise em formação e tradições indígenas, verdadeiramente, penso que refoge ao tipo de formação que o Judiciário tem. Portanto, acho que, nestas matérias, a melhor postura é uma postura de autocontenção, de deferência para com o ato político praticado pelo Poder competente **com base no laudo técnico elaborado,** no caso específico, o decreto que criou o parque.

E conclui o ministro Barroso:

O elemento teleológico, por sua vez, sugere que a “posse”, a “localização”, a “habitação” ou a “ocupação” dos indígenas possui um significado relacionado ao habitat em um determinado espaço, necessário à sua subsistência (compreendendo os locais onde são desenvolvidas atividades produtivas, tais como caça, pesca, coleta e cultivo), à preservação dos recursos naturais e à reprodução física e cultural do grupo. Por essa razão é que, como bem destacado pelo Min. Victor Nunes Leal no RE 44.585, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 30.08.1961, ao analisar o art. 216, da Constituição de 1946, “não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo”. Nesse mesmo sentido dispõe o art. 23, do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973).

O ministro Alexandre de Moraes, na mesma toada, rebusca o indigenato e determina que a posse indígena não se perde quando retirados à força ou sem sua vontade de suas ricas terras.

Assim votou o ministro:

Além disso, os autos comprovam em **estudo antropológico** de todas as áreas de que a ocupação tradicional indígena existiu, existe e sempre foi lícita (...).

No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, de terras do indigenato, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas.

“(…) as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, §1º, do Decreto nº1854 (...)” (*Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, 1012, p. 62)

Também pesou **a agressão que os índios sofreram, em determinado momento, daqueles que invadiram as suas terras**. Isso forçou o deslocamento, só que não foram deslocamentos voluntários, foram deslocamentos compulsórios, em virtude da violência sofrida à época. **Isso não retira a característica de permanência na ocupação** (...).

A ministra Carmen Lúcia, ao acompanhar o relator, enfatizou o indigenato e a segurança constitucional dos direitos indígenas e sua aplicabilidade, consubstanciando garantias étnicas, culturais e sociais aos povos indígenas do Brasil. Ao ressaltar o indigenato, conceito que garante aos indígenas o direito de declaração de suas terras tradicionais, já consagradas as posses antes mesmo da existência do Estado Brasileiro, assim definiu o mérito na ACO 362/MT:

No voto que proferi no ‘caso Raposa-Serra do Sol’ (Pet n. 3.388, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe 24.9.2009), observei que, embora as Constituições brasileiras somente tenham cuidado, especificamente, do tema referente aos direitos dos indígenas desde 1934, a matéria foi objeto de legislação antes mesmo da formação do Estado brasileiro, como demonstra a lição de João Mendes Júnior em seu trabalho “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos” (São Paulo: Typ. Hennies, Irmãos, 1912), que faz remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680 **a origem do indigenato**, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação.

Como demonstrado pelo Ministro Ilmar Galvão naquela Ação Cível Originária n. 469, **as terras de ocupação permanente dos indígenas não eram terras devolutas e não passaram a integrar o patrimônio dos Estados** com a

Constituição de 1891, passando a posse dos silvícolas a ser protegida constitucionalmente desde 1934.

Na Constituição da República de 1988 se fortaleceu, expressamente, a tutela do indigenato, definidas entre os bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, inc. XI), aos quais se reconheceu **como imprescritíveis os direitos delas decorrentes**, garantindo-lhes a posse e exclusivo usufruto, nos termos do seu art. 231.

Afirmou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal até mesmo quanto à nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais incidentes sobre terras de posse imemorial indígena, como, por exemplo, de títulos rurais concedidos por Minas Gerais a particulares:

“EMENTA: - AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. TÍTULOS DE PROPRIEDADE INCIDENTES SOBRE ÁREA INDÍGENA. NULIDADE. Ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios Krenak e outros grupos. Procedência do pedido” (Ação Cível Originária n. 323/MG Relator o Ministro Francisco Rezek, Plenário, DJ 8.4.1994).

Também em 2.5.2012, este Supremo Tribunal julgou procedente a Ação Cível Originária n. 312/BA, Relator o Ministro Eros Grau, ressaltando, assim como na Ação Cível Originária n. 323/MG, que *“a baixa demografia indígena na região em determinados momentos históricos, **principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados pelo forasteiro, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas**”*.

A ministra Carmen Lúcia ainda menciona o caso Raposa Serra do Sol e esclarece que em nenhum momento a tese do marco temporal implica em retirada de direitos territoriais aos povos indígenas, muito ao contrário, “reconheceu-se a necessidade de depuração da *“continuidade suficiente da posse indígena”*”.

Significa dizer que prevalece o indigenato, tese reforçada pela maioria dos ministros da Suprema Corte no advento do julgamento da ACO 362/MT e ACO 366/MT na data de 16/08/2017, e prevalece a garantia constitucional de declaração – e não constituição – de direitos territoriais dos índios; direitos esses anteriores à existência do próprio Estado brasileiro e que, o marco temporal usado no caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR), não era para limitar o direito à terras dos índios, mas para depurar sobre esse direito, o qual é feito, repise-se, como bem salientado por todos os ministros, através do laudo científico antropológico.

O ministro Luiz Edson Fachin também reforçou sobre a nulidade de títulos e a existência dos direitos dos índios antes mesmo da existência de qualquer outro:

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros (...).

Daí explica o ministro sobre as remoções forçadas dos indígenas, ato de esbulho esse que não contamina o seu direito à terra:

Ocorre que, no período anterior à Constituição de 1988, os índios – chamados silvícolas – ainda eram tratados como tutelados pelos órgãos de proteção federal e era bastante comum a prática de **deslocamento de povos inteiros para áreas diversas, a fim de dar andamento à política desenvolvimentista** (construção de estradas, pontes, abertura de fronteiras agrícolas, espaço para pecuária, *etc*) que não deveria ser turbada pela presença dos indígenas nessas regiões.

E conclui sobre o conceito de terra tradicionalmente ocupada, mantendo posição mais que acertada sobre a exegese do art. 231 da CF/88:

A manutenção do habitat indígena não se resume ao conjunto de ocas, mas sim, como dispõe o artigo 231 da Constituição da República, às áreas *“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”*.

(...)

“A posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial.” (VITTORELLI, Edílson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 189).

A Eminente ministra Rosa Weber consubstanciou sua posição na premissa constitucional da posse e ocupação indígena. Afirmou que a forma de ocupação dos índios é de acordo com suas próprias instituições, usos e costumes, o que pode fazer com que, de acordo com sua lógica relacional, não necessariamente estejam na posse física em determinado tempo, mas sim, de qualquer forma, mantenham a posse tradicional. Essa

forma de ocupação é que difere da posse civil, tornando o direito territorial indígena matéria de cunho eminentemente constitucional.

Tal, contudo, decorre de interpretação a respeito, na medida em que os dados trazidos, na verdade, **não consideram o modo de aproveitamento das terras, mas sim o fato de os indígenas estarem ou não nas terras.** E sabemos que, **devido às próprias características culturais dos índios, o uso da terra pelos indígenas não diz, necessariamente, com estar sobre a terra.**

O ministro Ricardo Lewandowski, além de erigir validade hierárquica ao laudo antropológico, reafirmou que o direito indígena é assegurado, inclusive, pela legislação internacional, como é o caso da Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

Temos dois laudos alentadíssimos, que comprovam, de forma absolutamente extrema de qualquer dúvida, de que a terra era, sim, ocupada pelos indígenas e, assim, foi reconhecida por um decreto presidencial. Decreto, este, editado e reeditado à luz das constituições pretéritas, inclusive, à luz da presente Constituição, que garantiam esse direito aos indígenas em questão.

E segue, ao reconhecer que o esbulho, ocorrido em qualquer tempo no passado, é inadmissível e, por isso mesmo, nesses casos a terra é indígena, anulando-se todo e qualquer ato de posse e propriedade:

Não raro, diria, até muito comum, serem os laudos antropológicos desqualificados, imputando-lhes a característica de que são mera literatura. (...) e afirmar que a Antropologia é, sim, uma ciência. É uma Ciência porque tem método próprio, um objeto específico e baseia suas conclusões em dados empíricos.

Ao nos debruçarmos sobre estes laudos antropológicos, que integram esses dois feitos, verificamos que **são dados antropológicos elaborados segundo os cânones científicos**, porque estão fundados em documentos, mapas e provas testemunhais. **Portanto, são laudos, do ponto de vista técnico, absolutamente impecáveis** (...) e que a meu ver, resolvem a controvérsia fática.

Portanto, nos termos da última assentada, em agosto de 2017, sobre a matéria territorial indígena, a Corte Suprema referendou a tese do indigenato e expurgou o marco temporal dos anais deste Colendo Colegiado.

4.2. CASO RAPOSA SERRA DO SOL: DEMARCAÇÃO DE FORMA CONTÍNUA, EXCLUSÃO DO MARCO TEMPORAL, DO

RENITENTE ESBULHO E DA CONDICIONANTE DE Nº 17.

Iniciemos por dizer que o caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR) foi uma decisão positiva aos índios. O que se seguiu é que foi desarrazoado, conquanto a reinterpretação atingiu o núcleo central do direito constitucional dos povos originários, de forma extremamente negativa.

Veja-se que naquele julgado tivemos a manutenção da demarcação de forma contínua, e não em ilhas – como pretendiam os ruralistas. Significa dizer que o marco temporal não foi usado, na prática, naquele debate e o esbulho teve cogente força de edificação de pretensão de direitos, por *fortiori ratiōe*, bem como o *animus* de pertencimento e presença por parte dos indígenas foi devidamente salvaguardado.

Os casos que se seguiram que foram o grande mote restritivo, como visto acima da citação de casos concretos julgados em 2014/2015. Tanto o esbulho, quanto o *animus*, edificados na Pet 3388/RR, foram totalmente desconsiderados – apesar de demonstrados nos laudos antropológicos –, para dar lugar a uma reinterpretação, tal qual a conhecemos hoje e em prejuízo dos índios.

Essas decisões não são do Pleno da Suprema Corte, porque esta tem posição diferente, como veremos adiante. Contudo, a opção do julgador de grau inferior, é quase sempre àquela da nova roupagem hermenêutica, ou seja, a da aplicação do marco temporal associado ao renitente esbulho, ocorridos à data da promulgação da Carta Maior.

Veja a linha adotada pela Eminente Ministra Rosa Weber, confirmando que a Pet. 3388/RR é muito mais que teses nocivas aos índios e que a condicionante de nº 17 e o marco temporal são passagens isoladas, sem apuração de debates na Corte e que nem mesmo tiveram implicações práticas no caso Raposa:

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 (...).** 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 (...).

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. (...) o que se tem por necessário na medida em que esta alterou completamente os fundamentos ideológicos aplicáveis à questão indígena – **superando o modelo confinatório e/ou de tutela e incorporação à sociedade civil para um modelo de respeito à diversidade cultural e à história dos povos nativos** (MS nº 31.901/DF).

A vontade do constituinte originário foi, em sua maioria, a posição marcada no julgado do caso Raposa Serra do Sol e muito bem explicada pela ministra Rosa Weber. O julgado é composto de um conjunto de garantias fundamentais e não se pode extrair eventuais, seletas e isoladas apurações constantes do acórdão, senão o *decisum* como um todo. **O que se deve ter como parâmetro é o conjunto do acórdão, a totalidade do julgado.** E, nesse sentido, a demarcação foi extremamente positiva aos índios e às etnias que habitam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Para demonstrar os seus fundamentos, a Ministra colaciona no seu voto quase toda a ementa da pet. 3388/RR e **não apenas retira excertos ideológicos do julgado, como pretendem os ruralistas, numa clara disputa de narrativa, e como vem entendendo alguns Tribunais Federais.**

Desse modo, seguindo o conjunto do julgado na Ação Popular e a esclarecedora explicação do Ministro Relator dos Embargos de Declaração naquele caso, em consequência ainda do julgamento das ACOs 362 e 366, a perda do território de ocupação tradicional, nos termos do §1º do art. 231 da CF/88, não acontece se houve retirada forçada ou impedimento do ingresso e ocupação indígena, **mesmo que a remoção tenha se dado em passado distante.** Esta interpretação ficou consignada no marcante julgamento do processo relativo à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Vejamos sobre a proteção do território tradicional constante do acórdão da Pet. 3388/RR:

Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação **sejam ocupadas por não índios há muitas décadas**, estando situadas em terras de posse indígena, **o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios**” (fls. 812-3 – Pet. 3388/RR)⁴⁹.

⁴⁹Acórdão Embargos de Declaração na Pet. 3388/RR, fls. 24-26.

O território tradicional é premissa fundamental a que deve se proteger. Doravante, o conceito de terra tradicional, quanto a interpretação do STF, é de que:

Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, **de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar"** e ainda aquelas que se revelarem **"necessárias à reprodução física e cultural"** de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não índios – Ementa da Pet. 3388/RR).

Garante, ainda, o relator dos Embargos de Declaração da Pet. 3388/RR, ministro Barroso, que (...) o art. 231 da Constituição de 1988 **“reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva [...]”**⁵⁰, o que inviabiliza por completo o argumento de se prescrever o direito de revisão administrativa da área indígena.

Não fosse suficiente, nem mesmo no mencionado julgamento do caso Raposa Serra do Sol, a condicionante de número 17 e a tese do marco temporal foram aplicados. **Do contrário, caso aposta a tese, aquela terra indígena teria sido demarcada em ilhas e não de forma contínua. A tese de demarcação de forma contínua atenderia, imediatamente, aos anseios dos índios e a legislação constitucional, bem como se enquadra na jurisprudência do STF** – mas esse fator nunca foi considerado pelos Tribunais, tão somente o marco temporal e o renitente esbulho. Há uma clara opção, uma escolha por uma tese, que nunca foi a vontade da Corte Constitucional, como bem constatou a Ministra Rosa Weber.

Depois, a demarcação que se seguiu (Pet. 3388/RR) anulou todas as posses e títulos incidentes sobre o território tradicional, o que conduz as decisões de que aplicaram o marco temporal a uma interpretação conflitante com o entendimento do julgado na Pet. 3338/RR, rompendo com a **“*unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos*”** ao se aplicar excertos notadamente fora de contexto (MS 31.901/DF, Rel. ministra Rosa Weber), gerando incalculável prejuízo aos povos indígenas.

Veja-se, nos termos daquele julgado, que posses de áreas datadas do início do século passado foram todas anuladas para dar viabilidade à demarcação – então, como se poderia

⁵⁰Idem.

falar em esbulho comprovado pelos índios à data da promulgação da Constituição se no caso Raposa a Corte disse justamente o contrário:

8. (...). Sustenta [um dos autores da Pet. 3388/RR] que a fazenda [Guanabara] seria de **ocupação privada desde 1918**, tendo sido reconhecido o domínio particular por sentença proferida em **ação discriminatória, transitada em julgado em 1983. Isso teria constado do Despacho nº 80/96, do Ministro de Estado da Justiça**, e só poderia ter sido alterado caso tivesse sido apontada alguma nulidade.

9. Não verifico [ministro Barroso – relator] qualquer vício quanto ao ponto, que foi expressa e claramente examinado no acórdão embargado. **Já em sua ementa, o julgado destacou o caráter originário do direito dos índios, que preponderaria sobre quaisquer outros.**

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores [...] **não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal [...]** pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé” (fls. 340-1 – Pet. 3388/RR).

Salienta o relator do caso Raposa Serra do Sol, ministro Ayres Britto, ao firmar que o direito dos índios à terra é congênito, que “O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional (...). **Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena**” (Pet. 3388/RR).

Subsidiariamente, para demonstrar o equívoco da tese do marco temporal e do renitente esbulho, é fácil demonstrar o conflito desse entendimento (marco temporal) com a jurisprudência do STF e, especialmente, com o julgado na Pet. 3388/RR, o que romperia com o engate lógico da relação temporal e espacial que os indígenas têm com a terra, temos que:

Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que **resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia.**

A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da **posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural** das etnias nativas (Pet. 3388/RR).

No MS nº 32.709⁵¹, de relatoria do ministro Dias Toffoli, a mesma visão de terras indígenas sobressai e faz valer, por si só, o direito dos índios:

...a dinâmica relacional desse grupo indígena com o Morro dos Cavalos [Guarani de Santa Catarina] **não se dá apenas pela sua efetiva presença no local quando do advento da Constituição, mas sobretudo pela sua relação simbólica com a terra, da qual o grupo indígena muitas vezes se afastou pela presença dos colonizadores, sem contudo perder o vínculo com o que chama de mundo original**_(MS 32.709, Rel. Dias Toffoli).

Ainda, temos que:

O Pleno do STF, ao julgar os embargos declaratórios opostos contra o acórdão proferido na Pet. 3.388/RR, **afastou explicitamente a atribuição de efeito vinculante às condicionantes adotadas naquele julgamento**, de modo a desconstituir o ponto de partida em que se sustenta a presente inicial – qual seja, o de que cada uma das condicionantes então adotadas no julgamento poderia ser destacada de seu contexto e aplicada a casos diversos (MS 31.901/DF).

Vale dizer, porém, que se trata de uma decisão da mais alta Corte brasileira e a posição declarada pelos ministros no caso são de relevância indizível a servirem de parâmetro, como ficou definido, **sendo, destarte, que é um “ponto de partida, não é ponto de chegada. Não se faz inexorável a decisão proferida por ter tido outra em determinado sentido” (E.D. fls. 21 – Pet. 3388/RR)** e, acaso admitida em algum tempo pela Corte Especial como vinculante, **deve ser aplicada na sua integralidade e não restrita a excertos que alteram o direito fundamental indígena**, a vontade do constituinte originário e a jurisprudência do STF.

Para que não paire nenhuma dúvida sobre o instituto constitucional da causa indígena, na data de 11/05/16 o **Tribunal Pleno** da Suprema Corte confirmou decisão em Agravo Regimental, julgado originariamente em agosto de 2014, sobre a estreiteza do Mandado de Segurança para discutir matéria complexa, bem como, na mesma assentada, sobre a **inaplicabilidade do marco temporal e das condicionantes a casos análogos ao da Pet. 3388/RR**⁵².

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “PROVÁVEL” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AGRAVO

⁵¹ Vide também, pela inaplicabilidade do marco temporal, decisões do Pleno do STF no MS 27.939.

⁵² Na mesma linha foi a decisão no MS nº 31.100.

REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) III - O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”. IV - Agravo regimental a que se nega provimento (AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 27.939 DISTRITO FEDERAL; Rel. Ricardo Lewandowski. Jul. 13/08/2014).

Portanto, nem o marco temporal, e nem as condicionantes do caso Raposa operam de forma vinculante. Mais, a forma como o tema foi abordado na Pet. 3388/RR difere do modo como os Tribunais estão aplicando a matéria, culminando num claro desrespeito ao direito territorial indígena, o que deve ser de imediato, com a devida *vênia*, regulado pela Corte Constitucional.

A fim de que não reste dúvida sobre o tema, a solução mais adequada a ser adota pelo STF é a de desfazimento de qualquer possibilidade de interpretação da Constituição Federal com base na tese do marco temporal e, concomitantemente, a reafirmação do indigenato como padrão interpretativo.

5. Quinta Parte

5.1. DAS UNIDADES DE COSERVAÇÃO E A TRADICIONALIDADE DA OCUPAÇÃO INDÍGENA. SOBREPOSIÇÃO QUE NÃO SE EXCLUI A AUTONOMIA INDÍGENA E O USUFRUTO EXCLUSIVO.

Excelência, com a devida *vênia*, o debate em torno da coexistência entre Unidades de Conservação e terras indígenas não deveria ser necessário, pois certo de que o Estado não poderia, em tempo algum, questionar sobre o monopólio dessas áreas. Os povos indígenas têm nas suas terras as mais conservadas e mais bem guardadas áreas de preservação ambiental, como se percebe de inúmeros estudos científicos – estudos técnicos que vêm sendo questionados pelo atual governo, mesmo que sem respaldo em nenhuma lógica estatística, diga-se de passagem.

Como exemplo estatístico, passamos a demonstrar, através de estudo do Instituto Socioambiental – ISA, que a áreas mais bem preservadas, em especial na Amazônia, são aquelas demarcadas como de ocupação tradicional. Senão vejamos:

Para começo de conversa, as **Terras Indígenas na Amazônia abrigam 173 etnias indígenas** e são fundamentais para a conservação da biodiversidade regional e global, pois as comunidades indígenas reconhecem o valor da floresta em pé na proteção e manejo dessas áreas. **Enquanto 20% da floresta amazônica brasileira foi desmatada nos últimos 40 anos, as Terras Indígenas na Amazônia Legal perderam, somadas, apenas 2%** de suas florestas originais.

(...)

Além das baixas taxas de desmatamento no interior das Terras Indígenas, a destruição da paisagem onde estes territórios estão inseridos é inibida. Em um raio de 10 km de distância observa-se 7% de área florestal desmatada, e em um raio de 25 km de distância, a proporção de área florestal desmatada é de quase 12%. Este efeito tem papel importante na conservação da biodiversidade regional, incluindo mamíferos raros e de grande porte, e os sistemas hidrológicos da região⁵³ (g.n.).

Depois, no caso Raposa Serra do Sol ficou firmado que não há restrição à sobreposição de terras indígenas e Unidades de Conservação. Saliente-se, ademais, que antes de passar a ser Unidade de Conservação, aquela área sobreposta já era de ocupação tradicional e somente por esse motivo estava intacta. Ainda, nessa linha, já havia ali um direito declarado, anterior a qualquer outro, inclusive, um direito que precedeu à criação da área de preservação.

A posição da Suprema Corte na Pet. 3388/RR foi da existência pacífica entre Unidades de Conservação e terras indígenas, sabendo que uma e outra estão umbilicalmente ligadas por um fio condutor. Uma não existe sem a outra, como ‘unha e carne’, nas palavras do relator, Ayres Britto:

Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio “tradicionalmente”, grafado no caput do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; **quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais 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 (§ 1º do art. 231). Do que decorre, inicialmente, o sobredireito ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos**

⁵³ Acessado em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/a-demarcacao-das-terras-indigenas-e-decisiva-para-conter-o-desmatamento-e-manter-funcoes-climaticas-essenciais>. Visita em 27.09.2019.

índios. **Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção** (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que **os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de unha e carne**). Depois disso, o juízo de que a Constituição mesma é que orienta a fixação do perímetro de cada terra indígena. Perímetro que deve resultar da consideração “dos usos, costumes e tradições” como elementos definidores dos seguintes dados a preservar em proveito de uma determinada etnia indígena: a) habitação em caráter permanente ou não-eventual; b) as terras utilizadas “para suas atividades produtivas”, mais “as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas. São os quatro **círculos concêntricos** a que se refere Nelson Jobim na decisão administrativa que proferiu, a propósito da demarcação da reserva indígena “Raposa-Serra do Sol”, quando ainda ministro de Estado da Justiça (decisão de 20 de dezembro de explicitam o propósito constitucional de fazer dessa qualificada ocupação (porque tradicional) de terras indígenas o próprio título de constitutividade do direito a uma posse permanente e ao desfrute exclusivo das riquezas nelas existentes. Com o que, no ponto, o ato de demarcação passa a se revestir de caráter **meramente declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente**. Situação que a nossa Lei Fundamental retratou como formadora de um indissociável laço entre cada etnia indígena e suas terras congenitamente possuídas; ou seja, **possuídas como parte elementar da personalidade mesma do grupo e de cada um dos seus humanos componentes**. O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse fundiária um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Visto que terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, deixa de ser um mero objeto de direito para ganhar a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. É o que Boaventura de Sousa Santos chama de “hermenêutica diatópica”, para dar conta do modo caracterizadamente cultural de interpretação dos direitos fundamentais². Metodologia interpretativa que, no caso dos indígenas, sedimentada na própria Constituição, nos orienta para fazer dos referidos “usos, costumes e tradições” o engate lógico para a definição da semântica da posse indígena, da semântica da permanência, da semântica da habitação, da semântica da produção, e assim avante”.

Ainda, segundo Marcela de Andrade Soares Marensi⁵⁴,

Estudos recentes indicam que Parques Nacionais desabitados e terras indígenas da Amazônia apresentam índices semelhantes de prevenção ao desmatamento – 1,17% e 1,11%, respectivamente. A proteção que oferecem

⁵⁴ MARENSI, Marcela de Andrade Soares. **Sobreposição de Terras Indígenas e Unidades de Conservação**. 2014. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42499/sobreposicao-de-terras-indigenas-e-unidades-de-conservacao>. Acesso em 26.09.2019.

aos biomas quanto à conservação de recursos naturais e biodiversidade está clara no Xingu, no Mato Grosso ou em Rondônia, **onde o desmatamento é barrado pelo reconhecimento de terras indígenas**, e os casos de degradação da vegetação natural são menos recorrentes.

Fora da Amazônia, as terras indígenas são, muitas vezes, o último resguardo de diversidade biológica além das unidades de conservação. **Cite-se, por exemplo, a Terra Indígena Mangueirinha, localizada no Estado do Paraná, a qual abriga o maior maciço de araucária restante no Estado** (g.n.)⁵⁵.

Significa dizer que, por óbvio, a criação dos Parques e Unidades de Conservação levou a uma espécie de esbulho aos índios. Ocorre que a manutenção da conservação é exatamente a política ambiental dos povos originários, por isso mesmo o Eminentíssimo Ministro Ayres Britto tratou da temática como um círculo concêntrico, ou como unha e carne, pois que não há dissociação entre as duas matérias constitucionais.

Se fosse para garantir a manutenção de apenas um dos direitos, por óbvio que deveria se garantir o direito originário, pois congênito e anterior a qualquer outro. Contudo, não há conflito entre um e outro princípio constitucional. Cabe a União fazer proteger as terras indígenas contra práticas predatórias e, da mesma maneira, fiscalizar as Unidades de Conservação e os Parques Ambientais, garantindo sua manutenção.

Doravante, certo de que o trato cultural dos índios com seu ambiente não pode ser restringido, nos termos do art. 231 da CF/88. Os grupos étnicos têm direito de caçar, pescar, realizar expedições de coletas de mel, frutos, palmito, pinhão e madeiras que se utilizem para seu uso cotidiano, etc., sendo que fica impedido apenas o uso predatório comercial – não raro os índios defenderem suas terras de madeireiros⁵⁶, garimpeiros e caçadores, o que demonstra o uso e a defesa lícitos dos seus territórios contra a ganância do “homem branco”.

6. Sexta Parte

⁵⁵ Vide também: LEITÃO, Sérgio. “Superposição de leis e vontades: Por que não se resolve o conflito entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação?”, in Terras Indígenas e Unidades de Conservação da natureza: o desafio da sobreposição. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 22 e 23; NURIT, Bensusan. “Terras Indígenas: as primeiras Unidades de Conservação”, in Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza: o desafio da sobreposição, São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 71; e, NEPSTAD, D., S. Schwartzman, B. Bamberger, M. Santili, A. Alencar, D. Ray, P. Schlesinger. “Inhibition of Amazon deforestation and fire by parks and indigenous reserves”. Conservation Biology Vol. 20, 2006, p. 65-73.

⁵⁶ Sobre a defesa dos territórios, pelos índios, contra madeireiros, vide: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/sem-apoio-federal-indios-mundurucus-expulsam-madeireiros-ilegais-no-para.shtml>. Acesso em 26.09.2019.

6.1. DO CASO XUKURU NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Recentemente o Estado do Brasil foi condenado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, no caso do Povo Xukuru. Também, tramita na Comissão Interamericana de Direitos Humanos o caso do Povo Guarani e Kaiowá, da Terra Indígena Guyraroká – esta conta com uma ação rescisória em trâmite na Suprema Corte, de nº 2.686, como já bem salientado acima.

Quanto ao caso Xukuru, são as seguintes as principais determinações da CIDH:

Com respeito às reparações, a Corte estabeleceu que sua Sentença constitui por si mesma uma forma de reparação e, adicionalmente, ordenou ao Estado: i) garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; ii) concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses; iii) realizar as publicações indicadas na Sentença; iv) pagar as quantias fixadas na Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial; e v) no prazo de um ano, contado a partir da notificação da Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

Daí dizer que a tese do marco temporal contraria recente julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil por violação ao direito à proteção judicial, bem como ao direito à propriedade coletiva da terra, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em favor do Povo Xukuru, do Estado de Pernambuco, bem como viola os direitos dos Guarani e Kaiowá quanto a perda do território tradicional.

A tese do marco temporal, além de ser veementemente criticada nos ambientes políticos internacionais, tem sido impactada por importantes decisões no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Os Xokleng trazem à colação estas decisões, dada a importância dos precedentes da Corte Interamericana e do Sistema Interamericano, ao tempo que interage com o direito internacional no sentido da manutenção do que já está devidamente resguardado pela nossa

Carta Política de 1988. Nesse sentido, a Corte IDH anotou a compatibilidade da legislação brasileira sobre direitos indígenas com a Convenção Americana de Direitos Humanos para fazer com que o Estado brasileiro cumpra as determinações impostas, sob risco de sanções a nível internacional.

Portanto, certo de que se alinha o direito dos Xokleng e de todos os povos originários do Brasil com o que vem decidindo a Corte IDH, sem se afastar do que o direito constitucional indígena brasileiro regula desde a promulgação da Carta Marga, em 5 de outubro de 1988, não dando margem ao retrocesso hermenêutico.

7. Sétima Parte

7.1. DOS PEDIDOS FINAIS E DA PROPOSTA DE FIXAÇÃO DE TESE.

Diante de todo o exposto, pede seja dado provimento ao Recurso Extraordinário para fixar a seguinte tese:

1) o direito dos índios à demarcação de suas terras de ocupação tradicional, associado à posse e usufruto exclusivo, independe de ato conclusivo do processo administrativo; 2) é dever da União realizar de imediato a desintrusão, logo que se conclua o processo no órgão indigenista. 3) por si só, o laudo científico antropológico tem a condição de dizer sobre a tradicionalidade e limites da T.I., nos termos do art. 231 da CF/88 e do Decreto 1775/1996. 4) a demarcação das terras indígenas se submete ao regime constitucional que firmou o indigenato, direito congênito, anterior a qualquer outro, como parâmetro conceitual. 5) títulos de propriedade incidentes em terras indígenas são nulos e, portanto, seus efeitos são nenhum, valendo-se o titular, de boa-fé, do direito à indenização das benfeitorias. 6) aos pequenos agricultores familiares, assiste o direito ao reassentamento ou indenização baseada na responsabilidade civil por ato danoso, com respaldo nos artigos 37, §6º, 184 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e artigo 4º do Decreto 1.775/96. 7) não há que se falar em marco temporal ou posse físico-civilista para aferir sobre direitos constitucionais indígenas, bem como fica afastada a legalização do esbulho, fraude e violência em face dos índios, ocorridos em qualquer tempo no passado. 8) aos índios, qualquer ato de posse ou de defesa dela, em qualquer tempo, é demonstração anímica ou fática de titularidade de direito territorial. 9) as terras dos índios, tomadas e alienadas pelos Estados Federados, em qualquer tempo no passado, como se devolutas fossem, invalida toda a cadeia dominial. 10) não inibe a posse e a ocupação tradicional a existência, nos limites da T.I., de Parques e UC – Unidades de Conservação; 11) não há vedação ao

redimensionamento de limites de terras já demarcadas, tanto que obedeça às diretrizes do art. 231 da Magna Carta e do Decreto 1775/1996. 12) os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 consistem em cláusulas pétreas, inatingíveis pelo poder constituinte reformador, sendo vedado, ainda, o retrocesso hermenêutico.

Pede a declaração de inconstitucionalidade da tese do marco temporal, nos termos da fundamentação, seja com base na vedação do retrocesso, por afronta ao art. 60, §4º da CF/88, bem como o faz com respaldo no conjunto normativo constitucional do art. 231 da Magna Carta, firmando o que decidido, na tese do indigenato.

Seja condenado o recorrido aos honorários sucumbenciais e custas do processo.

Brasília-DF, 08 de outubro de 2019.

RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

OAB-DF 43.179

ADELAR CUPSINSKI

OAB-DF 40.422