

Centro Universitário de Brasília - CEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**GABRIEL DE JESUS ABREU**

**DIREITOS INDÍGENAS EM DISPUTA: O IMPACTO DOS PRECEDENTES  
JUDICIAIS NA DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA**

**BRASÍLIA  
2023**

**GABRIEL DE JESUS ABREU**

**DIREITOS INDÍGENAS EM DISPUTA: O IMPACTO DOS PRECEDENTES  
JUDICIAIS NA DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientador(a): Prof. Dr. André Pires Gontijo

**BRASÍLIA  
2023**

**GABRIEL DE JESUS ABREU**

**DIREITOS INDÍGENAS EM DISPUTA: O IMPACTO DOS PRECEDENTES  
JUDICIAIS NA DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (CEUB).

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

**Brasília, 05 DE OUTUBRO DE 2023.**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo**

---

**Professora Avaliadora: Profa. Dra. Karla Margarida Martins Santos**

Aos que sempre acreditaram nesse sonho!

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro plano, gostaria de agradecer a Deus por todas as benesses recebidas, sem elas, nunca poderia sonhar em terminar o curso de Direito. Agradecer aos meus pais, e em especial, à minha mãe, pois ela sempre acreditou nesse projeto, mesmo antes dele ser iniciado, por seus contínuos esforços e carinho constante, obrigado. Ao meu professor orientador, por sua paciência nas minhas diversas inconstâncias temáticas, mas que sempre me apoiou e instruiu no melhor caminho. Aos assessores da Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, que por seus vastos conhecimentos, ensinaram-me lições importantes dentro e fora da matéria deste trabalho. Por fim, a todos aqueles que me apoiaram nos corredores da academia, nas aprendizagens perenes e no espírito fraternal vivenciado nesse período, meu sincero agradecimento.

Da tribo pujante,  
Que agora anda errante  
Por fado inconstante, Guerreiros, nasci:  
Sou bravo, sou forte, Sou filho do Norte;  
Meu canto de morte, Guerreiros, ouvi.

- Gonçalves Dias

## RESUMO

O tema chave do projeto de pesquisa é o reconhecimento do direito indígena e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição reoxigenou as disposições sobre direitos indígenas, estruturando as normas constitucionais ao estabelecer novos paradigmas. No Caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões sobre o tema, que a rigor, não implicaria em uma vinculação dos efeitos para outros casos concretos. Contudo, diversas situações tornaram os entendimentos emanados do julgado vinculativos. A obrigatoriedade de um precedente meramente argumentativo é um problema debatido, pois diversas formas de extensão de seu conteúdo foram adotadas. O marco temporal é um reflexo dessa decisão, inaugurando uma base teórica contrária ao Indigenato, corrente que era majoritariamente adotada no país. Indo além do precedente, o estudo busca problematizar decisões políticas, judicantes, e sociais tomadas ao longo do tempo sobre a temática indígena, levando ao debate discussões internacionais e pátrias sobre a resolução dos conflitos, observando as normas constitucionais e de direitos humanos para garantir um exame jurídico de um problema coletivo complexo. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos conceituam e protegem a propriedade comunitária dos indígenas, obrigando países signatários do Pacto de San José da Costa Rica a tomar medidas para salvaguardar os direitos indígenas. A análise de legislações históricas e modelos contemporâneos de resolução do conflito serve de base para o entendimento da problemática, além da compreensão de diversos deslindes feitos pelos tribunais, na matéria indígena. Nas novas lides brasileiras, o reconhecimento do status jurídico deve se conter no texto constitucional, compreendendo que o marco temporal deve ser afastado para o reconhecimento da terra tradicionalmente ocupada, dando causa à pretensão do Povo Xokleng de retornar à sua terra ancestral. As indenizações de terceiros de boa-fé devem se dar por ato ilícito do Estado, no caso da alienação acontecer na anuência desse. O método foi de pesquisa bibliográfica e documental, a partir do estudo de livros, doutrinas e jurisprudência para fazer um levantamento exploratório da problemática.

**Palavras-chave:** direito constitucional; direitos dos povos indígenas; precedentes; Supremo Tribunal Federal; demarcação da terra indígena; propriedade coletiva; Marco Temporal; indigenato.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>STF</b>	<b>Supremo Tribunal Federal</b>
<b>STJ</b>	<b>Superior Tribunal de Justiça</b>
<b>CIDH</b>	<b>Corte Interamericana de Direitos Humanos</b>
<b>OIT</b>	<b>Organização Internacional do Trabalho</b>
<b>CEUB</b>	<b>Centro Universitário de Brasília</b>
<b>CF</b>	<b>Constituição Federal</b>
<b>RR</b>	<b>Roraima</b>
<b>ED</b>	<b>Embargos de Declaração</b>



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>2 O JULGAMENTO DO CASO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS NO BRASIL.....</b>	<b>8</b>
2.1 BREVE HISTÓRICO DO CASO .....	8
2.2 AS CONDICIONANTES À DEMARCAÇÃO DA TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA .....	10
2.3 O NASCIMENTO DA TEORIA FATO INDÍGENA .....	13
2.4 A VINCULATIVIDADE PERSUASIVA DO PRECEDENTE .....	18
<b>3 A DEMARCAÇÃO DE TERRAS NO BRASIL E NO MUNDO .....</b>	<b>24</b>
3.1 AS ORIGENS DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS .....	24
3.2 RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL BRASILEIRA PELA DEMORA NA DEMARCAÇÃO: CASO POVO XUKURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL .....	29
3.3 RESPONSABILIZAÇÃO LATINOAMERICANA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS .....	32
<b>4 AS NOVAS REIVINDICAÇÕES DO DIREITO INDÍGENA .....</b>	<b>36</b>
4.1 O CASO XOKLENG E UMA NOVA DEFINIÇÃO DO STATUS JURÍDICO INDÍGENA .....	36
4.2 A INCOMPATIBILIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL COM A CONSTITUIÇÃO .....	39
4.3 REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA.. .....	42
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>52</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura esclarecer algumas lacunas deixadas por atos normativos, decisões jurisprudenciais e atos políticos, no que tange à questão indígena. Desde já, nota-se a existência de numerosos conflitos de ordem jurídica e social na historicidade brasileira, uma marca dolorosa para um país com as raízes ligadas aos povos originários destas terras. A pesquisa busca examinar a maneira como a matéria está sendo decidida nas judicializações nacionais e estrangeiras, destrinchando a atuação jurídica na questão, a fim de procurar melhor entender como se operacionaliza o reconhecimento do direito dos povos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada para achar respostas a uma situação complexa e inerente ao contexto civilizatório brasileiro. A regulação das terras, a minimização da violência e esbulhos sofridos, a utilização responsável do solo, a mineração, e a preservação de aspectos culturais do povo são temas tratados na norma fundamental.

No viés protetivo próprio do texto constitucional, buscou-se compatibilizar os diversos interesses e questões sociais de um Estado Democrático de Direito, com a preocupação das relações passadas e a proteção do futuro de uma sociedade livre, justa e solidária. Por isso, o legislador originário procurou avançar em normas de ordem social, com avanços razoáveis, mas com soluções não tão encadeadas, como poderia ter sido feito em outros anteprojetos<sup>1</sup> (Silva, 2012).

O próprio reconhecimento do direito é incondicionado a uma determinação positivada, afastando a necessidade de um ato constitutivo, já que atuação estatal é meramente declaratória, por isso os indígenas apenas obtêm da União a proteção ao seu direito posto (Souza Filho, 2018).

As principais vertentes de análise foram os postulados jurisprudenciais emanados em *leadings cases*. O primeiro objeto de estudo foi o Caso Raposa Serra do Sol, com sua estrutura modelo para as demarcações no Brasil, mas que em sede de Embargos de Declaração, determinou-se que não haveria uma ligação imediata com outras ocorrências concretas. O caso demonstrou a necessidade do Supremo em atender às questões indígenas, asseverando a validade da demarcação feita em

---

<sup>1</sup> O Anteprojeto da Comissão de Afonso Arinos continha em seu §1 do art. 433, a disposição: A nulidade e a extinção de que trata este artigo não dão direito de ação ou indenização contra a união ou os índios, salvo quanto aos pretendentes ou adquirentes de boa-fé, em relação aos atos que tenham versado sobre terras ainda não demarcadas, caso em que o órgão do Poder Público que tenha autorizado a pretensão, ou emitido o título, responderá civilmente. Além de prever competência das causas indígenas para a Justiça Federal (Parágrafo único do art. 435) Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentsAvulsos/vol-219.pdf>

Roraima. Ocorre que, no bojo da decisão, várias disposições foram emanadas, e observou-se a tentativa da instrumentalização do que devia ser apenas persuasivo em outras decisões. Nesse diapasão, entendimentos de tribunais de instâncias inferiores, pareceres vinculativos da Administração Pública, projetos de lei almejaram ampliar os efeitos do julgado na tentativa de tornar obrigatório o pronunciamento desprovido de força vinculante.

Nesse sentido, os avanços conseguidos com a positivação do direito à demarcação são resfriados, pois, envolvem o uso da máquina estatal para sua conclusão, o que pode ser passível de forte pressão contrária aos interesses indígenas. Assim sendo, as 19 Condicionantes representam o aparelhamento de posições menos protetivas às comunidades aborígenes. Ademais, a obrigatoriedade das disposições não vinculativas demonstra uma atuação positiva estatal para contornar os avanços na proteção do direito indígena.

É imprescindível salientar os avanços obtidos na ordem jurídica constitucional, preocupando-se em aprofundar suas disposições sobre as terras indígenas, obtendo uma intensificação na reflexão de seu conceito, características, direitos e deveres. Nessa proposta, existe a diferenciação entre os institutos do Direito Civil e da posse indígena, pela existência de um nexos cultural, em razão da especialidade de seu modo de vida, que ultrapassam os valores comerciais agregados às normas civilistas (Bulos, 2023).

Todavia, mesmo com o advento de parâmetros legais, houve contestações ao direito dos povos originários, em especial, quando a demarcação está em jogo. Até mesmo o procedimento administrativo pode gerar uma letargia em virtude da judicialização, e conseqüentemente, um lento processo de reconhecimento.

A principal corrente contrária ao movimento demarcatório é a teoria do fato indígena, nascido do Caso Raposa Serra do Sol. A ideia de presença física à data da Constituição, como condição de tradicionalidade, é utilizada para retirar a legitimidade de indígenas expulsos de suas terras, a fim de estabilizar a ocupação na área em disputa.

A evolução histórica das normas, desde o período pré-colonial até os tempos contemporâneos, explicita o caráter longo da questão, o que demonstra a interação entre os indígenas e o governo, com o intuito de alcançar a pacificação social. A normatização não é algo recente, mas os avanços conseguidos após a Constituição são inovadores para a questão. Entretanto, a baixa efetividade dos diplomas legais

sobre o assunto, postergaram a resolução do conflito, perpetuando uma inação estatal para estabelecer atos resolutivos.

Em outro plano, as novas responsabilizações internacionais e recursos extraordinários desafiam o precedente da Petição 3.388/RR. As teorias que baseiam as diferentes posições serão tratadas neste estudo, construindo uma posição com diferentes perspectivas, levando em consideração os dispositivos constitucionais.

Na Seara Internacional, o Caso do Povo Indígena Xukuru e seus Membros vs. Brasil tratou sobre a matéria indígena. Na situação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a demora na finalização do processo demarcatório, as violações sistemáticas de direitos humanos e a falta de proteção à propriedade coletiva lesam a Convenção Americana, acarretando na primeira condenação internacional do Brasil, em se tratando de direitos indígenas. Além disso, houve a discussão sobre a jurisprudência dos países latino americanos sobre as questões indígenas.

Retornando ao sistema pátrio, atualmente, o Supremo analisa as definições sobre as relações jurídicas indígenas, retomando a discussão sobre o marco temporal, nascido da interpretação do Caso Raposa Serra do Sol. Dessa vez, o povo Xokleng encabeça a luta pelo retorno à terra, ocupada pelo Instituto do Meio Ambiente. Os efeitos decorrentes da demarcação de terras tradicionalmente ocupadas também serão delineados, refletindo sobre as consequências da nulidade dos negócios jurídicos e as indenizações a terceiros de boa-fé.

Dessa forma, o estudo tem como objetivo entender os efeitos causados pelos impactos judiciais, administrativos e legislativos na situação jurídica indígena, após os novos paradigmas deixados pelas Cortes Superiores, buscando delinear soluções para a aplicação no mundo concreto. A problemática da incerteza dos dispositivos jurídicos aplicáveis, falta de resolução das questões indígenas e seus efeitos práticos na realidade brasileira é o centro da pesquisa aplicada, utilizando o método indutivo para, da análise de cada caso concreto, chegar a uma conclusão.

Para isso, o método utilizado foi a pesquisa bibliográfica e documental, fazendo o uso de doutrina, pareceres, documentos históricos e estatísticos sobre a questão no Brasil. A pesquisa exploratória foi utilizada ao levantar informações e problemas, a respeito das consequências dos pronunciamentos qualificados sobre os povos originários e seus impactos na vida prática.

## 2 O JULGAMENTO DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS NO BRASIL

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DO CASO

*Ab initio*, o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol é um precedente transformador para a questão indígena brasileira. O questionamento da legalidade da demarcação ensejou a ação popular, que ultrapassou a mera disputa pela porção de terra, e ascendeu ao reconhecimento dos direitos originários de povos historicamente excluídos pelo Estado Brasileiro.

A decisão reconhece a ausência de vícios processuais no procedimento administrativo, elenca conceitos referentes aos indígenas, reforça o papel de liderança da União nos casos de demarcação, elucida a escolha do constitucionalismo fraternal dos artigos 231 e 232 da Constituição, explica a preferência por um marco temporal de ocupação, expõe sobre temas como o relacionamento entre indígenas e terceiros, meio ambiente e desenvolvimento nacional, e determina o estabelecimento de salvaguardas dadas pela importância histórico-cultural da causa para o Brasil. Nas Palavras de Yamada e Villares (2010, p. 8):

A decisão jurídica, de lógica cartesiana, ao menos trouxe a inevitável ressalva que a data da promulgação da Constituição não pode ignorar o massacre, esbulho, expulsão e remoção dos índios de suas terras tradicionais, legalizadas com títulos de propriedade ou atos jurídicos posteriores declarados nulos e extintos desde sempre pelo § 6º do art. 231.

Dessa maneira, evidencia-se o avanço da política indigenista no país, mas sem haver correspondência integral com a confiança depositada neste julgamento para definitivamente dirimir a problemática no campo judicial. Tendo em vista, o surgimento superveniente de demandas judiciais com viés contestatório às demarcações, com base em postulados emanados da decisão. A conquista da paz social nas relações permaneceu distante, prolongando o conflito, em razão das dúvidas deixadas pelas controvérsias do julgamento.

A Ação Popular foi ajuizada para contestar a Portaria nº 820, substituída pela Portaria n. 534/05, do Ministério da Justiça, que delimitou a terra indígena, e do Decreto presidencial de 15 de abril de 2005, que demarcou a reserva indígena Raposa Serra do Sol. O argumento utilizado foi a ocorrência de uma série de vícios no procedimento, além de contrariedade a ambições regionais e nacionais.

O início do processo demarcatório se deu em 1993, quando os estudos de área foram iniciados pela Funai<sup>2</sup>, que teve como deslinde a homologação da Terra Indígena em 2005, pelo Presidente da República. Ainda assim, a violência causada pela tentativa de desintrusão dos invasores prolongou-se até o julgamento definitivo do Supremo sobre a questão. A demarcação propriamente dita gerou uma escalada de violência, fruto do embate com arroteiros, invasores, políticos e militares na região.

Entretanto, ocorreram muitas ações incidentais entre os particulares e os indígenas na região, por exemplo, a Ação Cautelar 2.009-3/RR, em que o próprio Supremo não permitiu a retirada de brasileiros não pertencentes às etnias indígenas, em 9 de abril de 2008.

A decisão da Petição 3.388 somente foi prolatada em 2009, sendo então, decidido pela não exclusão da área demarcada, em contrariedade aos interesses dos grupos de pressão, como também pela inexistência de vícios processuais na Ação Popular e Procedimento Administrativo.

Do mesmo modo, o reconhecimento do direito indígena veio com ressalvas. O Ministro Menezes Direito apresentou 19 condicionantes à demarcação, algumas com repetição do dispositivo constitucional, tal qual o usufruto das riquezas naturais e das utilidades existentes, mas também com inovações, como a vedação à ampliação das terras demarcadas. Contudo, é imperioso destacar que mesmo o Ministro opondo ressalvas, o mesmo reconhece o conteúdo eminentemente declaratório da decisão, com vistas ao reconhecimento do direito originário, *in verbis*:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva (PET 3.388/RR).

Logo, a demarcação não é indício de um "nascimento do direito", mas sim uma afirmativa de um direito posto, limitado ao reconhecimento do uso tradicional da terra. Por esta perspectiva, o direito é pré-existente, inato à condição específica habilitada pela Constituição para basilar o (des)conhecimento de certa região como apta a ser demarcada.

A ideia, portanto, era tornar a situação da Raposa Serra do Sol um exemplo do Constitucionalismo Fraternal. A efetivação de novos valores, a agregação de diferentes perspectivas de mundo e, principalmente, o respeito às mundividências,

---

<sup>2</sup> Processo perdurou por longo tempo até a efetiva homologação. Disponível em: <https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/raposa/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

coadunam-se nos objetivos fundamentais da República Brasileira de: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A fraternidade, então, seria um instrumento de consecução de regras mínimas de convivência, com a perspectiva da integração entre todos os indivíduos presentes na relação, não se limitando apenas a alguns com o poder normativo. (Resta, 2004)

Houve também a delimitação de uma “data certa” para um referencial de ocupação: 5 de outubro de 1988, a promulgação da Constituição. Na prática, inovou-se em uma verdadeira condição para a demarcação, ao estabelecer uma “chapa radiográfica” temporal no território brasileiro.

A tradicionalidade, ponto de maior relevância para caracterizar o direito originário à terra, deve apresentar perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico da continuidade etnográfica. O sentimento simbiótico de ligação entre o indivíduo e a terra, marca das relações dos povos originários é o sinal para a determinação material do artigo 231, §1 da Constituição. Dessa maneira, a terra e os povos possuem uma relação mútua de sobrevivência, conservação e preservação cultural, fortemente ligado àquele espaço territorial.

Entre outros pontos, a decisão foi marcante para o início das tratativas judiciais da questão indígena. Em sede de Embargos de Declaração, o Supremo reafirmou a validade dos atos homologatórios da terra indígena, deslegitimou pretensões que envolviam a Raposa Serra do Sol em uma nova rediscussão da legalidade da demarcação e, principalmente, esclareceu que o precedente é meramente persuasivo, não tendo efeitos imediatos para outros casos, servindo apenas de guia para futuras decisões (ED na Pet. 3.388/2013).

A força moral e persuasiva da Petição 3.388/RR não se estenderia imediatamente a outros casos com similitude, apenas serviria de parâmetro para as decisões posteriores. No entanto, o que se constatou foi o empreendimento de esforços para vincular a decisão a todos os processos de demarcação de terra indígena, gerando insegurança jurídica e alargamento das disputas. Portanto, sem haver a determinação de um ponto final nas dúvidas jurídicas que permeiam o reconhecimento legal no país.

## 2.2 AS CONDICIONANTES À DEMARCAÇÃO DA TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA

Ainda no julgamento da Petição 3.388, o Plenário julgou procedente as salvaguardas apresentadas pelo Ministro Menezes Direito, posteriormente reajustadas pelo colegiado. As salvaguardas resultaram em uma atenção à soberania nacional, visto que as terras indígenas se localizavam próximas a áreas de fronteira e existiram declarações contrárias à demarcação por parte dos militares e governo local. A sensibilidade com outras partes interessadas na matéria discutida representa bem o caráter amplo e transversal de pretensões na (não)demarcação.

De modo geral, as condicionantes são repetições dos dispositivos constitucionais que tratam do tema indígena, estabelecendo uma soberania do interesse público sobre diversas questões que envolvem substancialmente os direitos das populações sobre suas terras, na forma disposta em lei complementar. Em alguns casos, representam um definhamento dos direitos fundamentais individuais e coletivos, muito semelhante à cultura anterior que apregoava a deslegitimação das condições indígenas, materializado na falta de capacidade civil prevista no Código de 1916.

As condicionantes I, II, III e IV tratam das limitações da utilização dos recursos naturais englobados na terra indígena. Laconicamente, o usufruto das riquezas materiais e potenciais econômicos é minorado, tendo em vista que sua utilização por parte das comunidades é imprescindível de autorização legislativa ou até a não existência de conflito com relevante interesse público. Existe ainda, a necessidade de permissão da lavra garimpeira para possibilitar a garimpagem e faiscação. Em grande parte, essas condicionantes apenas rememoram o texto constitucional, mas quando inovam, estabelecem requisitos que extrapolam a ordem legal.

Na compreensão da norma constitucional, o jurista Carlos Frederico Souza Filho elucida (2014, p. 631):

As riquezas exploráveis e comerciáveis do solo, dos rios e dos lados poderão ser utilizadas pelos índios em parceria ou para terceiros não índios, sempre com a supervisão do Estado brasileiro que tem a obrigação de preservar não só a cultura, como os bens indígenas.

As Condicionantes V, VI e VII são amostras da sobreposição da soberania nacional sobre o usufruto indígena, pois permitem a utilização do espaço por militares e policiais federais, além de prever a primazia de obras públicas de infraestrutura e de Defesa Nacional sobre os locais, quando necessário. É evidente, nesse sentido, a



priorização da composição territorial do país na ponderação de interesses, com isso, a segurança do Brasil não é comprometida, como muitos ventilavam ao se colocar contra a demarcação.

Em críticas contrárias, o principal argumento era da internacionalização da Amazônia, a partir do destacamento das terras indígenas do território brasileiro, transformando-se em países independentes, o que lesaria princípios constitucionais (Martins, 2012).

Contudo, há de se ressaltar que a terra tradicionalmente ocupada é bem da União, por disposição do artigo 20, inciso XI da Constituição, desse modo, o Brasil como unidade federativa não declina de sua extensão territorial, muito menos de sua soberania nacional. A situação jurídica será de posse permanente e usufruto exclusivo, conforme disposição constitucional.

Nesse critério, a Constituição afastou a utilização do termo nações indígenas, em razão da confusão terminológica dada entre etnias e Estado. Assim, o sentimento de pertencimento da comunidade indígena com sua tradição, não significa um desejo separatista, mas a preocupação dada pela constituição à reprodução física e cultural desses povos (Silva, 2012).

Segundo a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 15:

Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados (Brasil, 2004).

Assim, a preservação dos recursos naturais é tutelada no ordenamento jurídico, como também sua utilização pelas populações tradicionais. O vínculo ancestral entre os indivíduos com seu lar pressupõe o manejo nos limites ambientais, porém estudos demonstram a melhor gestão ambiental em terras demarcadas, o que une a preservação da cultura e do ecossistema<sup>3</sup>.

Os níveis de desmatamento e emissão de gases poluentes reduziram nessas áreas, causando um impacto positivo, com benefícios para as populações e os compromissos internacionais assumidos, à exemplo do Protocolo de Montreal.

As Condicionantes VIII a XVI tratam dos critérios de administração da terra indígena, ficando a cargo do Instituto Chico Mendes de Conservação, bem como a responsabilidade imediata pelo usufruto da terra. Impende ressaltar a vedação à

---

<sup>3</sup> O estudo elaborado pelo *world resources institute* demonstra avanços ambientais nas terras demarcadas aos povos originários. Disponível em <https://www.wri.org/research/climate-benefits-tenure-costs>

cobrança de tarifa pela entrada, permanência no território, assim também pela utilização de serviços públicos que estejam na terra demarcada. Assim, mostra-se a preocupação quase paternalista do judiciário com alguns dilemas do contato entre indígenas e não indígenas, com uma limitação dos direitos dos povos originários, de forma a restringir sua autonomia de dispor sobre sua terra tradicional.

A Condicionante XVII merece destaque por sua disposição restritiva, ao estabelecer vedação à ampliação da terra indígena demarcada, sob o argumento de não permitir discricionariedade ao administrador. Todavia, nos embargos de declaração elucidou-se que se fosse constatado vício no processo de demarcação, poderia haver revisão da área, o que permitiria a condução do Estado por meio de um novo processo administrativo de demarcação.

Embora a decisão só valesse para o caso concreto em julgamento, a jurisprudência é conflitante na permissão da ampliação das demarcações. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem Mandados de Segurança aguardando o julgamento do marco temporal, mas o ajuizamento teve como justificativa a vedação à ampliação de terras indígenas, vide MS nº 21.572/AL, MS nº 22.918/DF, MS nº 22.861/DF.

A Condicionante XVIII é um repetitivo dos artigos da Constituição, ao repetir as características da inalienabilidade, imprescritibilidade e indisponibilidade das terras e a participação. Enquanto a Condicionante XIX impõe a necessidade de participação dos entes federativos nas etapas da demarcação, logicamente, existem interesses mais significativos aos Estados e municípios afetados.

Sobre as Salvaguardas, deve-se interpretar como prediz o axioma *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (onde a lei não distingue, não devemos distinguir). Assim, o que decorre da própria Constituição é passível de aplicação, mas as situações extraordinárias devem ser normatizadas em local próprio, abstendo o magistrado de regular de forma geral e abstrata, diversas conjunturas jurídicas possíveis dentro de um país com dimensão continental.

### 2.3 O NASCIMENTO DA TEORIA DO FATO INDÍGENA

Em mais uma consequência do julgamento, a definição de um marco temporal para o reconhecimento da tradicionalidade é motivo de grande controvérsia na definição de um status jurídico indígena conciso. A decisão corroborou para a criação

da teoria do fato indígena, que inovou em mais uma condição extra-constitucional para a caracterização da terra tradicionalmente ocupada, destaque-se para a ementa:

O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. (PET 3.388/RR)

Desse modo, criou-se uma nova noção no tocante aos direitos dos povos indígenas: a demonstração da presença física na data da constituinte, a fim de estabelecer um parâmetro de contagem para definir a posse permanente. Um posicionamento que, sob a bandeira da segurança jurídica, procura definir os limites da imemorialidade e ancestralidade da terra, sem considerar as razões da não presença física dos indígenas.

Para a teoria, o procedimento administrativo deve apurar a presença dos povos indígenas na data determinada, tendo como razões para a fixação da teoria: evitar a fraude demarcatória, mediante migração de indígenas para determinada terra a fim dela ser considerada tradicionalmente ocupada, assim como, tendo a finalidade de sustar a expulsão de indígenas para descaracterizar a posse ancestral, na vigência da nova Constituição, conforme exposto pelos ministros (Brasil, 2009).

Logo, a inteligência da decisão do Supremo pretendeu evitar a criação de terras indígenas, sem haver a verdadeira ocupação tradicional, mediante a entrada de indígenas no novo local, onde não se tem as características constitucionais de ocupação tradicional. Da mesma forma, a proteção dos indígenas que sofrem expulsão de suas posses por terceiros, ou seja, o pensamento dos ministros é de interromper definitivamente o esbulho possessório em terras indígenas, dado o novo tratamento constitucional às questões indígenas.

A teoria baseia-se na ocupação como um fato a ser verificado por um marco temporal, em caráter permanente, com uma ocupação tradicional para assegurar determinado modo de vida, quanto a fatores econômicos, ecológicos, culturais e demográficos (Araujo Junior, 2018).

A ocupação, portanto, é condicionada à presença física dos povos originários na região, com perpetuidade, utilização para subsistência e atividades produtivas em 5 de outubro de 1988. Cabe destacar que, a Constituição não revela ser a data promulgação um modelo para o reconhecimento da tradicionalidade, existindo até

desvio interpretativo em se comparar um direito originário, que prescinde de qualquer outra afirmação, a uma referência temporal para sua existência.

Conforme já descrito, a demarcação não é um ato de concessão, mas meramente declaratório de um direito preexistente. O conceito tem um viés de encerrar as disputas possessórias pelo descumprimento dos comandos constitucionais da proteção às terras indígenas, por parte do Estado (Silva, 2018).

Muito menos deve-se valorar o disposto no artigo 67 da ADCT, com o prazo de 5 anos para o término das demarcações de terras indígenas, como se o legislador constitucional tivesse estabelecido esse prazo em *malam partem* para os povos originários, desprestigiando as terras que forem não demarcadas, em razão do moroso processo administrado pelo Estado.

A norma programática serve apenas como norte de uma rápida resolução para a finalização da demarcação, tendo em vista que o prazo quinquenal estabelecido já foi superado, e a interpretação da regra não é no sentido de criar um prazo decadencial para assegurar os direitos indígenas, mas de tornar a obrigação da União célere em seus efeitos. O entendimento protetivo não pode ser vilipendiado de forma a corromper o *mens legislatoris* para tornar-se um impedimento da curatela estatal à essas populações.

A notável mudança de concepção leva a compreensão da dificuldade de se avançar no processo demarcatório, que prejudicaria muitos posseiros de terras ocupadas anteriormente por autóctones. A projeção de mais uma “barreira” cria uma ideia de segurança jurídica para quem possui terras nessas condições.

A principal crítica ao marco temporal são os casos em que houve a expulsão violenta dos povos indígenas, mas sem caracterizar esbulho renitente, por não haver uma contínua disputa judicial ou fática pela área. Por óbvio, caso houvesse uma prolongação de um conflito entre os indígenas e os posseiros, os povos autóctones seriam exterminados, conforme vários exemplos de ocorridos na América.

Deve existir uma diferenciação entre a perda voluntária da terra indígena, que faz atrair a incidência da Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal, da expulsão violenta dos indígenas de sua terra, sem perda de tradicionalidade, percebida pela tentativa de retorno às terras, à medida do encerramento do perigo ao direito à vida dos indígenas, pois a comunidade indígena pode retornar a sua terra, sem medo do extermínio.

Ainda se lembre que a utilização de conceitos do Direito Civil é amplamente criticada pela doutrina (Silva, 2018). Destacando a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das terras indígenas, ou seja, não poderiam ser vendidas ou usucapidas por particulares, na constância de terra indígena.

O renitente esbulho, entendido como a persistência na briga judicial ou na resistência física à invasão induz a prolongação das hostilidades nos processos, ainda sendo contraditório requerer a continuação da disputa para reconhecer a tradicionalidade da terra, como pretende a teoria do fato indígena.

O Conselho Nacional da Verdade revelou violações de direitos indígenas perpetrados pelo Estado durante o período do regime militar, como a remoção forçada dos povos, sob o fundamento do desenvolvimento nacional, in verbis<sup>4</sup>:

Denúncias de que as transferências forçadas não serviam apenas para viabilizar obras de infraestrutura, mas também para liberar terras indígenas para a implantação de projetos agroindustriais são frequentes na CPI da Funai de 1977. O sertanista Cotrim Neto reforça esse ponto, afirmando que “seu trabalho na Funai tem se limitado a simples administrador de interesses de grupos econômicos e segmentos nacionais, dada a política de concessão de áreas indígenas pela Funai [...]” (Folha de S. Paulo de 20/5/1972) (Comissão Nacional da Verdade, 2014, p. 209)

As práticas de expulsão dos indígenas de suas terras não se encerraram na colonização portuguesa, mas conservaram-se com o Estado Brasileiro. Além do mais, a política do governo militar era de acultramento dos indígenas, já que as pessoas seriam integradas na comunhão nacional em nome do desenvolvimento do país. Esse pensamento explicita a negligência com os valores culturais étnicos, demonstrando a irrazoabilidade de defender o esbulho renitente, como demonstrador da tradicionalidade, já que até mesmo as forças estatais apoiavam a retirada dos indígenas da terra.

Conseqüentemente, vislumbra-se uma situação de impossibilidade de resistência, tanto por parte do Estado ser um dos agressores, quanto pelo fato do indígena não ter capacidade postulatória para demandar em juízo a ação cabível para salvaguardar seus direitos, causando uma situação de conformidade da invasão não pretendida.

Logo, como pode haver a oposição por parte dos indígenas de atos contrários à ocupação de posseiros, se existe um estado de constante insegurança sobre a comunidade. Não há como permitir a convalidação de violência, pois mesmo a decisão

---

<sup>4</sup>Trabalho feito após o regime militar para dar publicidade aos atos praticados no período. Disponível em [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_2\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf)

da Petição 3.388 inaugura um modelo de constitucionalismo fraternal para com os indígenas. Portanto, entendendo ter a Constituição um espírito de reparação, redução e prevenção de desigualdades com os povos originários, é incabível conceber a ideia de perpetuação dos atos violentos na manutenção na terra de seus executores.

Um dos objetivos da determinação de um marco temporal foi de cessar com a expulsão dos indígenas de sua terra, em consequência da nova Constituição. Todavia, essa nova determinação convalida as repulsões acontecidas em períodos anteriores, pois já existiam relações sociais antes da Constituição de 1988.

Por analogia, ressalte-se o julgamento recente do ARE 1.306.505 no STF, onde se fixou a tese de que o servidor público celetista, admitido antes da Constituição de 1988, não poderia ser enquadrado no plano de cargos, carreiras e remuneração (PCCR) do Estado do Acre, criado para servidores efetivos admitidos mediante concurso público, em virtude do entendimento de que o decurso do tempo não consolida situações flagrantemente inconstitucionais.

As circunstâncias inconstitucionais ocorridas em momento anterior à promulgação podem ser reconhecidas, atribuindo novos efeitos aos fatos constituídos no passado.

Imperioso é diferenciar cada caso concreto para verificar as condições e motivações da ausência física dos povos na terra em litígio, procedendo a uma análise antropológica e histórica da cadeia dominial de negócios jurídicos feitos no local.

Contudo, ressalta-se a Súmula 650/STF: “Os incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. ”

Nessa lógica, antigas terras sem o elemento de perdurabilidade por parte dos indígenas declinam em sua tradicionalidade, ausentando-se de elementos para existir uma vinculação indivíduo-terra. A quebra do vínculo de identidade dos povos originários deve ser percebida em situações em que se perdeu os atributos constitucionais da terra tradicionalmente ocupada, estabelecidos no artigo 231, §1º da Constituição.

Esse conceito auxilia na compreensão de que inexistente direito às terras imemorais, numa espécie de regressão de terras dos antepassados indígenas, a posse perdida pela ausência de liame com os sujeitos culturais não retorna. Como entende José Afonso da Silva (2012, p. 856):

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se desloca, Daí-se dizer que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.

A ocupação imemorial não é objeto de proteção estatal, mas sim as terras com efetivo vínculo ancestral, necessárias para a sucessão dos ensinamentos culturais e tradicionais das populações. O respeito a diferentes categorias de cultura dentro de uma mesma sociedade é marca dos novos preceitos constitucionais, em que se coexistem diferentes modos de pensar, mas sem declarar a superioridade de determinada maneira em relação à outra.

A delimitação temporal para definir o reconhecimento da tradicionalidade não é melhor caminho para consecução das finalidades constitucionais, nem do espírito fraternal inaugurado pela decisão da Raposa Serra do Sol, pois abriria a possibilidade de um novo ciclo de violência e aceitação das práticas anti-republicanas ocorridas no decorrer dos períodos históricos do país.

A fim de evitar a criação de terras indígenas sem lastro tradicional, nem de convalidar as inconstitucionalidades existentes em fatos já ocorridos, a análise da ancestralidade da terra deve ser feita casuisticamente, no momento do procedimento administrativo, com vistas a melhor manejar as preocupações dos ministros no Caso Raposa Serra do Sol com a historicidade da questão.

A necessidade dos povos originários comprovarem a permanência de um conflito jurídico ou de fato, quando não poderiam resistir por meio da autotutela ou de meios jurídicos, sob pena de expor a existência da comunidade ao perigo de dano, ofendendo os imperativos constitucionais e compromissos internacionais brasileiros em matéria de direitos humanos.

#### 2.4 A VINCULATIVIDADE PERSUASIVA DO PRECEDENTE

Os Embargos de Declaração na Petição 3.388 demonstraram o caráter argumentativo da decisão da Suprema Corte, que serviam apenas para formação de uma estrutura jurídica persuasiva, ostentando uma vinculação fraca, quanto à aplicação do pronunciamento judicial em casos concretos posteriores com semelhança temática.

Cabe frisar a estranheza de um caso paradigma com profundos reflexos norteadores na demarcação de terras indígenas, mas que não possui uma imperatividade contundente na elucidação dos conflitos originários nas várias esferas abordadas pelos Ministros, sendo uma conclusão não resolutiva para a questão indígena.

A relevância do julgado para definir com clareza a extensão do direito indígena foi mitigada pela ausência da força *erga omnes* da decisão, restando apenas, o que foi denominado de força persuasiva, operando somente para as partes do processo. Extraindo parte da Ementa do julgado fica constatado essa ideia, *in verbis*:

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. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões (ED PET 3.388/RR, 2013).

Da intelecção do trecho, percebe-se a não aplicação imediata em outros casos concretos, sem o devido juízo das peculiaridades fáticas do processo. Contudo, a força moral e persuasiva conduz o juízo para a reflexão nos limites estabelecidos pelo caso paradigma, mas sem ter efeito cogente na nova decisão. Portanto, o precedente persuasivo orienta o magistrado para o (des)acolhimento da medida, com base nos critérios estabelecidos anteriormente, inexistindo uma obrigação de vinculação instantânea (Zanetti Junior, 2016).

Nesse sentido, a vinculação persuasiva é descrita por Lunardi (2019, p. 668): “Os precedentes meramente persuasivos são conceituados por exclusão, vale dizer, são aqueles que não possuem efeito vinculante, nem são aptos a servir de paradigma para produzir outras consequências jurídicas.”

Em estudo sobre os efeitos vinculantes Carlos Paulo Neto disserta:

O efeito vinculante é, ele próprio, instrumento de direito objetivo, ao significar a generalização da solução concreta de direito objetivo (constitucional) declarada principaliter pelo tribunal constitucional para uma específica hipótese normativa (direito objetivo) e não para uma relação jurídica subjetiva. (Paulo Neto, 2012, p. 172)

Desse modo, o caso Raposa Serra do Sol não possibilitou a uniformização de um entendimento, levando em consideração a falta de imperatividade da resolução dos conflitos indígenas traçados na decisão. Ressalte-se que as várias disposições



restritivas, como as condicionantes estabelecidas pelo Ministro Menezes Direito à demarcação das terras indígenas, também não deveriam ter seus efeitos ampliados para outras situações fáticas.

Dessa maneira, deduz-se que em um primeiro momento não há uma aplicabilidade imediata do teor da decisão para outras demarcações. Contudo, as implicações diretas e indiretas reverberaram pela estrutura brasileira de proteção aos povos originários. Em cenários práticos, a última demarcação tinha sido realizada em 2018, todavia, mesmo essa foi suspensa por decisão do Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> Região, justamente pelos pressupostos do marco temporal que fixaram à data da promulgação da Constituição para reconhecimento do direito originário.

Nesse caso concreto, a demarcação da Terra indígena da Baía dos Guató, localizada no Município de Barão de Melgaço, Mato Grosso, foi homologada pelo Decreto Presidencial n.º 9.356, de 26 de abril de 2018 (Brasil, 2018).

Entretanto, na contestação judicial, em sede de Agravo de Instrumento, houve uma antecipação de tutela recursal para suspender os efeitos do Decreto Presidencial, pois se aquiesceu o pedido de reconhecimento do marco temporal e seus possíveis efeitos reflexos.

Em seu voto, o Juiz Federal Leão Aparecido Alves asseverou:

Nesse contexto, e, considerando que a **demarcação administrativa olvidou por completo a circunstância de que os agravantes exploram as terras em litígio bem antes de 05/10/1988, o princípio da segurança jurídica vem em reforço da pretensão deles.**

Em consonância com a fundamentação acima, reconheço a presente de plausibilidade jurídica no pedido formulado pelos agravantes com qualidade e densidade suficientes à concessão da antecipação dos efeitos da tutela da pretensão recursal. [...] (Brasil, Tribunal Regional Federal da 1.<sup>a</sup> região, Agravo de Instrumento 1033710-96.2018.4.01.0000, Juiz Federal Convocado Leão Aparecido Alves, 14.dez.2018) (grifo nosso)

A maneira como o precedente foi utilizado, demonstrando a incongruência de um pronunciamento judicial meramente persuasivo, mas gerador de impactos reais no processo de demarcação das terras indígenas, como um dificultador ao acesso dos povos aborígenes brasileiros a uma paz social reconhecida.

Contudo, existe um exemplo ainda mais elucidativo da força do Caso Raposa Serra do Sol. A Advocacia Geral da União, com base no dispositivo do julgado, emitiu o Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU (BRASIL, 2017), sendo aprovado pela Presidência da República, ganhando eficácia vinculante para toda a Administração

Pública Direta e Indireta, conforme o artigo 40, §1º da Lei Complementar 73 (Brasil,1993).

A eficácia expansiva do Parecer defendido pela AGU, principalmente no tocante às 19 condicionantes, e em específico, a vedação à ampliação da demarcação, pretendeu nortear os procedimentos administrativos de demarcação de terras. Nesse diapasão, sob o entendimento do julgamento ser um exemplo de *leading case* no sentido clássico, com uma possível solução de processos futuros, a interpretação ampliou-se do *inter partes* da Raposa Serra do Sol, para alcançar situações jurídicas de terceiros pela premissa do aumento da segurança jurídica, quanto ao modo de operação do Poder Público em situações semelhantes.

Não há de se olvidar que, na prática, houve uma vinculação dos ditames do Parecer Vinculante, que utilizou a fórmula material da Pet 3.388, com vistas às futuras demarcações de terras indígenas. A condução do processo pela União permitiu que existisse uma uniformização do procedimento baseado no deslinde do precedente persuasivo. Por consequência, uma extensão não pretendida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal do precedente persuasivo, em um Parecer Normativo que solapou a não aplicabilidade imediata prevista no Embargo de Declaração.

No âmbito da análise do Parecer, o Ministério Público Federal emitiu a Nota Técnica n.º 02/2018-6CCR (BRASIL, 2018), contraditando o disposto no ato da AGU, em razão de seu caráter eminentemente restritivo ao direito indígena, dessa forma, o *custos legis* disserta:

1. O Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU é inválido e inaplicável, na medida em que busca conferir interpretação que viola redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos. 2. **O Supremo Tribunal Federal já decidiu, por reiteradas vezes, no sentido de que as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol não se aplicam a outras demarcações**, bem como não haver sobre a “teoria do marco temporal” “inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria” e que “falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição”(PSV 49), de modo que é incabível a tentativa de atribuir eficácia vinculante a fragmentos do acórdão da Pet. 3.388. 3. A tentativa de aplicar as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol e a tese do “marco temporal”, com eficácia obrigatória, à Administração Federal, em conflito com o entendimento fixado pelo STF, revela a inconstitucionalidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, dado seu caráter de ato normativo geral, ultrapassando os limites meramente interpretativos de um parecer, em clara usurpação da atividade legislativa de competência exclusiva do Congresso Nacional. (grifo nosso)

Nesse entendimento, a pretensão de outorgar eficácia erga omnes possui elevado grau de instabilidade jurídica, pois o seu caso precursor está lastreado numa

*ratio decidendi* persuasiva, que não conseguiu aplacar os conflitos sociais posteriores, refletindo em uma nova discussão na Suprema Corte acerca do marco temporal.

Em várias ocasiões, o Supremo Tribunal entendeu pela não aplicabilidade das situações previstas na Pet 3.388, justamente por seu caráter não vinculante, previsto no próprio julgado. É a circunstância apresentada no ARE n.º 1.301.145/DF e MS n.º 31.901/DF, considerando que o efeito argumentativo deve ser ponderado com as situações fáticas concretas, e não pela aplicação acrítica de disposições restritivas de direito.

No Recurso Ordinário no Mandado de Segurança 29.542/DF, o Supremo assentou a impossibilidade de ampliação de terra indígena, acatando o pedido mandamental do Município de Fernando Falcão, tomando por base as razões definidas nas condicionantes, lastreando-se pela razão subjetiva do caso Raposa Serra do Sol. A relatora elucida o seu raciocínio:

Assim, conquanto se tenha reconhecido sem eficácia vinculante formal este julgado, fixou-se que os pressupostos erigidos naquela decisão para o reconhecimento da validade da demarcação realizada em Roraima decorreriam da Constituição da República, pelo que tais condicionantes ou diretrizes lá delineadas haveriam de ser consideradas em casos futuros, especialmente pela força jurídico-constitucional do precedente histórico, cujos fundamentos influenciam, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pelos magistrados aos casos semelhantes. Não seria adequado esperar que os magistrados seguissem as diretrizes explicitadas como essenciais ao reconhecimento da validade do processo demarcatório de que tratou a Petição n. 3.388/RR, decorrentes do detido exame do sistema constitucional de questão indígena, e, em novo caso submetido ao cuidado deste mesmo Supremo Tribunal, se relegasse a conclusão antes firmada sobre a matéria. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. RMS 29542/DF. Relatora Ministra Carmen Lúcia)

Com isso, existe uma dúvida objetiva acerca da aceitação dos posicionamentos referentes ao modelo de resolução do conflito indígena proposto pela decisão da Petição 3.388. Isto é, em que momento seria adequado utilizar, e em quais circunstâncias é preferível adotar uma nova posição.

Em outro exemplo de inaplicabilidade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Cíveis Originárias 362 e 366, tratando-se das discussões envolvendo o Parque Nacional do Xingu, a Corte entendeu não ser cabível indenização por desapropriação indireta pela área demarcada pela comprovação de utilização ancestral em áreas que o estado do Mato Grosso promoveu a venda para particulares, numa verdadeira intrusão colonizatória em terras tradicionalmente ocupadas, muito antes do estabelecimento de um marco temporal da constituinte.

Após o julgamento da Ação Popular, a Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil promoveu a proposta de súmula vinculante 49, a fim de tornar obrigatório o entendimento proferido sobre o marco temporal, que foi arquivado pela Comissão de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2010.

Razoável entender pelas condições expostas que o Supremo afugenta a compreensão de aplicabilidade imediata do julgamento da Raposa Serra do Sol para outros casos concretos. Contudo, não conseguiu sustar em definitivo os posicionamentos de caráter mais restritivo de direito, o que envolve materialmente o cerne da questão indígena e impossibilita sua conclusão do processo demarcatório.

Em mais uma tentativa de vinculação dos efeitos da Raposa Serra do Sol, o Projeto de lei n.º 2.903/2023 (antigo PL 490/2007) busca fixar requisitos extra constitucionais, baseados em critérios objetivos, a rigor, a presença física em 5 de outubro de 1988, salvo nos casos de renitente esbulho.

A proposição legislativa baseia-se no precedente persuasivo, pretendendo lastrear o marco temporal com força de lei, potencializando os efeitos da decisão a um grau máximo. Logicamente, inexistente hierarquia entre os poderes judiciário e legislativo, sendo possível a estrutura legiferante versar sobre as matérias sem amarras impostas pelas decisões do Judiciário, em suas deliberações.

Entretanto, a proposta definida nos Embargos de Declaração da decisão, do julgado servir como um guia interpretativo para futuros entendimentos, contrapõe-se às tentativas de imposição das partes menos protetivas dos postulados jurisprudenciais, seja por vias administrativas, judiciais ou legislativas das disposições.

Essa insegurança jurídica trouxe a problemática indígena novamente ao pleito da Suprema Corte, esperando-se uma solução com maior estabilidade e assertividade na consecução da paz social para determinar uma posição mais hígida, com capacidade de encerrar as dúvidas existentes, sem o indesejado efeito de atrair mais contestações para o reconhecimento da terra indígena.

### 3 A DEMARCAÇÃO DE TERRAS NO BRASIL E NO MUNDO

#### 3.1 AS ORIGENS DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

O exame histórico legislativo das disposições acerca das terras indígenas contemplará a análise da evolução legislativa do Brasil Império até as legislações contemporâneas. Inicialmente, o contato entre portugueses e os povos originários foi marcado combinações de concessões de liberdade e práticas de violência pelos colonizadores, visto que se proibiu a escravidão indígena, exceto em caso de guerra justa (Arnaud, 1973).

A professora Manuela da Cunha traça uma linha histórica acerca da evolução dos postulados jurídicos que ampararam, ao longo da história brasileira, a questão dos povos originários. Inicialmente, ressalte-se que a discussão sobre a legitimidade do domínio europeu na América, a rigor a aptidão para constituir senhores e cobrar tributos foi uma questão controvertida na época, já que pensadores como Frei Francisco de Vitória, Frei Serafim Freitas e Hugo Grócio rechaçaram a ideia do domínio e posse automática aos “descobridores” (Cunha, 1987).

Esses pensadores do insurgente Direito Internacional argumentaram em linhas teológico-jurídicas que as populações do Novo Mundo seriam legítimas possuidoras de seus bens e sujeitos de direito, portanto, seria incabível o direito de tomada das terras e posses dos indígenas (Perrone-Moisés, 2000).

Em relação às legislações brasileiras, o período colonial teve normas que versaram sobre o reconhecimento da soberania e direito à terra do indígena, enquanto também legitimou perseguições aos indígenas em vários espaços e períodos históricos no Brasil.

As primeiras normas emanadas, com viés de garantia de direito aos povos originários, foram as Cartas Régias de 30 de julho de 1609 e 10 de setembro de 1611, garantindo serem os gentios senhores de suas terras, que não poderiam ser tomadas, serem alvos de moléstias ou injustiças, ou recolhimentos forçados de sua área (Cunha, 1987).

Outro importante marco legal instituído no Século XVII foi o próprio Alvará de 1 de abril de 1680, descrito como a norma indutora da teoria do indigenato por João Mendes Júnior. O ato reconheceu o senhorio sobre suas terras para os indígenas do Maranhão e Pará, onde reconhecia seu jus possessionis, em razão da ocupação, e o

jus possidendi, pelo direito originário decorrente da condição congênita dos povos que povoaram o continente (Mendes Júnior, 1912).

Contudo, na Carta Régia de 9 de abril de 1655 autorizou a escravidão de indígenas tomados em guerra justa, permitindo a captura devido ao conflito entre o Estado e as comunidades. A prática consistia no confronto entre os portugueses e comunidades contrárias aos interesses coloniais, uma vez que também existiam tribos amigáveis à coroa, estas ganhavam maior proteção (Cunha, 1987).

A situação agravou-se de tal modo, que o Papa Bento XIV em 20 de dezembro de 1741, editou um breve "*Immensa Pastorum Principis*" em que se proibiu a escravidão indígena, o esbulho de suas posses e bens, e deslocamento forçado, sob pena de excomunhão. (Cunha, 1987).

A professora paulista ainda atribui o reconhecimento implícito e explícito dos direitos territoriais indígenas a Dom João VI. Na medida em que, a Carta Régia de 2 de dezembro de 1808, declarou apenas como devolutas as terras havidas da guerra justa, reconhecendo as terras das tribos pró-Portugal, e na Carta Régia de 26 de março de 1819, declarou a nulidade e inalienabilidade das concessões de sesmarias, cujo objeto seriam terras das aldeias (Cunha, 1987).

É notável identificar as mesmas características da presente Constituição nessa Carta Régia, pois mesmo já havendo previsão de garantias jurídicas para as comunidades originárias, no decorrer do tempo, as disposições tornaram-se letra morta, em razão do descumprimento da norma protetiva do século XIX. A gigantesca extensão territorial do País, a falta de limitação e proteção dos territórios, o pensamento assimilacionista eivaram os dispositivos de uma efetividade no mundo concreto, o que leva a uma contínua disputa que se arrasta para os tempos hodiernos.

A questão indígena espraia-se no Brasil Imperial, a começar que Constituição de 1824 não faz qualquer tipo de menção aos indígenas, mesmo com as proposições de José de Bonifácio para regularizar as situações da "Civilização dos Índios Bravos do Brasil" (Cunha, 1987).

Uma norma emanada no período foi o Decreto n.º 426, de 24 de julho de 1845, que regulamentou as missões de catequese e o processo civilizatório dos indígenas, com a lógica de integração à comunhão nacional dessas populações, de modo a primar pelo desenvolvimento nacional. Nesta legislação, o Imperador inseriu um Diretor Geral em cada Província com competência para examinar a situação das aldeias, informar a conveniência de sua conservação ou remoção, acautelar para que

as remoções forçadas dos indígenas não fossem violentas, e se estes quisessem ficar na terra, cuidar da adoção do modo industrial de produção, entre outras atividades (Brasil, 1845).

O poder conferido a essa autoridade abrangia a demarcação da terra aos indígenas que apresentassem bom comportamento e desenvolvimento industrial, como descrito no artigo 1º, §15º do diploma, como também, investigar terrenos próprios para habitação em regiões de aldeias, conforme artigo 1º, §14º do Decreto n.º 426 (Brasil, 1845).

A compreensão desses postulados revela que a lógica era de impor referências culturais portuguesas para os ditos silvícolas, colaborando com o processo de integração imperativa na área da língua, religião, costumes, modo de vida e outras práticas implementadas na época. A criação de vários cargos públicos para tratar da questão revela o caráter histórico dos dilemas, e como o ponto de vista da sociedade influenciava na forma de tratamento com os indígenas.

A lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, que dispôs sobre as terras devolutas do império, nada tratou sobre a posse indígena. Contudo, determinava que as terras ocupadas não seriam devolutas, mesmo sem títulos de posse, nas hipóteses da lei.

João Mendes Júnior, interpretando a lei, compreendia que as terras ocupadas pelos indígenas não seriam devolutas, mesmo sem título de posse, pois nelas existiriam um direito congênito, antecessor à formação do Estado, implicando em um reconhecimento do direito indígena, já que o indigenato não vem pelo título adquirido, mas sim por sua ocupação primária no local. A ocupação no direito civil ocorre quando há a apreensão da coisa sem dono ou abandonada, o que não é o caso das terras indígenas, pois nela já existem pessoas habitando permanentemente e com vínculo transcendente (Mendes Júnior, 1912).

A regulamentação da lei adveio pelo Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854, neste diploma normativo consubstanciou-se expressamente a reserva de terras devolutas para colonização e aldeamento em distritos, onde existirem povos isolados (Brasil, 1854).

Vale ressaltar que o artigo 74 do regulamento trouxe diversos elementos para a proteção dessas terras, declarando-as de usufruto exclusivo e inalienáveis, enquanto fosse do interesse do regime de governo. Contudo, também se previu a repartição das áreas reservadas em lotes urbanos ou rurais, conforme o artigo 77 do Decreto (Brasil, 1854).

Dessa forma, havia amparo legal para salvaguardar as terras dos indígenas e impedir que terceiros entrassem em conflito pelo espaço, pois a titulação formal da propriedade garantiria segurança jurídica, evitando a discussão possessório que continua a existir até os dias atuais.

A Carta Magna de 1891, previu que as terras devolutas pertenceriam aos estados, restando à União somente o que for indispensável à defesa das fronteiras. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo caminhou para entender que os aldeamentos indígenas que se extinguiram antes da primeira Constituição da República seriam terras devolutas pertencentes aos estados (Lenza, 2020).

Já na Constituição de 1934, o legislador constituinte estabeleceu o dever de respeito à posse permanente dos indígenas, além de pronunciar sua inalienabilidade. A Lei Maior, por mais que sucinta, reitera a insuscetibilidade de agressão aos povos originários, mas nas situações concretas, ainda persistiram os renitentes esbulhos sofridos, como ocorreu com os indígenas de Santa Catarina que sofreram ataques de bugreiros.

A Constituição de 1946 e de 1967 continuaram na mesma linha da proteção diminuta, apenas se limitando a respeitar a ocupação da terra indígena, porém sem delinear soluções para os conflitos possessórios e violentos que se postergam sem qualquer tipo de deslinde.

A Constituinte da redemocratização preocupou-se com as questões indígenas, e principalmente, com os problemas herdados pela não observância das normas atinentes aos indígenas, gerando a existência do ciclo de conflitos fundiários. Entrementes, os conceitos de terra tradicionalmente ocupada, características da posse indígena, usufruto e utilização dos recursos, efeitos de títulos de compra e venda sobre as terras, possibilidade de remoção dos povos são exemplos do cuidadoso trabalho de elucidação da nova maneira de encarar os problemas históricos causados pela inação ou violência legitimada pelo Estado.

Contudo, mesmo anteriormente à constituinte cidadã, a lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973, o estatuto do índio, tratou da situação jurídica dos indígenas. A norma, apesar de possuir avanços conceituais na demarcação de terras, ainda reflete o caráter assimilacionista do regime militar, desprivilegiando a cultura indígena em favor do acultramento dos indivíduos. Nessa toada, a lei estabelece sobre princípios, conceituações, direitos civis e políticos, terras, bens e patrimônio indígena, sendo



recepcionados aquilo que não contradizem os preceitos constitucionais (Moreira Neto, 2014).

Posteriormente, o decreto n.º 1.775, de 8 de janeiro de 1996, foi editado, regulamentando o processo demarcatório das terras indígenas. A formalização do procedimento avançou na delimitação dos direitos dos povos, a partir de uma concepção de um Estado Democrático de Direito.

O procedimento administrativo objetiva a delimitação da terra indígena. Inicialmente, os trabalhos são acompanhados por um antropólogo qualificado, sendo nomeado para elaborar um estudo de identificação da área, com ajuda de um grupo técnico especializado. O resultado será apresentado por meio de um relatório circunstanciado à Funai, delineando os limites da terra.

Após a aprovação do relatório, este será publicado nos Diários Oficiais da União e da circunscrição correspondente, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área. Nesse momento, inicia-se a fase de contestação administrativa à demarcação, onde os Estados, Municípios e terceiros interessados poderão pleitear indenização ou demonstrar vícios no relatório, trazendo consigo provas oportunas, com o prazo de noventa dias da publicação no DOU.

Após isso, a Funai encaminhará o processo administrativo de demarcação e as objeções com as provas apresentadas ao Ministério da Justiça em sessenta dias. As ações do Ministro da Justiça são de declarar os limites da terra indígena, por Portaria; determinar diligências necessárias para serem tomadas no prazo de noventa dias; e desaprovar o relatório circunstanciado, mediante decisão fundamentada. Em caso de expedição de Portaria, a demarcação será homologada por Decreto Presidencial, e registrada em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Sinteticamente, a evolução da legislação indígena revela uma dubiedade e ineficiência por parte do Estado, quando se trata das questões indígenas. Ao passo que se reconhecia direitos aos indígenas e suas posses em determinados momentos, em outros, a possibilidade de remoção e tomada das terras foram deixadas à discricionariedade dos indivíduos e governos locais.

### 3.2 RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL BRASILEIRA PELA DEMORA NA DEMARCAÇÃO: CASO XUKURU VS BRASIL

A situação do povo Xukuru de Ororubá, localizado em Pernambuco, foi levada ao conhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O processo demarcatório iniciado em 1989, arrastou-se entre estudos de identificação até indenizações a terceiros de boa-fé, resultando na demora na efetivação da demarcação da terra indígena.

O processo administrativo contou com diversas contestações administrativas, promulgação tardia de decreto presidencial, e persistência de ocupação de terceiros, protelando com excessiva demora a ponto da questão chegar à instância internacional para discutir uma solução para a demanda.

O caso concreto envolve diversas nuances próprias, tais como modificação do padrão regulatório das demarcações, assassinato de lideranças indígenas, desintrusão de terceiros, indenização de benfeitorias e ações possessórias incidentais que protelaram a resolução do conflito.

A prolongação da demanda administrativa, representando a inércia e ineficiência do Estado em implementar seus direitos sociais, resultou na responsabilização brasileira. A alegação de mora no processo, ausência de proteção no direito à propriedade, à vida, à integridade física consubstanciados na Convenção Americana de Direitos Humanos foram os argumentos utilizados pelos peticionantes para instar a competência do juízo internacional.

A decisão da Corte protegeu o laço dos indígenas com a terra e o direito à propriedade, evidenciada pela noção de propriedade coletiva, que não gozava de previsão na Convenção Americana. O entendimento de união dos valores culturais indígenas com o conceito tradicional privado concebeu uma construção jurídica internacional voltada para a proteção da demarcação da terra indígena.

A diferenciação da propriedade clássica, nos termos do artigo 21 da Convenção, decorre da especialidade da utilização da terra pelos indígenas. O que em uma análise fria e literal do conceito de propriedade inviabilizaria o gozo e fruição dos bens, retirando a proteção aos direitos das populações originárias, acarretando lesão ao jus cogens<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> O conceito de jus cogens está sendo ampliado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicando conceitos subjetivos a casos concretos, mesmo sem a posituação na Convenção Americana, criando uma perspectiva descendente de direitos humanos (Gontijo, 2019).

No julgamento da Corte, em caso de conflito entre propriedades coletivas e privadas, entende não haver uma superioridade imediata dos interesses indígenas, devendo ser analisado casuisticamente com os pressupostos da legalidade, necessidade, proporcionalidade, busca do interesse social e utilidade pública, sem negar aos povos o direito à sobrevivência (CIDH, 2018).

A Corte também verificou uma normatização no Brasil voltada à proteção das terras indígenas, sendo atuação estatal meramente declaratória, quando existe a ocupação tradicional. Contudo, os meios de implementação devem ter uma possibilidade de efetivação viável com um prazo adequado para demarcação.

A forma de verificação do prazo razoável pela Corte se dá pela complexidade da matéria, atividade processual dos litigantes, forma de condução pelas condutas das autoridades judicantes e pelo dano sofrido pelas partes no processo (CIDH, 2018).

Com base nisso, a sentença proferida condenou o Brasil pela excessiva demora ocasionada pelo retardamento do procedimento administrativo, em razão da falta de desintrusão de terceiros, ensejando em violação à garantia de prazo razoável, nos termos da Convenção. A permanência de não-indígenas e ações possessórias inviabiliza a plena utilização da terra livre e desimpedida, pelo povo Xukuru, no entender da Corte.

No tocante à salvaguarda da propriedade coletiva, o Tribunal Internacional entendeu o processo administrativo como parcialmente ineficaz, já que o Estado assegurou a demarcação da terra, mas a ausência de pacificação nos processos administrativos resultou em falha na prestação jurisdicional. Portanto, existiu lesão ao direito à propriedade do povo Xukuru e à proteção judicial, também nos termos da Convenção.

Cabe ressaltar a incompatibilidade do conceito de propriedade coletiva com a forma de proteção da terra indígena brasileira, visto que, por força de previsão constitucional, a terra tradicionalmente ocupada é bem da União, não sendo pertencente a uma comunidade ou grupo.

Por esse motivo, a Constituição não se utilizou do termo “território” para tratar das terras indígenas, inexistindo uma segmentação entre as comunidades e o resto do País, porém em sentido reverso, entendendo haver uma conglobação dos interesses nacionais e dos povos originários, sem a criação de uma “nação” no território brasileiro, mas revestindo a terra indígena da indisponibilidade dos bens públicos (Silva, 2012).

A decisão no Raposa Serra do Sol veda a utilização da expressão “território”, preferindo “terras” por seu sentido sócio-cultural, seguindo pelo entendimento da não existência de pessoas federativas dentro do território nacional, deslegitimando o conceito internacional nas questões indígenas (Brasil, 2009).

Desse modo, a internalização do conceito de propriedade coletiva deve ser interpretada, como direito à demarcação de terras, com base nos preceitos constitucionais, ordinários e infralegais do sistema jurídico pátrio. A terra tradicionalmente ocupada por um povo necessita apenas de um ato declaratório por parte do Estado e consequentes medidas de efetivação, tutelando o direito de uso e fruição do bem à coletividade indígena, conciliando o espírito da decisão com o ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca dos processos de reintegração de posse, principal fator de demora na desintrusão da terra indígena. A Corte entende que o Estado Brasileiro deve adotar medidas alternativas para concretizar o direito à propriedade coletiva, seja por compra direta, desapropriação por interesse social ou utilidade pública, ou excepcionalmente, com o oferecimento de terras alternativas ao Povo Xukuru, mediante escolha própria dos povos originários, se não houver pacificação apenas com o pagamento das benfeitorias de boa-fé.

No entanto, essas providências não encontram guarida no arcabouço jurídico brasileiro, já que a terra indígena será declarada bem da União, impedindo a compra ou desapropriação por parte do Estado de um objeto que já pertencerá ao patrimônio público.

Assim também não cabe a realocação dos indígenas para uma área diferente, mesmo que com a anuência da comunidade, visto que a razão da tutela do direito à terra existe pelo vínculo ancestral dos indivíduos com seu santuário natural. A troca por critérios de conveniência perderia a tradicionalidade da ocupação da terra, inviabilizando o reconhecimento constitucional.

Em contraponto com a decisão do Supremo Tribunal Federal, as condicionantes trataram sobre a ocupação de terceiros na terra indígena, com caráter mais permissivo à continuação de não-indígenas, possibilitando o trânsito e permanência em certos casos.

De outro modo, a Corte entende que deve haver uma desintrusão de terceiros da terra para não haver diminuição da existência, do valor, uso e gozo do povo de seu

lar ancestral. Contudo, a decisão brasileira admite a entrada de não-indígenas, atendidos os requisitos da Petição 3.388/RR.

A Corte impôs que o Estado deve garantir de maneira imediata e efetiva o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xukuru sobre a totalidade de 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 e o gozo de seu território.

Ainda houve uma indenização de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) para um fundo do povo Xukuru, à título de indenização pelas violações de direitos humanos, danos materiais e morais sofridos pela comunidade, ao longo do tempo. É relevante ressaltar que a prática de indenizar a população indígena por danos sofridos durante o processo não é habitual nas demarcações nacionais, mas pode começar a ser utilizada, tendo em vista o precedente internacional e a gravidade das situações que perpassam cada caso concreto sobre direito indígena.

Logo, as disposições da Corte Interamericana de Direitos Humanos avançaram na responsabilização por demora da efetivação dos direitos indígenas, mas devem ser interpretadas conforme o sistema interno, servindo de alerta para as autoridades públicas da necessidade da rápida consecução da demarcação.

### 3.3 RESPONSABILIZAÇÃO LATINO AMERICANA NA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

O controle de convencionalidade ou supralegalidade é análise da conformidade da legislação interna com os compromissos internacionais assumidos, que pela relevância da matéria, são mandatórios nas condutas delineadas. Os tratados internacionais sobre direitos humanos revestem-se de especial característica no ordenamento jurídico interno, mesmo nos casos de supralegalidade, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, conforme o RE 466.343/2006, a superioridade da lei internacional sobre as normas infraconstitucionais condiciona os reflexos no âmbito doméstico (Mazzuoli, 2018).

A Recomendação n.º 123, de 07/01/2022, do Conselho Nacional de Justiça, orientou a observância dos atos internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos aos órgãos do Judiciário.

Logo, percebe-se a necessidade de harmonizar os postulados jurisprudenciais de Direitos Humanos com a jurisdição nacional.

A defesa internacional dos povos originários albergou as questões traçadas no papel institucional da Corte, estendendo o Sistema de Proteção Interamericana de Direitos Humanos aos indígenas, com vistas a percepção das suas relações como legítimas para resguardo das normas da Convenção.

A primeira condenação na temática indígena na Corte Interamericana, aconteceu em 31 de agosto de 2001, no caso Comunidade Mayagna Awas Tigni vs Nicarágua. O Tribunal garantiu a proteção da propriedade indígena, nos termos do artigo 21 da Convenção, obrigando o Estado a adotar mecanismos de delimitação, demarcação e titulação dos bens, respeitando o direito originário (CIDH, 2001).

A relação estabelecida entre a terra e os povos indígenas ultrapassam os limites tradicionais de posse, gozando da união dos elementos materiais e espirituais, protegendo as memórias culturais para as próximas gerações. O direito costumeiro dos povos ganha singular relevância na demarcação da terra, frente à ausência de titulação da propriedade (Habib, 2021).

A propriedade comunal seria a representação do direito de propriedade para as comunidades indígenas, respeitando a coletividade existente em suas próprias tradições. A importância da característica gregária dos povos ilumina a inteligência de novas maneiras de visualização da terra, focando no vínculo cultural e espiritual do lar ancestral dos indivíduos. Desse modo, a interpretação evolutiva da Corte reúne elementos clássicos do direito comum com a tradicionalidade dos povos para formar a base fundamental do conceito no sistema interamericano.

No âmbito do direito interno, a tradicionalidade da ocupação é reconhecida constitucionalmente, o que garante a demarcação da terra, sem haver imposição da demonstração da titulação da propriedade, visto que, se existe o registro imobiliário da terra ancestral, inexistente motivação para busca do reconhecimento indígena.

O Paraguai sofreu condenação no caso das Comunidades Yankye Axá, onde por lesão ao acesso às garantias judiciais pelos indígenas, ausência de tutela estatal para os direitos e obrigações, a população autóctone estava vivendo em condição de vulnerabilidade social extrema, inclusive com mortes de indígenas pela falta de assistência social necessária.

A sentença reconheceu a violação do direito à vida dos membros da comunidade, mas entendeu pela falta de elementos probatórios para demonstrar o

efetivo prejuízo, decisão tida por ambígua, pois reconhece a lesão causada à comunidade, que passou a viver à beira da estrada, porém entendeu-se pela inexistência de nexo de causalidade da omissão para responsabilizar o Estado (Loureiro, 2012).

Em outro caso paraguaio, ao Povo Xákmok Kásek foi garantido o direito à propriedade comunal, visto que o Estado ainda não tinha efetivado medidas para sustentar, de forma clara, o reconhecimento às terras ancestrais. Contudo, a Corte entendeu os ataques sofridos aos indivíduos como lesivos aos particulares, e não direcionados a toda coletividade.

Desse processo, restou a jurisprudência para os outros julgados: “os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade” (CIDH, 2018).

Ressalte-se que a perda da posse não intencional faz permanecer a tradicionalidade da terra, garantindo o direito ao retorno à propriedade, para a Corte. A entrada legítima de terceiros na propriedade não obsta a recuperação ou obtenção de novas terras, conforme a inteligência da decisão. No Brasil, a discussão sobre o marco temporal perpassa na intervenção superveniente de terceiros na terra indígena, onde se entende pela superioridade da propriedade dos não-indígenas, em contraponto ao direito de regresso ao lar ancestral. Ainda segundo a jurisprudência pátria, o caráter tradicional da terra não pode ser repassado a outro local, ocorrendo a perda da garantia constitucional, impedindo a cessão de terras não tradicionais para os indígenas.

No Suriname, a situação de vulnerabilidade repetiu-se com o povo Saramaka, onde sem o reconhecimento da terra, incapacidade de postular no judiciário, violações sistemáticas da integridade dos indivíduos da comunidade levaram a responsabilização do País no Tribunal Interamericano.

Desta feita, a personalidade jurídica da comunidade foi reconhecida, conforme o artigo 3º da Convenção, garantindo o pleno exercício do direito, bem como o acesso ao judiciário pela comunidade, pugnando ser a coletividade sujeito de direito apta a movimentar a máquina estatal.

Ainda existiu uma determinação da Corte para eliminação ou modificação das normas que obstem à proteção da propriedade, adotando medidas para reconhecer, proteger, garantir e efetivar o direito de titularidade de direitos de forma coletiva sobre

o território que tradicionalmente ocuparam e utilizaram ao povo Saramaka (CIDH, 2007).

A ideia de uma determinação sobre o sistema interno pressupõe a prevalência da norma internacional, questão controvertida entre as teorias monistas e dualistas. No Brasil, as regras de tratados de direitos humanos sem força constitucional prevalecem sobre as leis ordinárias, tendo em vista a relevância da matéria. A supralegalidade da norma, na perspectiva de seu conteúdo, torna os dispositivos cogentes, no tocante às matérias infraconstitucionais. Logo, determinações revestidas desse conteúdo devem ser adotadas no ordenamento jurídico, a fim de adequar a salvaguarda dos direitos fundamentais com os compromissos internacionais ratificados.

No Equador, a permissão da exploração de petróleo em área indígena, sem prévia consulta, com a utilização de explosivos, movimentou o povo Kichwa de Sarayaku à Corte Interamericana em busca da proteção da propriedade comunal. O alegado foi violação do direito à consulta, propriedade e identidade cultural, já que o direito da comunidade à terra era indiscutível, apenas restava dúvida no dever de consulta da utilização petrolífera.

A tese fixada foi de responsabilidade estatal pela lesão ao povo indígena, pois desrespeitou os valores, usos e costumes da sua organização pela intrusão não consentida do Estado, dada pela falta de observância da consulta, propriedade coletiva e identidade cultural.

Dessa forma, o caso paradigma equatoriano demonstra que a luta coletiva dos direitos violados não se limita a indenizações, mas personifica as comunidades como sujeitos de direito coletivos possuidores dos benefícios e ônus das garantias e proteções judiciais (Loureiro, 2012).



## **4. AS NOVAS REIVINDICAÇÕES DO DIREITO INDÍGENA**

### **4.1 O CASO XOKLENG E UMA NOVA DEFINIÇÃO DO STATUS JURÍDICO INDÍGENA**

Em um novo momento das discussões sobre as questões indígenas, o Recurso Extraordinário 1.017.365 debate a presença física dos povos originários, como critério para se considerar terra tradicionalmente ocupada, e por conseguinte, o próprio reconhecimento da demarcação.

A FATMA, Fundação do Meio Ambiente, ajuizou uma ação de reintegração de posse com o intuito de retirar do local os indígenas que estariam invadindo a propriedade da instituição.

A controvérsia gerou o tema 1031 do Supremo Tribunal Federal, que procura definir o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena com base nas regras do artigo 231 da Constituição.

O principal argumento utilizado é a ausência dos indígenas na data prevista pelo marco temporal, estabelecido pela persuasiva Petição 3.388/RR. Desse modo, a inicial alegou que o retorno às terras ocupadas gerou violência e várias violações de direito de propriedade para a pretensão autoral de retirada dos indivíduos. Do lado oposto, a Funai argumenta ter havido uma expulsão dos indígenas em um momento anterior, levando a um esbulho renitente.

O esbulho renitente é a permanência da situação de violência que levou à retirada dos indígenas de suas terras, existindo a continuidade da luta pelo retorno ao lugar de ocupação tradicional, mesmo que em níveis menos coercitivos, visto que ainda existe uma presunção de perigo no restabelecimento dos povos.

Importante destrinchar a história dos Xokleng, cuja etnia está no centro das atenções. O passado violento inicia-se com os massacres perpetrados pelos bugreiros, pessoas que tinham como ofício a perseguição e extermínio dos indígenas.

A introdução da colonização europeia fortaleceu os conflitos na região de Santa Catarina, ocasionando incursões armadas financiadas pelo próprio Governo local para

“pacificar” as disputas. Na prática, houve a destruição de assentamentos indígenas pela morte de todos os adultos pelos bugreiros<sup>6</sup> (Conheça [...], 2020; Wiik, 2021).

Obviamente, a pressão constante resultou em fluxos migratórios a fim de fugir do intenso acossamento perpetrado até com a anuência do Estado. A situação ilustra a falseabilidade da chapa radiográfica temporal, como ficou consignado no julgamento da Raposa Serra do Sol, no deslinde das demarcações.

Em muitas situações, por um ambiente ostensivo não foi possível o retorno às terras em um período anterior à Constituição de 1988, notoriamente, as novas garantias inauguradas no texto possibilitaram um novo olhar para essas questões, o que tornou possível pensar em uma maior segurança física, e como resultado, na restauração de seus lares ancestrais.

Por isso, existem inconsistências na tese do marco temporal à luz dos dispositivos constitucionais, realizando uma interpretação sistemática da lei fundamental e seu espírito paradigmático nas questões de ordem social.

Primeiramente, o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre suas terras eleva a proteção jurídica para essas populações. Ora, sendo a terra condição elementar da prolongação cultural indígena, negar-lhes o acesso, é retirar toda a construção protetiva, tornando as normas constitucionais sem eficácia.

O mesmo artigo 231 impõe como dever à União, a proteção e respeito de todos os bens, em especial, a demarcação de terra. Portanto, verifica-se a intenção de zelo ao patrimônio indígena, com evidente intuito de assegurar o cumprimento da devida restauração dos direitos negados no decorrer da história brasileira.

A imposição de uma data limite para declarar a existência de um direito também desabona a historicidade dos povos originários, visto que estão presentes no território desde o avanço humano às Américas. A relação construída fica pendente de uma validação física em 5 de outubro de 1988, o que acarreta danos diretos àqueles indivíduos submetidos a processos de expulsão violenta.

A inobservância dos critérios culturais pertinentes à relação terra-homem causa esse efeito de ausência de eficácia das normas constitucionais, como se não houvesse positivação para garantir direitos, mas sim o oposto. O mens legis da norma

---

<sup>6</sup> O extermínio por parte dos bugreiros, caçadores de indígenas, muitas vezes chegava até às crianças indígenas, matando-as em retaliação ao conflito com a aldeia. Era comum também haver a adoção por famílias abastadas e religiosas.

superior seria contraditório entre dever ser e situação real, pendendo para o lado com maior força política, e deixando de proteger as populações minoritárias.

Dessa forma, a compatibilização dos dispositivos garantistas com a tese limitadora de direitos não é harmônica com toda conjuntura trabalhada para efetivar direitos fundamentais, que são por natureza contramajoritários (Sarmiento, 2023).

A tese do marco temporal reforça o ônus dos indígenas de comprovarem sua existência em espaços que foram excluídos violentamente, gerando um gravame ao seu direito natural ao espaço em que suas relações culturais pertencem. É nessa toada que o indigenato preceitua haver um direito congênito e originário, sendo desnecessária qualquer legitimação outorgada pelo Estado, visto que seu vínculo é anterior e mais profundo.

O estado originário das terras ocupadas pelos povos indígenas decorre de uma situação jurídica antecessora, que supera as qualidades das cadeias dominiais civis de título de posse (CIDH, 2018).

A positivação do entendimento está no artigo 231, §6º da Constituição Federal, produzindo nulidade sobre os atos praticados em terras indígenas. A reserva constitucional desses espaços mais uma vez elucida o nítido espírito da Lei Fundamental de proteger esses espaços de conflitos, mostrando o caminho adequado para dirimir as divergências possessórias. Ora, caso presentes os requisitos da ocupação tradicional da terra indígena, a Carta Magna vai ressaltar a nulidade de títulos de propriedade sobre estas. Ou seja, o direito indígena irá prevalecer, quando demonstrado sua tradicionalidade.

Nesse sentido, as características da inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade de seus direitos sobre elas versam diretamente sobre uma outorga de tutela estatal para reequilibrar as relações entre indivíduos e comunidades originárias.

A própria jurisprudência assente com essas qualidades, mesmo quando ainda só existem estudos sobre o processo demarcatório. Tal como o Agravo em Recurso Especial 1.640.785/MS do Superior Tribunal de Justiça, onde se anotou que a propriedade rural sobreposta em área indígena, mesmo sem demarcação concluída, inviabiliza o georreferenciamento rural (Brasil, 2022).

Por isso, os novos caminhos jurisprudenciais aptos a serem solucionadores devem direcionar-se para uma maior atenção aos dispositivos constitucionais com aplicabilidade no caso concreto, às realidades situacionais dos diversos conflitos

possessórios correntes no País e em novos pontos de vista, ressaltando as pessoas silenciadas no processo histórico, para haver a consecução da paz social na terra.

#### 4.2 A INCOMPATIBILIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL COM A CONSTITUIÇÃO

A preconização de um direito originário não é compatível com uma limitação temporal. A tese do indigenato inaugurada por João Mendes, que associa o reconhecimento do direito à terra a uma ocupação ancestral dos povos indígenas, estabelecida por esse vínculo que transcende a uma lógica meramente exploratória para uma efetiva conexão melhor vivifica o espírito constituinte.

Do ponto de vista histórico, os aldeamentos com cultura e moradia habitual, mesmo que não fossem consideradas terras tradicionais, não poderiam ser ocupadas por indivíduos, pois seriam devolutas. Assim, os interesses dos particulares não superariam os das comunidades autóctones, nem às terras pertencentes à União (Mendes Junior, 1912).

A normativa citada pelo jurista, Alvará de 1 de abril de 1680, embora se refira apenas aos indígenas maranhenses, foi posteriormente ampliada para ter eficácia nacional pela Lei de 6 de junho de 1755. Contudo, é mais consistente sustentar o argumento da força constitucional irradiante nas terras tradicionalmente ocupadas pelo direito originário, tendo em mente a construção legal histórica das legislações pertinentes. Logo, a base do direito originário vem da própria Constituição, constituindo seus efeitos sobre as situações nela inscritas.

Mesmo no Voto-Vista do Ministro Menezes Direito, é reconhecida a importância da terra para o indígena, explicitada pelo excerto:

A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição (STF, Petição 3.388/RR, p.377).

O suporte mais sólido do marco temporal é a proposição de uma garantia de segurança jurídica para as áreas em disputa, garantindo um registro com menor subjetividade do que os critérios constitucionais, dada a certeza de uma ocupação em uma data certa.

Por mais que a interpretação do vernáculo “ocupam” do artigo 231 da Constituição denota uma presença física dos indígenas à data da Constituição, essa

realidade não pode ignorar o recentíssimo esbulho sofrido por esses povos, que os afastou da sua terra, mas que não rompeu a tradicionalidade da terra.

A regra é o reconhecimento da ocupação que persiste, de maneira real e atual, preservando-se a permanência do povo nativo. Contudo, existem fatos impeditivos do prolongamento da situação de fato dos indígenas no local, como a violência de particulares ou do próprio Estado (Souza Filho, 2018).

Importante é a leitura crítica da ACO 323/STF, onde os títulos de domínio sobre terras indígenas foram declarados nulos por estarem sobrepostas a uma terra tradicionalmente ocupada, mesmo que a expulsão dos povos originários aconteceu antes da “chapa radiográfica de 1988” ser realizada, mas em 1994, o retorno dos autóctones foi autorizado. Ou seja, o Supremo já reconheceu a possibilidade de indígenas que não estivessem na condição de ocupantes em razão do esbulho renitente, recuperassem suas terras.

Impede determinar a diferença entre esbulho renitente e o disposto na súmula 650/STF. Enquanto, os precedentes do Supremo apontam para uma quebra da ocupação ancestral em razão do abandono da terra pelos indígenas, já que o termo passado remoto aduz a longínquas ocupações não suficientes para configurar caráter permanente, pois já se perderam com o tempo.

A deserção autônoma causa o desaparecimento da tradicionalidade, já que por serem povos nômades pode haver um grande deslocamento territorial. Contudo, a independência volitiva dos indígenas difere de expulsões forçadas em que as populações estão submetidas, como no caso do povo Xokleng. A mera passagem do tempo não convalida a violência, nem legitima os títulos dominiais, apenas a quebra do vínculo ancestral, em virtude da alteração das condições individuais ou da ressalva, feita pela redação constitucional, por relevante interesse público, pode prejudicar a concretização do direito à demarcação.

De outro modo, inexistente uma garantia universal para os povos indígenas, em terras que perderam sua tradicionalidade, não incidindo as características constitucionais da indisponibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos sobre a terra.

Nas Palavras de José Afonso da Silva (2012, p. 856):

Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimar, e dela se originasse seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras ocupadas, porque isso, além do mais, é

incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas.

O esbulho renitente deve ser tratado como ressalva às situações de perda da tradicionalidade indígena. A situação fática de contínua disputa possessória (des)judicializada caracteriza o renitente esbulho para fins do direito indígena. Contudo, a posse imemorial impõe a quebra natural da vinculação ancestral com a terra, interrompendo os requisitos constitucionais de ocupação indígena. Enquanto a remoção forçada causada pela contínua disputa, em razão de um *periculum damnum irreparabile* das comunidades indígenas.

No próprio julgamento da Raposa Serra do Sol, ficou consignado que o esbulho renitente não sustaria a tradicionalidade da terra indígena, pois violaria os direitos originários das populações.

No ARE 803.462 AgR, de 2014, o Ministro Teori Zavascki entendeu não ser esbulho renitente a ocupação passada ou mesmo desocupação forçada, ocorrida no passado. Devendo continuar um conflito possessório por circunstâncias de fato ou lide judicializada até o marco temporal inaugurado pela Petição 3.388/RR.

Contudo, esse entendimento esbarra no silenciamento das populações em razão do deslocamento dos indígenas. Não pode haver uma obrigação de permanecer em litígio *ad eternum* para garantir a entrada no conceito de esbulho renitente. Os riscos advindos da permanência em conflito são majorados para os indígenas, visto que estão em desvantagem econômica e social com os latifundiários e posseiros na luta pela terra.

Desse modo, o critério temporal adotado pelo Raposa Serra do Sol não é o adequado para regular o conceito de ocupação tradicional, pois o principal elemento da (não) caracterização da tradicionalidade é a conexão umbilical dos indígenas com a terra, conforme a interpretação da Constituição e a evolução dos posicionamentos do Supremo e doutrinários, que valoram mais positivamente a afeição dos indivíduos com sua ancestralidade.

Não se fala em ilegalidade ou quebra da segurança jurídica, pois as possibilidades de demarcar as terras indígenas estão previstas na própria Constituição. Em que pese, os próprios requisitos para reconhecer a ocupação tradicional também estão postos, devendo ser analisadas casuisticamente as condições pela imposição do artigo 231, §1º da Constituição, resolvendo as pendências para a formulação de um conceito de terra tradicionalmente ocupada,

portanto, apta a ser demarcada. O que torna inconstitucional a teoria do marco temporal, conforme decidido pelo Supremo<sup>7</sup>.

As condições constitucionais são taxativas para determinar as terras tradicionalmente ocupadas que devem ser limitadas à análise da habitação em caráter permanente, utilização para suas atividades produtivas, com pressuposto de preservação dos recursos ambientais e concretização do bem-estar da comunidade, e ainda, necessárias à reprodução física e cultural dos indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (Bulos, 2021; Silva, 2012).

As delimitações constitucionais devem imperar no delineamento dos conflitos decorrentes das questões indígenas, afastando a tese do marco temporal. A Constituição traduz a vontade de um espírito integrador à medida das diferenças recíprocas entre os indivíduos, mas privilegiando a preservação de uma pluralidade cultural protegida pelo Estado.

#### 4.3 REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA

Em um outro momento, a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas poderia ter sido feita com maior tranquilidade e estabilidade social. Contudo, a contemporaneidade permeia vários entraves, já que a permanência de não-indígenas nas terras ou a eventual remoção dos indígenas obstaculiza uma solução pacífica e saudável para as partes envolvidas.

O estabelecimento de particulares em áreas tradicionais para os povos originários torna a situação complexa, pois se formou uma longa cadeia dominial na terra esbulhada, em que a situação se estabilizou socialmente, pois era negado o direito à resistência aos indígenas.

Os negócios jurídicos praticados que tenham como objeto a ocupação, domínio, posse das terras, exploração dos recursos existentes são declarados nulos e extintos, sem produzir efeitos jurídicos, por disposição mandatória do artigo 231, §6º da Constituição.

---

<sup>7</sup> A tese fixada no julgamento do Re 1.017.365 descartou o marco temporal, asseverando: “A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição” (Re 1.017.365/STF);

Sobre a questão da nulidade, os negócios jurídicos nulos são insanáveis, podendo ser alegada por qualquer interessado ou de ofício pelo magistrado, não incidindo a prescrição na pretensão de nulidade, sem efeitos jurídicos práticos (Miranda, 2012).

As normas de direito civil, versando sobre a nulidade do negócio jurídico, elucidam sobre a matéria no artigo 166, inciso VII do Código Civil, declarando nulo quando: “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção” (Brasil, 2002).

O ato normativo que declara nulidade é a própria Constituição, sendo dispensável demonstrar a vigência da Lei Fundamental nos casos posteriores à sua entrada no ordenamento jurídico, ou seja, em negócios inválidos praticados após a entrada da norma constitucional são inconstitucionais. A situação fica emaranhada nos negócios jurídicos anteriores à 5 de outubro de 1988, ou seja, grande parte dos conflitos indígenas existentes.

Em precedente inovador, a ADI 493 consignou-se a possibilidade da retroatividade máxima ou restitutória, onde a norma constitucional ataca fatos já consumados. O caminhar jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal evidencia a utilização da retroatividade mínima como regra, ou seja, a aplicação imediata da Constituição não desfaz os efeitos passados de fatos pretéritos, alcançando seus efeitos. Salvo, quando a norma expressamente predizer o contrário (Mendes; Branco, 2023).

A Constituição de 1988, apesar de repetir alguns conceitos existentes em normas anteriores, declara a nulidade dos atos praticados nas terras tradicionalmente ocupadas e explicita quais seriam as condições para sua caracterização. As normas contradizem várias disposições e efeitos concretos cujo objeto sejam terras tradicionais ao longo do tempo. Dessa forma, a ponderação entre o texto constitucional e efeitos passados normalmente geraria uma concretização do direito adquirido, exceto se incompatível. Se houver incongruência, a previsão constitucional prevalecerá sobre o que dispuser em contrário, inclusive sobre os atos praticados.

Laconicamente, explica o Gonet Branco (2023, p. 53):

As normas do poder constituinte originário podem, excepcionalmente, ter eficácia retroativa média (alcançar prestações vencidas anteriormente a essas normas e não pagas) ou máxima (alcançar fatos consumados no passado), mas para que opere com a retroatividade média ou máxima, o propósito do constituinte deve ser expresso. É nesse sentido que se diz, hoje, que não há direito adquirido contra a Constituição.



O Poder Constituinte Originário é inicial, ilimitado e incondicionado, inaugurando uma nova ordem jurídica nova e sem ser subordinado por situações pretéritas a ela. Evidentemente, existe o dever de respeitar os direitos fundamentais, sendo incabível postular um autoritarismo legitimado pela Constituição (Mendes; Branco, 2023).

Assim sendo, nada impediria do texto Constitucional inovar em situações que passaram a ter maior relevância para a sociedade brasileira, a fim de corrigir erro contínuo gravíssimo perpetrado por vezes pelo próprio Estado, por exemplo, a remoção forçada dos Nambiquara e dos Kreen-Akarore, que resultaram em situações próximas ao genocídio das etnias (Souza Filho, 2018).

A nulidade dos negócios jurídicos atacará sua condição de validade, isto é, a conformidade do ato com a escada ponteano. Por mais que, não houvesse um impedimento legal à época do fato, o que perfectibilizou os efeitos atinentes à propriedade do terreno. A Constituição atual invalida todos os atos cujo objeto são as terras tradicionalmente ocupadas, modulando os efeitos do ato jurídico, pois é considerado nulo.

Embora a Constituição não possa reescrever a história, pode dar novos significados aos atos praticados. Isso se materializa na possibilidade de atribuir aos atos outros efeitos jurídicos, o que não se enquadraria em uma insegurança jurídica, dado que não existe direito adquirido proveniente de um ato jurídico imperfeito.

Portanto, o poder constituinte originário pode dispor de forma discricionária sobre os fatos jurídicos do Estado, sem se alinhar com situação pré-constituída, permitindo a compreensão da impossibilidade de invocação de direitos adquiridos contra a Constituição (Mendes; Branco, 2023).

A estabilidade e segurança jurídica é um trunfo da defesa da tese do fato indígena, alegando vilipêndio das garantias fundamentais, a fim de sustentar a permanência do *status quo ante*. Contudo, deve haver a mesma garantia jurídica dos elementos constitucionais para os indígenas, visto que a nulidade é prevista pela Carta Magna, insuscetível de impor superioridade por outra lei ou tese.

Logo, a nulificação dos negócios jurídicos possibilita a reparação de uma condição atemporal de descaso para com essas comunidades, permitindo a reanálise de situações silenciadas pela violência. Contudo, existindo fatos consumados no passado, a conservação dos efeitos jurídicos pretéritos que dizem respeito aos direitos

de propriedade dos particulares, chancelados pelo Estado, devem ser mantidos até a declaração de nulidade. Isso significa que a cadeia dominial já consumada, cujo objeto é a terra tradicional, permanece com seus efeitos ocorridos antes da entrada no novo texto constitucional, mas os efeitos futuros serão alcançados pela nulidade, conforme entendimento doutrinário (Mendes; Branco, 2023).

A nulidade priva os atos de produzirem efeitos, tendo em vista o relevante e controvertido valor social em destaque. Assim, os antigos proprietários não poderão pleitear indenização ou qualquer outro tipo de ação envolvendo a terra, em face da União, pois os efeitos da cadeia dominial permanecem até a declaração de nulidade.

A explicação do encerramento dos efeitos jurídicos de atos que supervenientes foram declarados nulos, ou seja, que por um tempo foram considerados perfeitos no plano da existência, validade e eficácia, mas que posteriormente, está na retirada de sua condição jurídica de validade pela Constituição.

Nesse caso, dado o princípio da conservação, os efeitos dos negócios jurídicos pretéritos permanecem o que já foi feito. A regra é a retroação da nulidade até a data inicial, mas tendo em vista a mudança do direito constitucional intertemporal, os efeitos jurídicos devem incidir sobre os fatos pós-promulgação. Assim, a partir do momento da declaração de nulidade, será instaurado um novo status para aquela situação jurídica, derogando pelo critério cronológico e de hierarquia das normas. Evitando uma excessiva severidade na aplicação da norma, com vista ao plano econômico-social (Azevedo, 2002).

Na situação concreta, a longa cadeia dominial, enquanto a legislação permitia, foi juridicamente viável, portanto, apta a gerar efeitos jurídicos. Porém, com o advento da Constituição, a ocupação de terras tradicionalmente ocupadas por não-indígenas é nula, permitindo a intervenção do Estado para declarar o bem como público, devendo o Estado pactuar com quem estiver na última posse do local, averiguando a situação própria.

Os negócios jurídicos centrados em terras indígenas são atos jurídicos imperfeitos, com uma modulação de efeitos ex nunc, sendo dever da União zelar por uma área passível de ser reconhecida como um bem público, nos termos do artigo 231, inciso XI da CF/88.

Desse modo, encontrando uma situação de enquadramento de terra tradicionalmente ocupada, não necessariamente presente à data de 5 de outubro de

1988, o presente negócio jurídico passará a ser nulo, deixando de produzir os efeitos, dada a invalidade superveniente prevista pelo texto Constitucional.

Outro relevante aspecto é a possibilidade de indenização aos particulares eventualmente presentes pelo reconhecimento da terra. Igualmente, como é necessário analisar, em cada caso concreto, as características constitucionais da ocupação tradicional, faz-se preciso examinar as condições dos terceiros, entendendo a razão de sua posse no local.

A passagem do tempo leva ao estabelecimento de longas cadeias dominiais, sendo preciso entender como se deu a intrusão dos não-indígenas. Caso seja realizada por meio da remoção violenta perpetrada pelos particulares, não subsiste direito à indenização a terceiros de má-fé, pois não existe direito à usucapião em terras indígenas, dada sua indisponibilidade e imprescritibilidade. Ademais, seria contraditório buscar uma indenização, similar ao princípio do *venire contra factum proprium*, já que a posse primariamente violenta ou clandestina não pode ser considerada de boa-fé. Dessa forma, a alegação do princípio da segurança jurídica não garante direito à terra, nem indenização por uma violência praticada.

A Constituição prevê somente indenização para as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, sendo insuscetível indenizar pelo valor da terra nua. Contudo, a participação do Estado na remoção dos indígenas, tendo em vista, o caráter assimilacionista e civilizatório da sociedade da época, tornaram os atos administrativos ilegais, tanto para indígenas, quanto para terceiros possuidores de justo título, em razão da prática ilícita estatal.

Em muitos casos, foram os próprios estados que favoreceram a retirada dos povos, como no caso dos povos Xokleng e Krenak. O loteamento das terras após a extrusão das populações tradicionais permite a compreensão da existência de particulares de boa-fé nas regiões, já que títulos de compra e venda do foram negociados entre Estado e particulares.

Portanto, os particulares afetados pelos atos viciados devem ser restituídos no valor da terra nua, a fim de que o Estado não se beneficie de atos lesivos praticados contra os indígenas, e fique isento de responsabilidade de mitigar os efeitos sociais decorrentes da demarcação.

Em parecer feito por Daniel Sarmento, o professor sustenta que subsiste o direito à indenização aos particulares de boa-fé, em atendimento ao princípio da

confiança legítima, com base na participação estatal na alienação, sendo atendidos os requisitos (Sarmiento, 2023):

De acordo com a doutrina, para a incidência do princípio, é imprescindível que: **(i) haja base objetiva para a confiança, ligada ao comportamento estatal; (ii) a confiança exista subjetivamente para o particular; (iii) este pratique atos juridicamente relevantes com base nessa confiança; e (iv) a confiança venha a ser frustrada, por ato também estatal.** (grifo nosso)

Contudo, parece mais adequado a responsabilização do Estado pela prática do ato ilícito, já que a vedação para dispor sobre a terra indígena também afeta um dever de não agir estatal. A possibilidade de responsabilização depende de um dano sofrido, uma ação ou omissão antijurídica do Estado e um nexo de causalidade com a ação (Justen Filho, 2023).

Nesse sentido, o dano decorre da alienação de um bem indisponível feito pelo Estado para o terceiro, já que a responsabilidade de proteger a boa-fé de suas ações é da Administração Pública, sendo incabível opor conduta ao indivíduo que dispõe da legítima confiança na probidade dos atos. A retirada dos indivíduos criará novos imbróglios, pois estes não concorreram para a violência indígena, tampouco gostariam de serem expropriados por atos independentes da sua vontade. Essa situação seria benéfica em demasia para o Estado, pois passaria a ter o bem como seu, mas iria desconsiderar os indivíduos de boa-fé, gerando uma dupla oneração sobre o mesmo fato.

A ação estatal com objeto constitucionalmente nulo não poderia ser pactuada, pois, incorreria fraude à lei, sendo a distribuição de terras por empresas de colonização inválida, gerando um ato ilícito do Estado pela falta de atenção normativa, contemporânea ao negócio jurídico, já que preexistia normas desde o período colonial de proibição de remoção forçada dos indígenas de suas terras, mas acima da discussão, a norma constitucional prevalece, invalidando os atos, e tornando a atuação negocial ilícita por expressa disposição.

Por fim, existe um nexo de causalidade entre a ação estatal e o dano material que será suportado por terceiros de boa-fé, pois é advinda do vínculo negocial entre as partes. Desse modo, a superveniência de uma nulidade constitucional outrora permitida ataca apenas o último detentor da posse, e este poderá ser ressarcido, se provar a boa-fé da cadeia dominial.

Importante definir o momento da indenização para o ocupante de boa-fé. Comparativamente, a desapropriação, via de regra, utiliza o método de indenização

prévia para a consecução da apropriação estatal do imóvel<sup>8</sup>. Contudo, a aplicação na demarcação de terras seria prejudicial ao deslindar do procedimento, pois condicionaria a saída dos terceiros ao pagamento.

Do ponto de vista da celeridade, seria mais benéfico haver a liquidação do quantum e o efetivo pagamento por meio de uma ação apartada para não incidir em demora semelhante na responsabilização do Caso Xukuru. Portanto, caso seja necessário, a ação autônoma será utilizada para a verificação do valor controvertido do processo administrativo.

A indenização do ocupante de boa-fé deve ser feita autonomamente, no valor da propriedade, sem afastar o reassentamento feito pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, conforme o regulamento do procedimento demarcatório.

Concluindo, os posseiros que demonstrarem boa-fé em sua cadeia dominial, principalmente, com a demonstração de negócios jurídicos feitos com as autoridades estatais terão direito à indenização superior às das benfeitorias úteis ou necessárias, como prevê o texto constitucional, considerando que muitos particulares seriam prejudicados por ações ilícitas dos governos locais.

Deve haver uma interpretação sistemática da Constituição, tendo em vista o interesse de não convalidação de atos ilícitos para nenhum dos envolvidos, tanto a violência contra os indígenas, quanto a invalidade negocial dos particulares.

---

<sup>8</sup> O Supremo fixou a tese entendendo ser cabível indenização justa e prévia: "Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que tituló a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do art. 37, §6º da CF" (Brasil, 2023).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, observa-se um avanço inaugurado pela Constituição de 1988, na proteção dos povos indígenas. A nova Constituinte atentou-se para a organização de um sistema de proteção, na forma de dispositivos com uma outra perspectiva para essas populações, por exemplo, a propriedade das terras ocupadas, a competência da União para legislar sobre mineração nas terras, preservação da língua, uso, costume e tradições (Silva, 2012).

Os fatores reais de poder, na perspectiva de Lasalle, influenciam sobremaneira na concretização das normas, pois em uma mesma situação podem coexistir interesses indígenas, agrários, militares, ambientais e governamentais. De modo que, a compatibilização de uma maneira satisfatória nem sempre consegue atingir um grau satisfatório, o que gera um prejuízo à paz social das partes.

Nesse sentido, os avanços humanitários alcançaram também os indígenas, incluindo normas se comparado com a Constituição de 1967, que apenas trazia proteção à posse permanente das terras que habitam e reconhecia o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. Uma interpretação vaga e frequentemente descumprida para dar finalidade aos anseios desenvolvimentistas do período.

A violência histórica ainda se perpetua atualmente, produzindo a duras penas uma sociedade profundamente marcada pela herança colonial, sem conseguir avançar para um novo período no tempo, por estar presa à reiteração de um ciclo de arbitrariedades.

A evolução legislativa revela uma proteção incipiente e isolada para determinadas tribos, sem standardização de uma norma concreta aplicável para resolver as questões referentes ao direito dos indígenas. O acentuado esforço dirigido para garantir a ordem social sobreveio da Constituição de 1988, com a quebra das concepções impostas aos povos originários, abandonando a lógica assimilacionista para tutelar a defesa dos valores éticos e culturais de cada etnia.

Em síntese, o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol é, sem dúvidas, paradigmático. As inovações elencadas pelo precedente, sejam elas positivas ou negativas, alteraram diametralmente os contornos da situação indígena no Brasil. O caráter polissêmico da interpretação de seu conteúdo material provocou debates acerca da vontade do magistrado para definir as respostas para os problemas postos.

A vinculatividade fraca da decisão não conseguiu sustar os problemas sociais, e em certa medida, aumentaram o nível de insegurança jurídica para a definição do status normativo indígena, dado que ainda não se definiu por uma superação de entendimento ou pela sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, foi necessário entender a perspectiva internacional sobre a matéria, e como os Tribunais de Direitos Humanos estão resolvendo esses conflitos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos consolida suas considerações no reconhecimento do direito dos indígenas à terra, naquilo que chama de propriedade coletiva ou comunitária, uma construção do artigo 21 da Convenção Interamericana.

A interpretação do conceito de propriedade integrada com os valores únicos das comunidades indígenas não passa despercebido pelo direito, no entender da Corte, gerando o dever de reconhecimento e proteção estatal. Logo, a ocupação indígena sobre determinado local, mesmo quando existiu a remoção forçada sem perda de vínculo, obriga o Estado a tutelar essas relações com a finalidade de propiciar meios adequados de sobrevivência aos indígenas.

O Brasil foi responsabilizado pela demora na demarcação no Caso Xukuru, mesmo sendo motivado por ações sem ligação com o processo de demarcação e a permanência de indivíduos não-indígenas no local, o prolongamento do procedimento pode gerar mais condenações para o País, desprestigiando os compromissos humanitários internacionais firmados.

Os avanços constitucionais desenvolvidos são sinais do amadurecimento brasileiro na matéria para resolver os conflitos, mas a ausência de prazo razoável para finalização da demarcação coloca em risco a credibilidade do procedimento. Os entendimentos da Corte permitem assimilar que a negativa de reconhecimento a terras legitimamente indígenas e o delongamento administrativo da delimitação serão responsabilizados e revertidos na Corte.

Portanto, a permanência na aplicação da teoria do fato indígena pode culminar em reprimenda na Corte, pois os precedentes indicam para a verificação do liame cultural dos indígenas, afastando a determinação de uma data para aferir ocupação permanente.

No âmbito interno, a caracterização da terra tradicionalmente ocupada deve ser entendida como aquelas habitadas permanentemente, com utilização para atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu

bem-estar, e necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições, conforme o artigo 231, §1º da Constituição.

O requisito aplicável para definição do status jurídico da terra deve ser o estabelecido no artigo 231, §1º da Constituição, sem acréscimos ou ressalvas. Assim, permitiria o retorno dos indígenas esbulhados em momento anterior, mas que não perderam o vínculo com sua terra, apenas estavam impedidos de regressar pela permanência da situação de violência. A quebra da ancestralidade da terra requer o abandono do objeto pelos povos habitantes no local, já que as normas mandamentais não protegem terras imemorais perdidas naturalmente.

O Povo Xokleng ilustra a situação de violência silenciosa perfeitamente, pois mesmo sem um conflito físico ou jurídico, a grave ameaça pairava sobre a comunidade, que só retornou às terras após a redemocratização. Nesse caso, os conceitos do marco temporal e o esbulho renitente serviriam para convalidar situações inconstitucionais perpassadas por esses povos.

Ainda nesse contexto, a indenização do terceiro de boa-fé da terra nua ressalva o dispositivo constitucional da indenização de benfeitorias, porque nesses casos específicos, houve a participação do Estado na venda dos títulos públicos, gerando ato ilícito e responsabilidade civil estatal.

A nulidade dos negócios jurídicos sobre terras indígenas deve ser temperada, tendo em vista a superveniente mudança constitucional sobre a matéria. Os efeitos dos fatos consumados permanecem, sem alterar a cadeia dominial formada. Contudo, os efeitos dos negócios jurídicos atuais sofreram a nulificação constitucional, tornando-os inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Evidentemente, a questão indígena deve ser tratada com maior seriedade, caso se pretenda estabelecer definitivamente uma paz social. No entanto, os reflexos da decisão prolongaram-se muito mais do que o traçado na sentença, alcançando o patamar de referência, mesmo que ainda incompreensível, nos ditames das esferas de poder do Brasil.



## REFERÊNCIAS

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **O Marco Temporal e uma prática constitucional assimilacionista**: índios, direitos originários e territorialidade. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal. Brasília: ANPR, 2018.

ARNAUD, Expedito. **Aspectos da legislação sobre os índios do Brasil**. Museu Goeldi. 1973.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Geral da União. **Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU**. 19 jul. 2017. Consultor Geral da União: André Rufino do Vale. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-GMF-05-2017.htm). Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 426, de 24 de julho de 1845**. Contêm o Regulamento ácerca das Missões de catechese, e civilização dos Indios. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/387574/publicacao/15771126> . Acesso em: 18.set.2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de Abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em 18.set.2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.356, de 26 de Abril de 2018**. Homologa a demarcação administrativa da terra indígena Baía dos Guató, localizada no Município de Barão de Melgaço, Estado de Mato Grosso. Disponível em: A [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9356.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.356%2C%20DE%2026,que%20lhe%20confere%20o%20art](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9356.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.356%2C%20DE%2026,que%20lhe%20confere%20o%20art). Acesso em: 18.set.2023.

BRASIL. **Lei Complementar 73, de 10 de Fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm). Acesso em 18.set.2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2010.406%2C%20DE%2010%20DE%20JANEIRO%20DE%202002&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art.,e%20deveres%20na%20ordem%20civil). Acesso em 18.set.2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão- Populações indígenas e Comunidades Tradicionais. **Análise da antijuridicidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU**, que estabelece o dever da Administração Pública Federal, direta e indireta, de observar, respeitar e dar efetivo

cumprimento, de forma obrigatória, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas. NOTA TÉCNICA Nº 0 2 /2018-6CCR. 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2018/nt02\\_2018.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2018/nt02_2018.pdf). Acesso em: 18.set.2023.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AREsp 1640785-MS**. Administrativo. Mandado de Segurança. certificação de georreferenciamento de imóvel rural. sobreposição a terra indígena. inviabilidade. declaração de posse indígena permanente em portaria do Ministro da Justiça. recursos do Incra e do Mpf providos. Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 25/10/2022, DJe 27/10/2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201903757645>. Acesso em 18.set.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular nº 3.388**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Ação Popular nº 3.388**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento 1033710-96.2018.4.01.0000**. Agravo de instrumento da decisão pela qual o Juízo, na ação por eles proposta contra a União e a Fundação Nacional do Índio (Funai), visando à declaração de nulidade da Portaria 1.750, de 2009, do Ministério da Justiça, por meio da qual os territórios de suas fazendas, e de seus antecessores, foram considerados integrantes da Terra Indígena Guató, denegou o pedido de suspensão, pela Funai, dos procedimentos subsequentes à demarcação da área controvertida como Terra Indígena. Recorrente: Ana Maria Marcondes et all. Recorrido: União Federal e Funai. AG 1033710-96.2018.4.01.0000.14 de dezembro de 2018. Juiz Federal Leão Aparecido Alves. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/12/690fb17f638ee843237f7a25ab184fb7.pdf>; Acessado em 10.jun.2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

CIDH. **Caso da Comunidade Mayagna Awas Tingni Vs. Nicarágua**. 2001. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf). Acesso em 18.set.2023.

CIDH. **Caso do eu Povo Saramaka vs. Suriname**, 2007. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf> Acesso em 18.set.2023.

CIDH. **Caso do Povo Xukuru e Membros vs. Brasil**, 2018. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf) Acesso em 18.set.2023.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório**: textos temáticos. Brasília: CNV, 2014.

CONHEÇA a história do povo Xokleng, no centro do debate sobre direitos indígenas no STF. **Conselho Indigenista Missionário**, 16 out. 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/10/conheca-historia-povo-xokleng-centro-debate-direitos-indigenas-stf>. Acesso em: 18.set. 2023.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos índios**: ensaios e documentos. São Paulo: editora brasiliense,1987.

GONTIJO, André Pires. Imperialismo dos direitos humanos? o tratamento controverso da proibição de edição de leis de anistia como norma de jus cogens pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: Encontro Nacional do Conpedi XXVIII,2019, Goiânia, **Encontro**. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 177-197.

HABIB, Paulo Victor Pinheiro Alves; RIBEIRO, Jeancezar Ditzz de Souza. O caso raposa serra do sol sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Lex Humana**, Petrópolis, RJ, v. 13, n. 1, p. 182-203, 2021.

HESSE , Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. O reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos das vítimas coletivas como sujeitos do Direito Internacional: análise da evolução jurisprudencial em casos de reclamos territoriais dos povos indígenas. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 12, p. 383-400, 2012.

LUNARDI, Fabricio Castagna. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINS, Ives Gandra. Dos Índios. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 420-434.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil e seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ Hennies Irmãos, 1912.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *In*: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar. (org.). **A decisão constitucional vinculante**. São Paulo : MÉTODO, 2011.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 95, p. 107-120, 2000.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. 1. Ed. São Paulo: Edunisc, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Terras Indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”**: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE no 1.017.365. Rio de Janeiro, 30 de julho de 2023.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, José Afonso. Parecer. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 17-42.

SOUZA FILHO, C. F. M. O direito de ser povo. *In*: Clèmerson Merlin Clève (org.). **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2014. v. III. p. 619-640.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares de. Dos índios. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1. p. 2251-2260.

WIJK, Flavio Braune. Povos indígenas no Brasil: Xokleng. **Instituto Socioambiental**, 25 jan. 2021. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xokleng>. Acesso em: 10 ago. 2023.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. **Revista Direito GV**, v. 6, p. 145-157, 2010.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. v. 1.