

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Raissa Cupertino Resende

**A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE DEMARCAÇÃO DE
TERRITÓRIOS INDÍGENAS E A EFETIVIDADE DO DIREITO ORIGINÁRIO
PREVISTO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Belo Horizonte
2020

Raissa Cupertino Resende

A judicialização do procedimento de demarcação de territórios indígenas e a efetividade do direito originário previsto pela Constituição Federal de 1988

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Escola Superior Dom Hélder Câmara.

Orientadora: Maraluce Maria Custódio

Belo Horizonte
2020

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Raissa Cupertino Resende

A judicialização do procedimento de demarcação de territórios indígenas e a efetividade do direito originário previsto pela Constituição Federal de 1988

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de Conclusão, da Graduação em Direito – Modalidade Convencional – da Escola Superior Dom Helder Câmara, como requisito para aprovação final e obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Maraluce Maria Custódio

Aprovado em: ___/___/___

Orientador(a)

Nota: _____

Belo Horizonte
2020

RESUMO

Embora o Constituinte Originário tenha reconhecido aos povos indígenas seu direito territorial e tenha estabelecido a competência da União para demarcar essas terras, a interferência judicial não tem permitido concretizar esta determinação constitucional. A procura pelo Poder Judiciário, na verdade, tem se tornado um pretexto explícito dos opositores não-indígenas em inviabilizar o reconhecimento territorial e tem atribuído, assim, ao Judiciário uma dificuldade em desempenhar seu papel de garantidor da ordem jurídica e dos direitos, no que toca a temática indígena. A presente monografia, portanto, tem por objetivo analisar a relação da judicialização do procedimento de demarcação de terras indígenas com a não efetividade do direito originário garantido pela Constituição Federal de 1988. Para que isso fosse possível, foi adotado para a pesquisa o método indutivo, por meio da pesquisa exploratória, documental e análise bibliográfica. Analisou-se, no primeiro momento, a historicidade legislativa do direito territorial indígena, bem como se apontou conceitos importantes para a compreensão da importância do direito originário. Posteriormente, foi especificado o desenrolar do procedimento demarcatório, apresentando, também, a evolução legislativa do decreto responsável por regular este procedimento. Neste ponto, percebeu-se que, por mais que o atual Decreto 1.775/96, seja o mais completo de todos, ainda há uma resistência por parte dos não-indígenas em atribuir a ele credibilidade e autoexecutoriedade. No último capítulo, demonstrou-se através da análise de casos concretos o fenômeno da judicialização, de forma a possibilitar a visualização das consequências diretas que a extrema interferência judicial tem causado aos povos indígenas. Conclui-se, portanto, a íntima relação entre a judicialização do procedimento demarcatório e a não efetividade do direito originário, seja em razão da morosidade do reconhecimento territorial, na ignorância do Poder Judiciário quanto ao Direito Indigenista e consolidação do pensamento hegemônico, bem como na tentativa de desvirtuar uma proteção dada pelo próprio Constituinte através de uma reinterpretação inconstitucional do termo “terra tradicionalmente ocupada”.

Palavras-chave: Direito originário. Efetividade. Judicialização. Procedimento demarcatório. Território.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2.1 Historicidade das legislações e teoria do Integracionismo e Indigenato	9
2.2 Conceitos propedêuticos para compreender a temática indígena	16
2.2.1 <i>Terra ou território indígena</i>	16
2.2.2 <i>Terras tradicionalmente ocupadas</i>	18
3 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA	21
3.1 Histórico legislativo do procedimento demarcatório	22
3.2 Do procedimento administrativo do Decreto nº 1.775/98	25
4 A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO DE TERRAS INDÍGENAS	29
4.1. O procedimento demarcatório perante os Tribunais	34
4.1.1 <i>O contraditório e a intimação pessoal como fundamento da judicialização</i>	34
4.1.2 <i>Laudo antropológico: importância e questões polêmicas</i>	37
4.1.3 <i>A mera existência de ação judicial e sua capacidade de interromper o procedimento demarcatório</i>	42
4.2 A reinterpretação constitucional de terra tradicionalmente ocupada feita através do caso da TI Raposa Serra do Sol	45
4.2.1 <i>Marco temporal (Teoria do Fato Indígena) e renitente esbulho</i>	46
4.2.2 <i>Os reflexos da reinterpretação dos direitos originários</i>	52
4.2.2.1 <i>Aplicação das teses do renitente esbulho e marco temporal</i>	53
4.2.2.2 <i>Vedação à ampliação do território indígena</i>	57
4.2.2.3 <i>Repercussão Geral do RE 1.017.365/SC</i>	58
4.3 As consequências da judicialização do procedimento demarcatório	60
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

A luta indígena envolvendo seus territórios não é um fenômeno recente. Os povos indígenas desde a colonização do Brasil, têm buscado se protegerem e se manterem em suas terras que são, constantemente, invadidas ou tomadas. Essas expulsões, que se perfazem até os dias de hoje, trouxeram como consequência inúmeras aquisições destes territórios por parte de indivíduos não-indígenas, o que intensificou os conflitos territoriais.

O procedimento administrativo de demarcação foi criado com o intuito não só de reconhecer um determinado território como sendo indígena, mas possibilitar, em tese, uma proteção deste direito territorial em face destas tentativas de violação. A demarcação também permite garantir, como explana Araújo Junior (2016), o exercício pleno de outros direitos indígenas como da saúde e educação, tendo em vista a relação direta destes com a terra, o que torna ainda mais necessária a sua efetividade. Certo é que, ao longo do reconhecimento territorial, vários são os obstáculos que tornam o procedimento demorado e, às vezes, ineficaz.

A judicialização do procedimento demarcatório tem sido atualmente, um dos principais obstáculos à efetividade do direito originário dos povos indígenas. De acordo com Villares (2013), o Poder Judiciário, em regra, deveria ser acionado apenas em último caso e somente para analisar a observância ou não do procedimento administrativo ao princípio da legalidade. Contudo, a demanda judicial tem sido excessiva, inclusive, visando à análise do mérito, ou seja, se o magistrado declara ou não o espaço territorial como sendo tradicionalmente ocupado, mesmo que os estudos antropológicos, feitos administrativamente, já apontem para o reconhecimento territorial. Assim, retira-se indiretamente a legitimidade do procedimento demarcatório, tendo em vista que este era para ser essencialmente administrativo, mas vem se tornando também judicial (VILLARES, 2013), o que agrava sua morosidade como menciona Samara Carvalho (2020).

Embora o procedimento administrativo seja rigoroso e criterioso em sua elaboração, aos olhos dos interessados não-indígenas ele parece não ter nenhuma autoexecutoriedade e credibilidade. O Poder Judiciário acaba então sendo demandado pela mera insatisfação dos não-indígenas com o resultado do procedimento demarcatório.

Apesar de o Poder Judiciário ter como atribuição garantir o exercício e proteção dos direitos individuais e coletivos, no que diz respeito à questão indigenista a atribuição parece ser exercida no viés contrário. A análise e discussão sobre o tema se faz necessária, portanto, em razão de a interferência judicial no procedimento demarcatório obstar não só o reconhecimento territorial, mas também os costumes, tradições, línguas e crenças dos povos indígenas, desrespeitando assim a lógica pluriétnica da Constituição Federal de 1988.

Tem-se, portanto, como problema de pesquisa qual a relação entre o fenômeno da judicialização do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas e a não efetividade do direito originário destes povos. Nesse sentido, as respostas percorrem sobre algumas hipóteses. A primeira é de que as decisões judiciais tendem, quase sempre, a confirmar o reconhecimento feito em via administrativa, o que implica numa dupla análise desnecessária sobre a mesma questão e que, conseqüentemente, atrasa o exercício dos direitos dos povos indígenas, que ficam, em sua maioria, em situação de vulnerabilidade durante todo este processo. A segunda hipótese se dá quanto a não eficácia do Poder Judiciário em solucionar controvérsias que envolvam o reconhecimento territorial indígena, em razão da especificidade do Direito Indigenista. Alguns magistrados insistem em atribuir ao direito originário qualidade de direito de posse/propriedade do Direito Civilista, o que implica numa condução processual e interpretação legislativa que impedem ou atrasam a sua efetividade.

Para a realização desta pesquisa, foi utilizado o método indutivo, por meio da pesquisa exploratória, documental e análise bibliográfica. Com relação ao objetivo geral, a pesquisa foi a exploratória, tanto no que se refere à análise de exemplos de judicialização do procedimento demarcatório, como os levantamentos bibliográficos. Estes foram feitos com o intuito de estimular a compreensão do leitor para a possível relação entre a judicialização e a não efetividade do direito originário. Foram utilizadas também, como fontes primárias, em especial, o Decreto-Lei nº 1.775/96 e a Constituição Federal de 1988, e como fontes secundárias a visão de juristas e estudiosos do Direito Indigenista, através do estudo de obras doutrinárias, artigos, monografias e dissertações.

No primeiro capítulo fez-se uma contextualização do direito territorial indígena, apontando o histórico das legislações brasileiras que abarcaram, de alguma forma, o direito dos povos aos seus territórios. Também foram conceituados alguns termos importantes para a

compreensão da questão, quais sejam: a diferença entre terra e território e o significado de terra tradicionalmente ocupada. Esta primeira parte, visou posicionar o leitor no que tange ao ramo do Direito Indigenista voltado a territorialidade, permitindo, além disso, a visualização da tentativa, cada vez mais explícita, pelo menos em tese, do ordenamento jurídico em proteger e garantir aos indígenas os seus direitos.

No segundo capítulo, foi demonstrada a evolução legislativa quanto ao rito do procedimento administrativo de demarcação de terra indígena e apontado às fases que o integram, descrevendo sobre cada uma delas. Por fim, no último capítulo se analisou, especificamente, o fenômeno da judicialização e, através da análise de casos concretos, observaram-se algumas das recorrentes argumentações utilizadas para justificar a interferência do Judiciário ao longo do procedimento demarcatório. Aproveitou-se também para demonstrar que a recorrente judicialização implicou em uma mudança interpretativa, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quanto ao conceito de terra tradicionalmente ocupada, prejudicando sobre maneira os povos indígenas na sua luta territorial. Assim, pretendeu-se apontar, neste último capítulo, a forma como o Poder Judiciário tem atuado em face das questões territoriais indígenas e que as consequências levam diretamente a não efetividade do reconhecimento territorial à luz do que foi proposto pelo Constituinte Originário.

2 DIREITO TERRITORIAL INDÍGENA

Os povos indígenas se diferenciam muito um dos outros sejam pela língua falada, seus usos, costumes e tradições. Contudo, independentemente disto, no âmbito do Direito, suas reivindicações e urgências são as mesmas, principalmente ao que diz respeito ao reconhecimento de seus territórios.

A relação com a terra, em qualquer cultura indígena, é transcendental, ou seja, ultrapassa a visão civilista de que terra significa apenas um bem patrimonial e que permite a exploração econômica. Na visão indígena terra é “o suporte material para as relações sociais, a cultura, as tradições e as crenças de cada comunidade indígena” (VILLARES, 2013, p. 97).

Por ser o meio que lhes permitem, portanto, manter a sua história, se conectar com seus antepassados e continuar exercendo o seu “ser”, bem como possibilitar a garantia dos demais direitos coletivos e subjetivos, é que o direito territorial indígena se tornou a principal pauta de discussão e exigência de proteção e reconhecimento.

2.1 Historicidade das legislações e teoria do Integracionismo e Indigenato

A demanda dos povos indígenas envolvendo seus territórios faz parte da história do Estado Brasileiro e isto se comprova, inclusive, por meio das legislações que, ainda no decorrer do período colonial, ofereciam tratamento diferenciado aos direitos indígenas quanto às suas terras.

O Alvará Régio de 1º de abril de 1680 pode ser considerado o marco inicial quanto ao “reconhecimento legal e explícito, por parte do Estado, do direito territorial indígena” (BARBOSA, 2001, p. 63). Nele se havia a previsão de que, durante a concessão de terras, deveria ser garantido o direito dos indígenas, enquanto primários e naturais “senhores delas” (IMPÉRIO DO BRASIL, 1680). Compreendia-se, portanto, que os povos indígenas detinham um direito

especial às terras, em primeiro lugar porque independia da existência de título que as legitimassem e em um segundo ponto, por tratar este direito como sendo natural, inerente ao fato de ser indígena.

Sobre o Alvará de 1680, o jurista Marco Antônio Barbosa explica bem a questão ao lecionar que:

O referido Alvará, que trata do indigenato, dispunha, na verdade, sobre terras que antes dessa data já haviam sido transferidas à particulares por concessão da Coroa português, através do instituto jurídico das sesmarias. O que o Alvará veio esclarecer é que, mesmo no caso das terras havidas por particulares através das sesmarias, a aquisição não ocorria jamais sobre parcelas de terras que se constituíssem em habitação indígena. É importante ainda ressaltar que o Alvará não se referia apenas a terras onde os índios estivessem habitando antes da concessão aos particulares, mas também a terras que mesmo depois de concedidas a particulares viessem a ser ocupadas pelos índios descidos do sertão (...) (BARBOSA, 2001, p. 69).

Surge-se, a partir daí, o que o jurista João Mendes Junior (1912) denominou de Indigenato. Esta teoria visa reconhecer que o direito territorial indígena não advém de circunstâncias fáticas ou jurídicas, e sim se fundamenta “no fato de que seu título é legítimo e adquirido congenitamente, pela própria vida, ao passo que a ocupação não-índia depende de ser legitimada, através de título adquiridos” (VILLARES, 2013, p. 104).

Posteriormente, foi instituída no Brasil a primeira legislação que dispunha sobre o direito de propriedade ainda no período colonial. A Lei nº 601 (1850), também conhecida como Lei de Terras, regulamentava a questão fundiária advinda do instituto das sesmarias, bem como passava a exigir que as terras consideradas devolutas só pudessem ser adquiridas através da alienação. Neste último ponto cabe à análise quanto à temática dos povos indígenas e seus territórios, como informa Luiz Fernando Villares:

Uma análise feita atualmente do art. 3º da Lei de Terras, indicaria com clareza que as terras indígenas não seriam terras devolutas, seja porque elas têm uso público, seja porque são consideradas de posse ou de domínio particular dos índios. De acordo com Fernando da Costa Tourinho Neto, se os índios eram donos das terras, de acordo com o Alvará Régio de 1680, não revogado, as terras que foram concedidas, as sesmarias, nem perdidas pela guerra não poderiam ser consideradas devolutas. Estavam elas no domínio dos índios, por título congênito, que independia de legitimação. (VILLARES, 2013, p.101).

As terras indígenas, portanto, por terem sido reconhecidas como sendo direito congênito destes povos e, conseqüentemente, não serem *res nullius* (terra de ninguém)

(MENDES JUNIOR, 1912, p. 59) não estariam sujeitas a eventuais alienações por parte do Império. Em razão disto e visando a aquisição destas terras para a expansão fundiária, foi que houve a criação dos chamados aldeamentos, “espaços delimitados pelo Estado e administrados por este ou por ordens religiosas [...] no intuito de reunir os indígenas para atividades civilizatórias, reserva de mão de obra e para a liberação de terras para a colonização” (CAVALCANTE, 2016, p. 10).

É possível perceber assim, como bem informa Marco Antônio Barbosa (2001) que, embora a legislação portuguesa já tivesse reconhecido aos indígenas do Brasil seus direitos territoriais e a necessidade de proteção, na prática começou uma tentativa de reverter esta situação. No momento em que o Império passou a reunir os povos indígenas nos chamados aldeamentos, este movimento se deu com dois objetivos claros: 1) promover a civilização destes povos e, conseqüentemente, a sua integração na sociedade brasileira; 2) liberar seus territórios para que estes pudessem ser considerados, em tese, devolutos e passíveis, portanto, de alienação.

Assim, a sociedade não-indígena, como o próprio Império/Estado formou a ideologia de que era necessário integrar os povos indígenas à comunidade nacional, para que estes fossem considerados cidadãos comuns e, portanto, não detivessem proteção/direitos especiais. Iniciou-se, a partir de então, a consolidação de uma nova teoria, a do Integracionismo, que acabou por legitimar a usurpação dos territórios indígenas promovida pelo próprio Império que, posteriormente, foi dada continuidade pelo Estado Brasileiro.

A assimilação, portanto, visava principalmente obter vantagens no que diz respeito aos territórios indígenas. Tentou-se retirar de cena, a interpretação de que estes povos detinham direitos às terras e que estes eram anteriores a qualquer outro direito de posse ou propriedade (teoria do Indigenato). Esta tentativa se deu através da integração dos povos à sociedade nacional, ao passo que na medida em que os indígenas iriam se integrando e tornando-se cidadãos, perderiam estes direitos específicos.

Já em âmbito constitucional, a temática territorial indígena apareceu, pela primeira vez, na Constituição Brasileira de 1934, ao mencionar em seu artigo 129 que: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhe, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934). Posteriormente, as Constituições seguiram esta mesma orientação, como informa Thiago Leandro Vieira Cavalcante:

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 garantiram aos indígenas apenas a posse das terras em que se encontravam permanentemente localizados. Portanto, a ênfase estava na habitação permanente; não se pensava em outras áreas necessárias para a sobrevivência e para a reprodução física e cultural dos povos indígenas. (CAVALCANTE, 2016, p. 03).

Ao se mencionar o termo “permanentemente localizados”, as Constituições compreendiam que a importância para o reconhecimento territorial estava no fato de os povos indígenas se encontrarem fixos em um determinado local. Ou seja, colocava-se como critério para definição de território a noção de habitar, fisicamente, um único lugar.

Embora a Constituição começasse a prever determinados direitos, importante frisar que estes ainda se davam sob a lógica do pensamento assimilacionista. Assim, só detinham direito à posse aqueles que ainda não haviam sido integrados totalmente à sociedade nacional e não fossem considerados, ainda, como cidadãos brasileiros. Importante frisar também, quanto as Constituições de 1934, 1937 e 1946, a observação do Procurador da República Júlio José Araújo Júnior (2018, p. 159) de que “a forma como esse direito seria implementado não é explicitado por essas Constituições, que tampouco cuidaram expressamente do papel da União ou dos Estados na garantia dessas terras”.

A Constituição de 1967, como bem observou Cavalcante (2016) inovou ao prever o direito ao “usufruto exclusivo dos recursos naturais” (BRASIL, 1967) por parte dos povos indígenas. Durante os mencionados períodos ressalta-se que houve também a criação de dois órgãos, consecutivos, com o intuito de exercer um papel tutelar sobre os povos indígenas. Primeiramente, pelo Decreto nº 736/1936, criou-se o denominado Serviço de Proteção aos Índios (SPI) que, anos depois, foi substituído pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), através da Lei 5.371/1967.

Observa-se, portanto, que ao longo dos anos, a temática indígena não teve grandes alterações legislativas e que visassem a real efetividade quanto à proteção e reconhecimento dos direitos mencionados. A lei era um tanto quanto genérica ao dispor sobre o direito territorial indígena, já que se quer havia um conceito quanto ao que poderia ser considerado como terra indígena (CAVALCANTE, 2016), apenas fazendo menção sobre a necessidade de os povos se encontrem “permanentemente localizados” nela.

Em 1973, através da criação do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), iniciou-se uma tentativa de se estabelecer alguma definição quanto a questão, na medida em que dispôs expressamente que:

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição; (Regulamento) (Vide Decreto nº 22, de 1991) (Vide Decreto nº 1.775, de 1996)

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. (BRASIL, 1973).

O primeiro inciso mantém a ideia das Constituições quanto à necessidade de os indígenas permanecerem localizados em suas terras, para que estas pudessem ser reconhecidas enquanto território. Com relação ao inciso II, segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012) as terras reservadas seriam aquelas que não haviam sido ocupadas pelos povos indígenas em nenhum momento, sendo adquiridas pelo Estado, em primeiro lugar, para depois serem destinadas e entregues aos povos indígenas. Já o último inciso inova ao determinar que as terras adquiridas privativamente por um ou mais indígenas, através de títulos aquisitivos, também estariam protegidas. Assim, embora o Estatuto tenha feito estas classificações, em nenhum momento, apresentou um conceito concreto sobre o que viria a ser território indígena.

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito e a estruturação dos povos indígenas quanto à lógica do sistema jurídico nacional, começaram a haver fortes mobilizações indígenas reivindicando maior efetividade quanto aos direitos declarados nas legislações. Sobre este ponto, afirma Júlio José (2018, p. 178) que “no fim da década (ditatorial), a causa indígena ganhou força, e os pleitos de reconhecimento dos direitos daqueles povos às suas terras passaram a ter o apoio de diversos setores sociais”. Iniciou-se, assim, ainda segundo o mesmo jurista, um movimento social com o intuito de relatar as violações sofridas quanto ao direito territorial, seja pela falta de demarcação, pelas invasões, impactos referentes à expansão fundiária e até mesmo os “deslocamentos forçados” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 179).

Neste mesmo período, houve também uma mudança de pensamento da sociedade, que não mais se declarava como homogênea, iniciando-se uma construção pelo reconhecimento de que ela é e sempre foi pluriétnica. A Assembleia Constituinte, formada no ano de 1987, foi

criada com este propósito, de instaurar uma mudança nacional em âmbito institucional e legislativa, com relação as inúmeras questões que clamavam por ressignificação.

A Constituição Federal de 1988 realmente inovou no ordenamento jurídico brasileiro e isto se deu graças a esta participação democrática, principalmente de minorias sociais em sua elaboração. Em primeiro lugar frisa-se que houve a retomada da teoria do Indigenato, agora expressamente declarada pela Constituição. Abandonou-se então a ideia de que os indígenas perderiam seus direitos territoriais quando integrados à sociedade não-indígena, bem como consolidou o fato de que estes direitos independem de títulos aquisitivos e precedem todo e qualquer outro direito, como o de propriedade (instituto civilista), denominando, assim, os direitos indígenas às terras como direitos originários. Neste sentido é a manifestação do jurista Marco Antônio Barbosa:

Foi coerente jurídico-historicamente com a tradição do direito indigenista luso-brasileiro, que desde as leis portuguesas consagrou o indigenato, instituto jurídico através do qual se reconhece, no Brasil, direito congênito aos índios sobre as terras que ocupam, independente de título aquisitivo, não sujeito à legitimação e fora do sistema romanístico da posse e da propriedade, contemplado pela legislação civil. (BARBOSA, 2001, p. 87).

A Constituição Federal de 1988, portanto, não inaugurou a teoria do Indigenato, nem a noção de direito originário, ao contrário, apenas desfez a visão integracionista que as legislações anteriores insistiam em impor com relação aos indígenas e seus direitos. Ademais, finalmente houve a definição de terra indígena através do termo “terras tradicionalmente ocupadas” e se atribuiu à própria cultura indígena, o papel de demonstrar ao Estado, através de seus “usos, costumes e tradições” o que deveria ser considerado como tradicional.

A Constituição passou a orientar a sociedade no sentido de que terra indígena não se direciona mais somente ao espaço territorial de ocupação para moradia fixa (ideia apresentada por Constituições anteriores que, como já mencionado, utilizavam o termo “permanentemente localizados” para conceituar o direito territorial indígena). Território indígena passou a ser todo o espaço que é utilizado, de alguma forma por estes povos, adotando-se, assim, uma visão antropológica, na medida em que se “determinou que abrangesse espaços de importância cultural e simbólica para os povos indígenas” (APARICIO, 2018, p. 35)

É possível dizer também que a Constituição Federal de 1988 declarou, indiretamente, que os direitos territoriais indígenas são direitos fundamentais destes povos, como orienta Júlio José Araujo Junior:

Os direitos territoriais indígenas são formal e materialmente fundamentais: possuem fundamentalidade formal, por estarem previstos na Constituição (constituição formal), e vincularem de forma imediata as entidades públicas e particulares, nos termos do art. 5º, §1º, e fundamentalidade material, tendo em vista a conexão do direito à terra tradicionalmente ocupada com o princípio da dignidade da pessoa humana. (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 199).

Importante destacar que a mudança de tratamento oferecido aos povos indígenas foi feita, inclusive, em âmbito internacional. Destacam-se aqui dois movimentos legislativos internacionais que foram importantes e que proporcionaram também, de forma reflexa, um maior reconhecimento e proteção dos direitos indígenas dentro do território nacional dos Estados signatários.

O primeiro foi a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 5.051/04 e recentemente consolidada pelo Poder Executivo através do Decreto nº 10.088/2019. Nesta Convenção houve o estabelecimento, em seu artigo 13, sobre a necessidade de os governos, que fizessem parte da Convenção, respeitarem a cultura e os valores espirituais dos povos indígenas com relação às suas terras ou territórios. Já em seu artigo 14, foi declarada a necessidade de reconhecimento dos direitos de posse e propriedade sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Posteriormente, no ano de 2007, houve a aprovação da Declaração do Direito dos Povos Indígenas através da Organização das Nações Unidas, que já vinha sendo discutida desde 1985, como aponta Fernando Mathias e Erika Yamada (2010), advogados do Instituto Socioambiental (ISA). De acordo com a UNESCO, o ISA e a United Nations Information Centre (UNIC-Rio), em documento emitido no ano de 2008 explicando sobre a referida Declaração, esta se tornou importante ao passo que registrou “o compromisso dos Estados para tomarem medidas a fim de ajudar e garantir que os povos indígenas tenham respeitados os seus anseios e decisões sobre os assuntos que lhes dizem respeito” (BRASÍLIA, 2008). Este movimento internacional, em específico, trouxe um ponto que merece destaque no que toca a

temática territorial indígena, já que foi uma reafirmação do que já tinha sido disposto pela Convenção 169 da OIT.

A ONU, através da Declaração, reconheceu a necessidade de os povos indígenas serem consultados de forma livre e prévia, bem como informados a respeito da “adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza” (MATHIAS, Fernando; YAMADAS, Erika, 2010). Contudo, em uma interpretação extensiva, percebe-se que esta necessidade de informação prévia e, principalmente, no que toca ao consentimento, também deve ser observada sobremaneira durante a judicialização do procedimento demarcatório das terras indígenas.

Assim, apesar de a Constituição Federal de 1988 (em âmbito nacional), a Convenção nº 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas (em nível internacional) terem garantido reconhecimentos aos povos indígenas, principalmente ao determinar a imprescindibilidade de estes se fazerem ouvir, certo é que ainda há muito que se discutir e requerer, pois a legislação, por si só, não tem sido capaz de garantir a efetividade destes direitos.

2.2 Conceitos propedêuticos para compreender a temática indígena

Para se compreender a temática indígena no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos territoriais, é importante que se faça análise de alguns conceitos importantes à compreensão da questão.

2.2.1 Terra ou território indígena

Ao contrário do que se imagina os termos terra e território, sob a ótica do direito indigenista, não são sinônimos, mas nem por isto deixam de se complementar. Segundo

Dominique Tilkin Gallois (2004) esta diferença se dá quanto à intenção desta conceituação: “A noção de “Terra Indígena” diz respeito ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de “território” remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial.” (GALLOIS, 2004, p. 39). Assim, quando se trata do processo de reconhecimento territorial o conceito correto, aos olhos de Gallois, seria “terra indígena”. Caso contrário, se esta conceituação fosse somente para remeter a uma análise da relação entre os povos e a terra, o termo utilizado deveria ser “território”.

Com base nesta rápida análise e observando a disposição constitucional, é possível chegar à conclusão de que apesar de o artigo 231 ter utilizado o termo “terra”, o Constituinte, na verdade, quis fazer a alusão a território. A noção de território é possível de ser percebida pela determinação de se fazerem respeitados os “usos, costumes e tradições” (BRASIL, 1988), bem como por compreender que o reconhecimento deve se dar quanto ao espaço utilizado para habitação permanente, realização de atividades produtivas, preservação dos recursos ambientais e também para manter a sua reprodução física e cultura, segundo artigo 231, §6º da CF/88.

Esta diferenciação entre terra e território é tão importante a ponto de, em âmbito internacional, ter sido mencionada através do artigo 13, da Convenção nº 169 da OIT (2004):

A utilização do termo terras nos artigos 15 e 16 compreende o conceito de território, que recobre a totalidade do meio ambiente das regiões que os povos interessados ocupam ou que eles utilizam de uma outra maneira. (BRASIL, 2004)

É possível perceber, pelo que dispõe a Convenção, um outro aspecto quanto a esta diferença. Terra seria aquela parcela do espaço territorial que se encontra fisicamente ocupada pelos povos, ou seja, com moradias. Enquanto que, território é um conceito mais amplo e abstrato e que deve ser analisado sob a ótica de cada povo indígena, já que são eles que determinam, segundo a Constituição Federal de 1988, o que é necessário para sua sobrevivência e manutenção cultural.

Fica definido, portanto, que terra é a “materialização ou a base espacial do território” (BRAGATO; BIGOLIN NETO, 2016, p. 160), enquanto território é tudo aquilo que permite a subsistência, o exercício e respeito de outros direitos indígenas, como aponta Julio José Araujo Junior:

A posse dos índios de suas terras não se relaciona a uma questão física de mera apreensão de um bem, pois se trata de espaço de sobrevivência cultural e de reprodução

de seus modos de vida. Por isso se invoca a expressão território, que vai além da ocupação física contida no termo “terras”. Há lugares sagrados, de manutenção da vida social e de organização econômica a serem considerados. O território é um espaço em torno do qual gravitarão os outros direitos, inclusive à saúde e à educação diferenciadas. (ARAUJO JUNIOR, 2016, p. 14).

Constrói-se então, a partir daí, a noção de “terra tradicionalmente ocupada”.

2.2.2 Terras tradicionalmente ocupadas

A Constituição Federal de 1988, como já mencionado, ficou conhecida como sendo a primeira que reconheceu a sociedade brasileira como sendo pluriétnica e isto trouxe reflexos, inclusive, no tratamento dado ao reconhecimento territorial indígena. Desta forma, dispõe o artigo 231, §1º da CF/88:

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

O território indígena, assim, deve ser identificado pelo Estado observando-se as características e noções de território de cada povo, fazendo valer o pensamento pluriétnico sustentado constitucionalmente. Embora somente nesta Constituição tenha se deixado explícito que a relação entre povos indígenas e terra é diferente, tal ideia já vinha sendo compreendida e defendida por alguns juristas em tempos mais remotos. A exemplo disto tem-se o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Victor Nunes Leal, que proferiu seu voto no julgamento do RE 44.585/MT (1961), manifestando-se no sentido de que o território indígena seria o “habitat de um povo” (1961):

[...] aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios... O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes... Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos, “trata-se do habitat de um povo”. (STF. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 44.585. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília. DJ: 30/08/1961).

Mencionar o termo *habitat* é demonstrar que a terra, para os povos indígenas, não somente é aquilo que lhes permitem a sua subsistência, mas todo aquele “ambiente ou conjunto de condições e circunstâncias físicas e geográficas onde vivem e se desenvolvem” (PRIBERAM, s/d). É neste sentido o entendimento de Nilza Bispo Brito:

Reesink (2011) considera que o território indígena é também seu *habitat*, ou seja, o território se dá de um modo mais abrangente e se constitui a partir de uma complexa relação entre o sociocultural, o conjunto humano e o ambiente natural. Para os indígenas eles próprios fazem parte da constituição do seu território ao passo que este território também faz parte do indivíduo (BRITO, 2015, p.5).

Importante apontar também para o fato de que o termo “tradicionalmente ocupadas”, como aponta Julio José (2018, p. 215) “não se confunde, pois, com a ocupação imemorial ou usucapião imemorial, pois não é necessário resgatar terras que ocuparam no passado e que se perderam na memória”.

Além disso, há uma outra consideração a se fazer com relação a colocação constitucional de que as terras tradicionalmente ocupadas devem ser reconhecidas segundo os “usos, costumes e tradições” de cada povo. O Constituinte observou que não caberia ao Estado, como detentor de uma cultura diversa, determinar o que deveria ou não ser considerado como território. Neste sentido dispôs Rebeca Ariel Aparecida de Campos Ferreira citando Carolina Ribeiro Santana: “É preciso reconhecer que as garantias jurídicas que operem somente a partir dos conceitos e do léxico da cultura Ocidental não suprem as demandas indígenas.” (2015, p. 20 *apud* FERREIRA, 2019, p. 365).

Na mesma ótica é o entendimento do Procurador da República, Julio José Araujo Junior:

Como afirma Carlos Frederico Marés, a Constituição reconhece como legítima uma ordem que ela mesma desconhece, uma vez que a organização social dos povos indígenas se baseia nos usos, costumes e tradições. Diante disso, a lei não é capaz de enquadrar aquela realidade dinâmica ou mesmo dar conta, sob parâmetros já estabelecidos (social e juridicamente), dos novos paradigmas apresentados. (ARAUJO JUNIOR, 2016, p. 15).

É, por isto, que os estudos antropológicos de identificação, realizados no procedimento de demarcação de terra, bem como as colocações do próprio povo indígena devem prevalecer quando da análise do reconhecimento territorial, pois são eles que tornam concreto o

conceito de território indígena. Além disso, importante frisar que a Constituição Federal de 1988 definiu “a ocupação tradicional a partir dos modos de ocupação” (CAVALCANTE, 2016, p. 10), não havendo, em nenhum momento, menção sobre “tempo de ocupação indígena em uma determinada área” (CAVALCANTE, 2016, p. 10), ao contrário do que o Poder Judiciário tem manifestado recentemente em suas decisões, como se verá mais adiante.

3 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA

O procedimento administrativo de demarcação de terra indígena foi previsto, pela primeira vez no Brasil, através da Lei 6.001/1973. Esta legislação, denominada como Estatuto do Índio, prevê este procedimento em seu artigo 19 dispondo que: “As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.” (BRASIL, 1973).

Em primeiro lugar, cumpre destacar a natureza jurídica da demarcação de terra, tendo em vista que este processo não é o que constitui o território como sendo indígena. O próprio Estatuto do Índio menciona em seu artigo 25 que: “O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas [...] independerá de sua demarcação” (BRASIL, 1973). Isto se dá em razão de a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido, como já mencionado, que os direitos territoriais destes povos são originários, ou seja, não houve a criação de um novo direito, apenas afirmou-se que este já era preexistente ao Estado e aos direitos dos não-indígenas, como o de propriedade.

Sobre isto dispõe Roberto Lemos dos Santos Filho que:

A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre as suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios a terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela CF. (SANTOS FILHO, 2005, p. 2).

Assim, em razão desta característica de o procedimento ser meramente declaratório e por serem as terras indígenas de propriedade da União, segundo artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal (1988), é que compete única e exclusivamente ao Poder Executivo Nacional o reconhecimento destes territórios. Todavia, como se pretende demonstrar, a maioria dos procedimentos acaba sendo definido, sobretudo, com a participação do Poder Judiciário, o que tem implicado, como consequência, na não efetividade dos direitos territoriais indígenas.

Ressalta-se, também, o fato de que o Estatuto do Índio delegou ao próprio órgão federal de assistência ao índio, a FUNAI, a competência para iniciar e orientar o processo de

demarcação. Esta questão inclusive é levantada pelos opositores às causas indígenas – como será analisado mais a diante -, sob o argumento de que a FUNAI seria totalmente parcial à causa e que, portanto, o procedimento administrativo perderia a sua credibilidade.

3.1 Histórico legislativo do procedimento demarcatório

Feitas estas primeiras colocações, importante analisar o histórico dos decretos do Poder Executivo que, ao longo do tempo, dispuseram sobre como se daria este procedimento de reconhecimento de terras indígenas.

O procedimento do Decreto nº 76.999/1976 foi o primeiro e mais simples. Segundo Souza Filho (2012) era necessário apenas um relatório circunstanciado feito somente por antropólogo e engenheiro/agrimensor (nomeados pela própria FUNAI), que deveria demonstrar a área a ser demarcada para, posteriormente, ser submetida à aprovação por parte do Presidente da República e registro no Serviço de Patrimônio da União (SPU).

Em 1983, houve a edição do Decreto nº 88.118, que inovou ao criar o denominado Grupo Técnico para analisar o reconhecimento e delimitações previamente realizadas pelos técnicos e especialistas da FUNAI. Este grupo era composto, de acordo com o artigo 2º, § 3º por “representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio e de outros órgãos federais ou estaduais julgados convenientes” (BRASIL, 1983). Após o parecer deste grupo, o pedido de reconhecimento territorial era encaminhado diretamente ao Presidente da República para delimitação, demarcação física e homologação, sendo, posteriormente, também registrado.

Um ano antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, um novo decreto foi instaurado para continuar a dispor sobre o procedimento demarcatório. O Decreto nº 94.945/1987 acrescentou somente, através do seu artigo 2º, § 3º, a participação da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional, quando os territórios em questão estivessem “localizadas na faixa de fronteira” (BRASIL, 1987).

Até então, os decretos do Poder Executivo eram criados para regular apenas o que dispunha o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) em seu artigo 12, já que esta era a única legislação que mencionava, diretamente, sobre a necessidade de demarcação de terras indígenas. Embora as Constituições mencionassem sobre os direitos territoriais, elas não faziam esta menção direta sobre a necessidade de reconhecer, formalmente, estes territórios.

Em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal houve, pela primeira vez, em âmbito constitucional, a previsão de tal instituto. O Constituinte compreendeu que através da estipulação de limites territoriais, por meio da demarcação, possibilitaria o Estado a garantir maior proteção e efetividade aos direitos indígenas que envolvessem direta ou indiretamente seus territórios. Sobre isto menciona Souza Filho (2012, p. 149) que “a demarcação de terras indígenas somente é necessária para sua própria proteção física, mas não se pode deixar de protegê-las juridicamente ainda que não haja demarcação”.

Tendo em vista as mudanças de paradigma que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Executivo editou novo Decreto para regulamentar a questão do reconhecimento territorial dos povos indígenas. O Decreto nº 22/1991, inovou em alguns aspectos, sendo o principal deles, sem dúvidas, a participação dos povos indígenas ao longo do procedimento. Pode-se concluir que isto ocorreu em razão da alteração constitucional acerca da necessidade de a demarcação respeitar os “usos, costumes e tradições” destes povos.

Nesse mesmo sentido, o decreto acabou por determinar que o Grupo Técnico, de forma prévia, deveria produzir estudos “etnohistóricos, sociológicos, cartográficos e fundiários” (BRASIL, 1991). Ou seja, o procedimento de demarcação passou a ser um processo multidisciplinar e bem categórico.

Outro aspecto importante foi que o novo decreto dispôs que o Ministro da Justiça publicasse um “plano de demarcação de terras indígenas visando cumprir o disposto no artigo 67, da ADCT” (SOUZA FILHO, 2012, p. 152). Este artigo menciona sobre o prazo de 5 anos contados da promulgação da Constituição Federal de 1988, para que fossem demarcadas todas as terras indígenas conhecidas à época. Salienta-se que este prazo foi apenas uma confirmação sobre a necessidade urgente de que as terras indígenas fossem demarcadas o mais rápido possível, principalmente por este prazo já não ter sido cumprido, pelo Poder Executivo, quando da imposição legal do artigo 65, do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73).

O decreto nº 22/1991 fez uma ressalva, também, no que diz respeito aos territórios indígenas que já haviam sido demarcados com base em legislações anteriores. Em seu artigo 11, facultou à FUNAI revisar estas terras em razão de, possivelmente, elas não terem sido reconhecidas com base na noção de território para o próprio povo indígena. Sobre isto menciona o Ex-Procurador Geral da Funai, Luiz Fernando Villares (2013, p. 126): “Como a Constituição de 1988 adotou novo paradigma para o reconhecimento de terras indígenas, todas as demarcações realizadas anteriormente devem ser revistas e readequadas, mesmo que confirmem seus limites.”.

Embora este último decreto trouxesse estas mudanças significativas, sob a lógica da política indigenista, ele também causava desconforto nos opositores. A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica, principalmente no que diz respeito à condução dos processos judiciais e administrativos. Houve a determinação de que princípios basilares, como do contraditório e da ampla defesa, deveriam ser sempre respeitados em todo e qualquer processo judicial e administrativo.

Em razão disto, boa parte dos juristas e doutrinadores, contrários à demarcação de terras indígenas, começaram a fundamentar a inconstitucionalidade do procedimento administrativo demarcatório em razão de não haver, no Decreto nº22/89, a previsão dos mencionados princípios gerais do direito. Contudo, antes mesmo que as teses de inconstitucionalidade fossem julgadas, o Poder Executivo realizou novo Decreto prevendo, o tão desejado, princípio do contraditório. Assim dispõe o art. 2, § 8º, do Decreto 1.775/98:

Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinente [...] para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório [...] (BRASIL, 1998).

Em razão de a maioria dos territórios indígenas abrangerem em partes propriedades de não-indígenas, certo é que o conflito de direitos é quase inevitável quando há o reconhecimento administrativo dessas terras. Assim, em tese, a previsão do contraditório, durante o procedimento demarcatório, garantiria este debate sem a necessidade de eventuais intervenções do Poder Judiciário, sendo este acionado, somente, em último caso e para revisar os atos

administrativos em respeito ao princípio da legalidade. Todavia, não foi este o resultado alcançado na prática, como narra Souza Filho:

Com um ano de prática de contraditório, pouca coisa mudou, nem as “contestações” às demarcações têm qualquer consistência que tenha alterado o resultado final, nem têm, como declarava solenemente o governo, evitado que novas ações judiciais venham a ser interpostas contra os atos. (SOUZA FILHO, 2012, p. 153).

Conclui-se, a partir desta análise, que o procedimento de demarcação de terras indígenas, com o passar dos anos, se tornou cada vez mais complexo. Esta complexidade, embora tente atribuir, hoje, com maior precisão o conceito de território pelos povos indígenas, também acabou inferindo maior morosidade ao reconhecimento e efetividade a estes direitos.

3.2 Do procedimento administrativo do Decreto nº 1.775/98

O procedimento para o reconhecimento formal de um território indígena é composto por 4 fases: identificação e delimitação; declaração e demarcação física; homologação e registro.

A primeira etapa é a mais complexa, tendo em vista que é através dela que se determina se um território deve ou não ser considerado tradicionalmente ocupado, norteador, assim, todas as demais fases do procedimento. Para que se dê início à demarcação, é preciso que a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) tome conhecimento acerca de um território indígena não demarcado, o que, na maioria das vezes, é comunicado pelo próprio povo indígena que requer o reconhecimento territorial, como mencionado por Luiz Fernando Villares (2013).

A FUNAI, a partir daí, tem a discricionariedade de dar início ou não ao procedimento demarcatório. Na prática, esta escolha leva em conta a urgência e, principalmente, a existência de recursos financeiros suficientes para contratação de todos os profissionais necessários à realização dos estudos. Sobre isto menciona Villares:

A carência de recursos materiais e humanos para realizar as demarcações de terras indígenas força a Administração Pública a exercer com totalidade a discricionariedade administrativa, prevendo as demandas e a possibilidade de seu atendimento, inclusive fazendo um juízo de urgência e oportunidade para considerar qual terra deva e possa ser identificada em primeiro lugar. (VILLARES, 2013, p. 129).

Aprovado pelo presidente da FUNAI a necessidade de se iniciar um procedimento demarcatório, há a nomeação de um antropólogo, responsável pela coordenação do que o Decreto 1.775/96 denominou de “estudo antropológico de identificação” (BRASIL, 1996). Este estudo é realizado sob o viés etno-histórico, sociológico, jurídico, cartográfico e ambiental, contando com a participação, portanto, de um Grupo Técnico formado por profissionais de várias áreas, mas todos de preferência servidores da Instituição.

De acordo com o artigo 2º, § 6º, do mencionado Decreto, após a conclusão destes estudos, o grupo deve apresentar um relatório circunstanciado de identificação e delimitação (RCID). Este relatório é regulamentado pela Portaria da FUNAI nº 14/1996 e é de extrema importância. O RCID é que define a extensão do território indígena que se requer o reconhecimento, bem como demonstra e explica, de forma exaustiva, o porquê de aquela terra ser considerada, pelos povos indígenas, como sendo tradicionalmente ocupadas por eles.

Este relatório deve ser produzido com muita cautela e rigor formal por parte do Grupo Técnico, pois quando da judicialização do procedimento demarcatório, os principais argumentos utilizados pelos opositores são apresentados na tentativa de invalidação deste relatório. Neste sentido, dispõe Gladstone Avelino Britto sobre alguns relatórios produzidos sobre terras indígenas no Estado do Mato Grosso:

O exame de quatorze resumos de RCID de terras indígenas localizadas no estado de Mato Grosso, publicados no Diário Oficial da União, revelou que nenhum fez uma vinculação entre os vértices descritos no RCID a alguma função ambiental, social ou relacionada às necessidades específicas do grupamento indígena considerado. A fundamentação para cada ponto escolhido é essencial para conferir segurança jurídica ao trabalho. (BRITTO, 2013, p. 51).

Apesar da importância prática do estudo antropológico e do RCID, pretende-se demonstrar que o fenômeno da judicialização tem atribuído a eles certa desqualificação.

Finalizado o relatório, este é apresentado ao Presidente da FUNAI para que ocorra a publicação, no Diário Oficial, segundo termos do artigo 2º, § 7º, do Decreto 1.775/96. Apesar de a legislação mencionar que a contestação ao procedimento demarcatório possa ser feito desde o seu início, ou seja, desde o estudo antropológico de identificação, na prática é a partir da

publicação do RCID que os interessados se manifestam contrários ao pedido de reconhecimento territorial indígena.

O prazo para esta contestação é bem longo, já que, de acordo com artigo 2º, § 8º, do Decreto 1.775/96, pode ocorrer até 90 dias após a realização da publicação do RCID. O princípio do contraditório, portanto, é mais do que oportunizado, ao contrário do que se alega perante o Poder Judiciário quando da tentativa de invalidar demarcações territoriais indígenas.

Feita as contestações administrativas por parte dos interessados, a FUNAI tem 60 dias para emitir um parecer e encaminhar todo o procedimento ao Ministro da Justiça, de acordo com o artigo 2º, § 9º, do Decreto 1.775/96. Assim, abre-se o prazo de 30 dias para que o Ministro decida sobre a questão, conforme artigo 2º, § 10º, da mencionada legislação.

Caso o Ministro da Justiça entenda pelo reconhecimento do território indígena, emite-se uma portaria declaratória mencionando sobre a questão. Segundo Villares (2013, p. 133), esta portaria “não é bastante para reconhecer formalmente o direito do índio a sua terra tradicional, mas simples etapa do procedimento, que se efetiva posteriormente”. Contudo, há processos judiciais que tentam interromper o procedimento administrativo assim que se publica esta portaria. Quanto a efetivação da demarcação, esta se dá, então, a partir da determinação da demarcação física e homologação desta por parte do Presidente da República, nos termos do artigo 5º, do Decreto 1.775/1996.

Sobre a homologação menciona Villares (2013, p. 134) que “é o ato administrativo que reconhece a legalidade de todo procedimento, de caráter meramente declaratório e não constitutivo, pois não cria, extingue ou modifica relações jurídicas”. Ato final ao procedimento demarcatório é o registro em cartório imobiliário ou na Secretaria do Patrimônio da União (SPU), conforme artigo 6º, do Decreto 1.775/1996.

O reconhecimento territorial indígena, através deste processo administrativo demarcatório, impõe a União o “dever de fiscalizar qualquer ilegalidade perpetrada, seja o uso indevido das riquezas naturais pelos não-índios, o garimpo, a mineração, o aproveitamento hidrelétrico de seus rios, a invasão [...]” (VILLARES, 2013, p. 134), bem como permite a retirada dos ocupantes do território nos termos do artigo 4º, do Decreto 1.775/96.

Embora tenha se demonstrado, até aqui, que o procedimento demarcatório não é o que constitui o direito territorial dos povos indígenas, certo é que na prática “tem se dado mais

importância à demarcação do que à realidade” (SOUZA FILHO, 2012, p. 148). Além disso, o próprio procedimento administrativo se quer tem sido suficiente para garantir o reconhecimento territorial às estes povos, já que a maioria dos processos de demarcação tem sido levados a apreciação do Poder Judiciário na tentativa, quase sempre, de inibir a realização da demarcação física e efetividade do direito originário.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO DE TERRAS INDÍGENAS

O reconhecimento do direito indígena aos seus territórios é uma questão que envolve o interesse não só dos povos indígenas, mas de uma grande parcela da sociedade. Existe quem possua suposto direito sobre estas terras, bem como existem inúmeras pretensões de cunho econômico sobre elas. Por haver, portanto, tais conflitos de interesses é que a maioria dos procedimentos demarcatórios acaba ficando atrelado a algum processo judicial:

Atualmente, essas intervenções judiciais, que deveriam ser eventuais, configuram-se como verdadeiro fenômeno que nos permite afirmar, sem exagero, que o Poder Judiciário se tornou – informalmente – mais um dos atores a participar das fases do procedimento administrativo de demarcação de TIs, influenciando ou, até mesmo, ordenando ao Poder Executivo quais decisões devem ser tomadas. Tornou-se raro encontrar procedimento demarcatório em que não haja judicialização. (SANTANA, 2018, p. 457 *apud* SANTOS, 2020, p. 52).

Na visão social, o Poder Judiciário parece ser o único órgão capaz de declarar direitos, tendo assim somente a sua decisão credibilidade e efetividade de cumprimento perante a sociedade. Neste sentido se posiciona o advogado Antonino Moura Borges (2014, p. 123) ao mencionar que: “Estaria a tranquilidade social reinando se o Judiciário fosse invocado para dizer o direito no caso concreto através do instrumento da ação demarcatória”. Ou seja, tenta se renegar o procedimento demarcatório declarado constitucionalmente, sob o enfoque de que o procedimento correto seria apenas o judicial, através de uma eventual ação demarcatória prevista pelo Código Civil. Iguala-se, assim, o direito territorial indígena ao direito de propriedade/posse civil.

Em primeiro lugar, ressalta-se o fato de que prevalece no Estado Democrático Brasileiro o princípio da separação dos três poderes. A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988), do qual se extrai a colocação de Juliana Santos Guedes:

[...] os poderes que compõem a estruturação estatal brasileira são, a priori, independentes, por isso não devem se submeter uns aos outros, devendo, portanto, terem autonomia. Devem, também, serem harmônicos, comprometendo-se ambos os poderes a

obedecerem parâmetros adotados, possibilitando, assim, a co-existência entre eles. (GUEDES, 2012, p. 6).

Não há que se falar, portanto, em qualquer hierarquização entre estes poderes. Ademais, no contexto, ora em análise, em razão de a própria Constituição Federal de 1988 ter atribuído a União à respectiva competência para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, permite-nos compreender que a declaração que reconhece estes territórios tem igual força e credibilidade como uma eventualmente emanada pelo Poder Judiciário.

Não se pretende excluir aqui, da apreciação do Judiciário, a legalidade do procedimento demarcatório, tendo em vista, principalmente, o fato de que este pode levar a nulidade de “atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras” (BRASIL, 1988). Assim, a judicialização da questão, em regra, deveria ocorrer somente com este fim: de revisar e controlar os atos do Poder Executivo quanto à observância ou não do princípio da legalidade. Neste sentido aponta Luiz Fernando Villares:

Esse poder de reconhecer a nulidade de títulos jurídicos, que até então perduram seus efeitos, é sujeito a controle pelo Poder Judiciário, que analisa a conduta da Administração num cotejamento com as leis vigentes, de modo que o espaço de liberdade do indivíduo seja garantido contra arbitrariedades. (VILLARES, 2013, p. 144).

Embora haja a requisição do Poder Judiciário, realmente, para análise do rito do procedimento de demarcação de terras, certo é que estes acabam se demonstrando, ao final, meramente protelatórios ao reconhecimento efetivo dos direitos territoriais indígenas. Além disso, muita das demandas judiciais tem levado também a apreciação do mérito da questão, o que implica, portanto, numa tentativa de desqualificar o que é feito ao longo de todo o procedimento administrativo de demarcação de terras.

Há quem compreenda, também, que o Judiciário seria o único a ter imparcialidade para dirimir sobre a questão territorial indígena. Segundo este posicionamento, o procedimento demarcatório é totalmente parcial, uma vez que é presidido pela própria FUNAI e antropólogos, ou seja, interessados na defesa dos direitos indígenas. Neste sentido aponta Antonino Moura Borges:

[...] o referido Decreto coloca a FUNAI que é parte interessada para realizar em causa própria a demarcação, portanto, fere o princípio basilar da isonomia processual [...] na apuração dos fatos para lastrear um relatório, tudo pende só no sentido de favorecer os interesses da FUNAI [...] (BORGES, 2014, p. 145).

Contudo, ressalta-se que o procedimento demarcatório não é realizado exclusivamente pela FUNAI e seus servidores, estes apenas orientam os estudos e o seu regular prosseguimento, como bem afirma Villares:

[...] as terras indígenas tradicionalmente ocupadas são demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, a fundação nacional do índio – Funai, mas o ato administrativo de demarcação é atribuição exclusiva do Presidente da República (VILLARES, 2012, p. 127).

No mesmo sentido Juliana de Paula Batista e Mauricio Guetta fazem sua colocação:

[...] não se pode dizer que a Funai é o órgão exclusivamente responsável, pois a demarcação de terras indígenas é ato administrativo complexo, que necessita da conjugação de análises da Funai, do ministro da Justiça e do presidente da República para se tornar perfeito e acabado, além do que passa pela análise e controle de incontáveis técnicos vinculados a cada uma dessas instâncias, sendo permitidos o contraditório e a ampla defesa de qualquer dos eventuais interessados, a teor do disposto no Decreto n.º 1.775/1996. (BATISTA; GUETTA, 2018, p. 253).

Assim, não se justifica a judicialização da questão sob o argumento de que o Poder Judiciário seria o único órgão a declarar o direito com real imparcialidade.

Segundo o sociólogo Lino João de Oliveira Neves, o constante questionamento jurídico foi ensejado, principalmente, em razão da previsão da fase do “contraditório”, ao longo do procedimento de demarcação:

O Decreto 1.775/1996 estabelece de fato a possibilidade de contestação judicial dos direitos dos índios às terras que ocupam, enquanto as medidas governamentais anteriores permitiam aos interesses contrários aos índios atuarem muito mais no sentido de interferir nas etapas do processo em si e obstruir sua tramitação do que de negar o direito indígena (NEVES, 1998, p. 119).

A existência do contraditório administrativo acabou criando, portanto, um precedente para que a questão também fosse, quase sempre, levada a apreciação por parte do Poder Judiciário. Sobre a judicialização, Antonino Moura Borges compreende que:

Se não contestado o direito dos índios em demarcação administrativa, este ato é meramente declaratório porque é o direito já reconhecido na ordem jurídica, a partir do art. 231 da CF/88, portanto, estamos diante apenas de uma formalização. No entanto, se contestado por alguém com título legítimo, há de ser remetido à apreciação do Judiciário ex vi do art. 5º, XXXV da CF/88, atendendo o princípio da jurisdição única. (BORGES, 2014, p. 133).

Certo é que esta colocação não deve prosperar em razão de que, como já mencionado, havendo o reconhecimento territorial indígena, através do RCID, não há que se falar em conflito de direitos (indígenas e propriedade/posse civil), pois a Constituição Federal de 1988 aponta em seu artigo 231, §6º que: “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras [...]” (BRASIL, 1988). Se na existência de “título legítimo” (BORGES, 2014, p. 133) tivesse que haver a análise do Poder Judiciário para declaração de nulidade destes títulos, o próprio Constituinte Originário teria feito esta previsão no dispositivo constitucional mencionado. Assim, através da contestação administrativa, por si só, é possível que o Ministro da Justiça e o Presidente da República compreendam se há realmente ou não terra tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas.

O reconhecimento territorial tem ganhado, portanto, uma conotação não mais de mera declaração de direitos originários, como previsto pela Constituição Federal de 1988, mas sim de uma “sentença de um juiz que concede aos índios a possibilidade de permanecerem em tais terras” (NEVES, 1998, p. 120). Tendo em vista o fato de que a maioria dos processos demarcatórios não são apenas administrativos, sendo “acompanhado inexoravelmente por vários processos judiciais que o questionam” (VILLARES, 2013, p.145), importante frisar que, em tese, esta judicialização, que ocorre em sua maioria por parte dos não-indígenas, não poderia ocorrer em qualquer momento, nem através de qualquer ação. Assim dispõe Luiz Fernando Villares:

[...] o pedido de prestação jurisdicional com o propósito de declarar a nulidade do procedimento demarcatório praticado por ato final do Presidente da República, ao passo em que reivindica judicialmente o domínio da área em questão, só pode ser aceito quando se tem a homologação formalmente acabada. Os efeitos que se querem evitar, a perda da propriedade ou da posse da terra, só se verificam no ato homologatório. (VILLARES, 2013, 146).

O Poder Judiciário deveria então ser acionado, em regra, somente após o reconhecimento formal, feito pelo Presidente da República, de que aquele determinado território é considerado como sendo indígena. Contudo, como também ressalta o mencionado doutrinador, o que se percebe são as inúmeras ações judiciais, durante quase todo o procedimento de demarcação de terras, o que implica na morosidade ainda maior do reconhecimento efetivo. Neste sentido aponta Samara Carvalho Santos:

[...] a judicialização das questões territoriais indígenas passou a ser um dos fatores que muito contribuiu para a complexidade e morosidade dos processos demarcatórios, tendo em vista que a concessão de liminares nos processos judiciais tende a paralisar muitos procedimentos administrativos em curso [...] (SANTOS, 2020, p. 53).

Com relação às decisões judiciais que proferem liminares, estas também merecem críticas. Conforme Villares (2013) apesar de nas ações judiciais, se restarem comprovadas o *fumus boni iuris*, ou seja, a probabilidade do direito (em razão de suposto título de posse/propriedade), o *periculum in mora*, segundo requisito que justifica a decisão liminar, não se encontra presente na maioria dos casos, já que, em muitos deles, não houve o decreto homologatório do reconhecimento territorial. O doutrinador também menciona que:

Essa discussão mostra claramente como o Poder Judiciário acolhe as mais infundadas ações e chega a discutir em processos que envolvam terras indígenas restrições tão grandes à atividade administrativa que vão de encontro a toda tradição jurídica do Estado moderno (VILLARES, 2013, p. 152).

Conceder liminar ou proferir qualquer decisão judicial, sob o enfoque de interromper o procedimento administrativo de demarcação de terra, resta “sem eficácia o mandamento constitucional que prescreve à União o dever de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas por índios, procedimento que, hodiernamente administrativo, passará a essencialmente judicial.” (VILLARES, 2012, p. 152). Ou seja, retira-se o sentido do procedimento demarcatório, já que tanto ele quanto o processo judicial, acabam discutindo as mesmas questões, implicando, apenas na não efetividade do direito originário.

No que diz respeito às possíveis ações que podem ser ajuizadas, dispõe o artigo 19, § 2º, do Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) que: “Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.” (BRASIL, 1973). O interdito possessório é um gênero de ação que se subdivide em três: reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório. Todas essas ações discutem, apenas, o direito real de posse, ou seja, em eventual judicialização em razão do reconhecimento territorial indígena é incabível a discussão, somente, da posse. Como visto, a declaração do território indígena anula e extingue todo e qualquer título aquisitivo e, conseqüentemente, o direito a posse de um terceiro não-indígena, como aponta Luiz Fernando Villares (2013).

Embora a via judicial possa ser uma alternativa para os próprios indígenas, na busca da efetividade de seus direitos territoriais, em sua maioria são os opositores às causas indígenas que mais demandam o Poder Judiciário, como aponta Samara Carvalho Santos (2020). Assim, em razão desta recorrente procura do Judiciário, serão analisados alguns casos de judicialização do procedimento demarcatório, a fim de se observar alguns pontos que são discutidos ao longo do processo judicial e demonstrar, assim, que a interferência judicial não é mais eficaz do que o procedimento administrativo. Além disto, será demonstrado que o Poder Judiciário, principalmente através do Supremo Tribunal Federal, tem atuado de forma contrária ao reconhecimento das terras indígenas e, conseqüentemente, não tem exercido o seu papel de garantidor da Constituição Federal quanto ao direito originário destes povos.

4.1. O procedimento demarcatório perante os Tribunais

No intuito de visualizar o fenômeno da judicialização na prática, serão apontados a seguir algumas questões discutidas tanto pelos não-indígenas, quando do ajuizamento da ação, como pelo próprio magistrado, quando do julgamento, e que nos levam a observar a relação entre: a interferência judicial, a morosidade do reconhecimento territorial e a não efetividade do direito originário. Os povos indígenas claramente tem sido os mais prejudicados, revelando o não cumprimento de uma proteção especial dada pela própria Constituição Federal.

4.1.1 O contraditório e a intimação pessoal como fundamento da judicialização

Como visto, o contraditório administrativo abriu brechas para que a insatisfação dos não-indígenas, quanto ao reconhecimento territorial, tomasse maior proporção no âmbito judicial. Segundo Antonino Moura (2014), a causa primeira para a judicialização é o fato de que a FUNAI, de forma unilateral, preside o procedimento, oportunizando o contraditório somente depois de já realizado os estudos e tendo sido este encaminhado ao Ministro da Justiça. De

acordo com este doutrinador, isto é uma total afronta a princípios basilares do Direito Brasileiro, como a ampla defesa e o contraditório.

Em primeiro lugar, como já mencionado, segundo o artigo 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/96, o contraditório é oportunizado “desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação” (BRASIL, 1996) do RCID (Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação). Como segundo ponto, o contraditório que é realizado após os estudos, tende a ser muito mais completo do que o realizado antes disto, já que é somente após o RCID que é possível saber qual a extensão do território que será pleiteado o reconhecimento, bem como quais os motivos que levaram a esta conclusão. Ou seja, o RCID permite que os interessados possam refutar, de forma específica, todos os pontos destacados pelo Grupo Técnico a fim de fazerem valer os seus supostos direitos ou interesses.

Existe uma diferença, contudo, entre oportunizar o contraditório e concordar com os argumentos apresentados por estes interessados. O que se visualiza na prática e insatisfaz os não-indígenas, é justamente a não concordância do Ministro da Justiça com as colocações feitas por eles. Diante destas negativas e, conseqüentemente, não aceitação por parte dos interessados, é que estes buscam o Poder Judiciário na tentativa de alcançarem uma decisão favorável a eles.

Este foi o caso, por exemplo, do processo judicial ajuizado em face do reconhecimento territorial Yvy-Katu, do povo Guarani Ñandeva, do Mato Grosso do Sul. Segundo consta na decisão monocrática da ex-Ministra Denise Arruda (2006), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), foi impetrado mandado de segurança de nº 10.994/DF, sob a justificativa de os impetrantes não terem sido intimados do procedimento demarcatório e somente terem tomado conhecimento “após as invasões promovidas pelos indígenas” (STJ, 2006, p. 3), inviabilizando assim, segundo eles, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. Todavia a ex-Ministra relatora compreendeu que:

No caso dos autos, não houve cerceamento de defesa, tampouco ocorreu violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois o processo administrativo foi regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96), oportunizando-se o acesso aos autos e o oferecimento de defesa pelos impetrantes, cujas contestações foram exaustivamente analisadas pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, pela Procuradoria Federal Especializada e pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. (STJ. Primeira Seção. Mandado de Segurança nº 10.994. Relator: Min. Denise Arruda. Brasília. Dje: 27/03/2006).

No mesmo sentido foi a judicialização que visava à nulidade do reconhecimento do território indígena Piaçaguera, na cidade de Peruíbe/São Paulo, do povo Tupi-Guarani, através do MS nº 34.250/DF. O espólio de Leão Benedito de Araújo Novaes, que detinha suposto título de propriedade em face do espaço territorial objeto de demarcação, utilizou como um dos seus argumentos o fato de que o Município “não teve uma participação efetiva, posto que suas razões, ventiladas administrativamente mediante impugnação, sequer foram consideradas e apreciadas no bojo do processo” (STF. Plenário. Mandado de Segurança 34.250. Relator: Celso de Mello. Brasília. Dje: 05/10/2020, p. 4). Contudo, como restou demonstrado pela União, em sua defesa, e considerado o argumento pelo ex-Ministro Relator, Celso de Mello (2020), não houve violação do contraditório, tendo a FUNAI respondido todas as contestações apresentadas, porém estas não alteraram a compreensão pelo reconhecimento territorial indígena.

Também a título de exemplo pode-se citar, ainda, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 34.563/DF, impetrado perante o STF, em face do procedimento demarcatório do território do povo Jenipapo-Kanindé, do Estado do Ceará, sob o argumento de não incidência do contraditório administrativo.

Ademais, é possível perceber pela análise dos mencionados processos judiciais, outro ponto em comum: a discussão sobre a ausência de intimação pessoal dos interessados e/ou dos entes federados em que se localize a área sob demarcação. Em primeiro lugar, o Decreto 1.775/96 não determina que a intimação dos interessados deva ser feita de forma pessoal, pelo contrário, o art. 2º, § 7º, dispõe que:

Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel. (BRASIL, 1996).

Ou seja, a publicidade é considerada como feita a partir da simples publicação do procedimento demarcatório no Diário Oficial, bem como na sede da Prefeitura e esta publicação, por si só, também basta para configurar como tendo sido oportunizado o exercício do contraditório administrativo. Como bem explana o ex-Ministro Joaquim Barbosa (2005), no MS 24.045/DF, as alegações de que alguns interessados somente tomam ciência do procedimento de

demarcação de terra após o Decreto homologatório sequer deve prosperar, tendo em vista que “se presume que, pelo fato de os processos de demarcação terem sido iniciados antes do decreto, os interessados ao menos já se haviam mobilizado a fim de contestar aspectos referentes à demarcação” (STF. Pleno. Mandado de Segurança nº 24.045. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília. Dje: 05/08/2005, p.7).

Há também judicializações que questionam a não intimação dos interessados, especificamente, quando da realização do estudo antropológico nos territórios. Esta foi a discussão apontada no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 4.243/MS, perante o Supremo. O Ministro Dias Toffoli (2020) menciona em sua decisão que a exigência dos não-indígenas quanto a prévia notificação dos estudos, viola princípios como o da legalidade e da segurança jurídica “uma vez que impõe à administração pública medida não prevista em lei” (STF. Plenário. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 4.243. Brasília. Relator: Min. Dias Toffoli. Dje: 20/08/2020, p. 12). Na mesma lógica, a título de exemplo, foram as decisões referentes às apelações de nº 325379 e nº 324555, proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Nos casos demonstrados foi possível perceber, assim, que a demanda judicial somente se justificou na tentativa de protelar o fim do procedimento demarcatório, tendo em vista que as argumentações utilizadas possuem rasa fundamentação fática e jurídica, e não foram capazes de alterar o reconhecimento territorial indígena.

4.1.2 Laudo antropológico: importância e questões polêmicas

O procedimento demarcatório, como já mencionado, tem como base um estudo antropológico e isto se dá em razão de a Constituição Federal de 1988 ter atribuído aos usos, costumes e tradições dos povos indígenas os fatores determinantes para a caracterização de seus territórios. Contudo, sua produção e presunção tem sido também objeto de demanda judicial e crítica, como aponta Andressa Lewandowski:

[...] relatório técnico antropológico. Como documento sobre o qual irão se basear todos os demais procedimentos do processo, não é surpreendente que seja essa etapa a mais controversa de toda regularização e que seja a ela que se enderecem todas as tentativas de instrução processual, ou seja, as tentativas de controle do processo. (LEWANDOWSKI, 2019, p. 19).

Como já abordado, o estudo antropológico é complexo e deve ser bem detalhado, a fim de restar demonstrado, de forma especificada, o porquê de determinado espaço territorial em questão ser considerado como indígena. Apesar de todo o cuidado e tempo demandado na produção deste estudo, há juízes que, ainda assim, determinam sem nenhuma fundamentação, a realização de um laudo pericial para comprovar se o objeto da demanda é ou não considerado como terra indígena. Assim, o Judiciário acaba analisando o mérito do procedimento administrativo, mesmo que, como visto isto não lhe caiba.

Mais uma vez percebe-se que há uma tendência social em atribuir ao Poder Judiciário maior legitimidade do que os outros Poderes. Para se evitar, portanto, a desqualificação do laudo antropológico de âmbito administrativo, é que Lino João de Oliveira Neves (1999) assevera que estes estudos devem se adequar, desde já, ao formato jurídico.

O laudo pericial pode ser requisitado por alguns motivos, mas destacam-se aqui dois deles. O primeiro é quanto à ausência de quesito que o magistrado entenda ser necessário para a solução ou compreensão do conflito territorial. Em razão disto, o sociólogo Lino (1999, p.122) menciona que o RCID (produto do estudo antropológico) deve “procurar antever questionamentos que possam vir a ser usados em juízo contra a proposta de área, refutando-os tecnicamente. Antecipando contraprovas aos argumentos que opõem à demarcação”. Esta antecipação permite que o laudo pericial não seja requisitado ou que, o sendo, sua realização se dê apenas sobre aspectos específicos, não prolongando, assim, ainda mais o processo de reconhecimento territorial.

O sociólogo traz à tona a crítica de que o antropólogo começa a exercer uma função para além da produção de conhecimento técnico etnográfico. O estudo antropológico passa a ter que utilizar termos e concepções jurídicas a fim de garantir que, em eventual ação judicial, todo o estudo realizado no procedimento administrativo não tenha sido em vão. Neste sentido também menciona Lino (1999, p. 125) que: “É inegável que nas condições atuais ditadas para a política

indigenista um bom relatório do ponto de vista jurídico pode influir diretamente no ritmo do processo, eliminando a necessidade de outras perícias”.

É possível perceber, portanto, diante disto duas questões: 1) o questionamento judicial dos estudos antropológicos tem se tornado tão comum, a ponto de sua produção levar em conta a previsibilidade de eventual interferência judicial; 2) a requisição de prova pericial, mesmo já tendo havido o estudo antropológico em procedimento administrativo, se torna mais um obstáculo à efetividade do direito originário. Assim dispõe Sandra Nascimento:

Cabe questionar aqui a utilidade da perícia antropológica em relação ao procedimento administrativo. Segundo nos esclarece o Diretor de Proteção Territorial, a perícia judicial não serve em nada, e a realização da perícia judicialmente acaba sendo apenas uma estratégia para ganhar tempo (NASCIMENTO, 2016, p. 232).

Como exemplo da questão, cita-se a ementa do acórdão proferido pelo Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, André Nabarrete (2006), em julgado da Apelação Cível nº 917.377. O caso em questão foi em face do território indígena do povo Terena, na região do Buriti/MS, que já havia sido declarado, pelo Poder Executivo, como sendo tradicionalmente ocupado. Todavia, posteriormente, tendo sido alvo de judicialização através da Ação Declaratória nº 2001.60.00.003866-3, o território foi sujeito também à realização de laudo judicial arqueológico e antropológico, para apenas reconfirmar o reconhecimento feito em via administrativa.

Na ação movida em face do povo indígena Tupinambá de Olivença, localizado no Distrito de Olivença, Município de Ilhéus/BA, ocorreu o mesmo. Neste caso, a demanda judicial se deu antes mesmo de finalizada à demarcação. O Ministério Público Federal e a União apelaram de uma sentença que julgou procedente ação de interdito proibitório que tinha como objeto o referido território indígena em processo de reconhecimento.

De acordo com a ementa do acórdão proferido em face da Apelação Cível nº 0000932-04.2006.4.01.3301, a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida (2014), do Tribunal Região Federal da 1ª Região, concluiu que em razão de já ter sido realizado, à época, o RCID não seria possível à concessão de pretensão possessória, pois já havia restado demonstrado que o território era considerado como tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas. Contudo, ressaltou para o fato de que a sentença em questionamento também padecia de outro vício: o fato de não ter sido realizado, ao longo da instrução processual, prova pericial.

Há aqui uma incongruência do próprio acordão, pois se houve a compreensão de que o RCID já havia demonstrado que o reconhecimento territorial era correto (motivo pelo qual não caberia interdito proibitório), não haveria motivo para se requisitar perícia judicial com o mesmo viés. A prova pericial não é indispensável nas judicializações de demandas territoriais indígenas, portanto, a sua não realização não implica em vício no processo judicial. Realizar a perícia antropológica apenas com o intuito de confirmar o RCID, protela o reconhecimento efetivo do direito indígena ao seu território e retira a presunção de legitimidade e veracidade do próprio procedimento demarcatório.

Existem decisões neste sentido de compreender que a concessão de perícia judicial antropológica é desnecessária nos casos em que já resta demonstrado, pelo próprio procedimento administrativo, que o espaço territorial é considerado como sendo indígena, pois cabe a ele o mérito da questão. Nesta perspectiva citam-se dois casos concretos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O primeiro trata-se da Apelação Cível nº 5005684-03.2014.404.7202/SC, interposta contra sentença que julgou improcedente ação ordinária que visava à declaração de nulidade da demarcação de terra indígena Toldo Pinhal, localizada em três municípios do Estado de Santa Catarina. No acórdão o relator Carlos Eduardo Thompson (2015) compreendeu, no mesmo sentido do juiz de 1º grau, que o pedido de um terceiro parecer antropológico, agora através de perícia judicial, era desnecessário, em razão de:

[...] a investigação antropológica da região é farta e os laudos existentes nos autos, cada um com cerca de cem páginas, convergem em grande parte de seu conteúdo. Nenhuma dos laudos antropológicos pode ser acusado de imprestável ou parcial. Depreende-se que os antropólogos produziram um trabalho metodologicamente claro. Não há, portanto, falta de elementos técnicos (antropológicos) que impeça a análise da questão controvertida. [...] Concluo que um novo (terceiro) laudo consistiria num elemento adicional, complementar, que não se mostra imprescindível ao julgamento dos pontos controvertidos e cuja elaboração retardaria substancialmente o andamento do feito [...] (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. Apelação Cível 5005684-03.2014.404.7202. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Santa Catarina. Dje: 18/06/2015.).

Já a Apelação Cível nº 2006.70.12.000379-3/PR, foi interposta contra sentença que negou o pedido de reintegração de posse de imóvel rural situado em território indígena, já reconhecido, do povo Kaingang, localizada entre o Município de Abelardo Luz/SC e Palmas/PR. A relatora Maria Lúcia Luz Leiria (2009) fundamentou sua decisão dizendo que:

Conforme dispõem os artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil, o Magistrado tem ampla liberdade para autorizar ou negar a produção de uma determinada prova, porquanto, sendo o destinatário final desta, somente a ele compete analisar a conveniência e necessidade da sua produção. Assim, se o julgador considera que há elementos e provas nos autos suficientes para a formação da sua convicção, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento de alguma prova. Ademais, in casu, a perícia técnica não se afigura adequada para a comprovação dos fatos em discussão, que se demonstram de forma suficiente através da prova documental, qual seja, cópias do procedimento demarcatório da Terra Indígena Palma, que ostenta presunção de legitimidade, não elidida pelos apelantes. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Turma. Apelação Cível 2006.70.12.000379-3. Relator: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Paraná. Dje: 12/11/2009).

Ainda sobre a requisição de prova pericial, o segundo motivo que também pode ser argumentado para justificá-la, pois há quem pense que o estudo antropológico, feito no procedimento administrativo de demarcação, seria realizado por um antropólogo totalmente parcial às causas indígenas, como aponta o advogado Antonino Moura Borges:

[...] se o grupo de trabalho é composto por funcionários do Órgão Federal de Assistência ao Índio, é lógico que implanta uma equipe ex uno latere, ferindo a isonomia processual, quando deveria dar oportunidade para os terceiros interessados, não índios de acompanhar e manifestar sobre os trabalhos, para evitar a parcialidade e as informações irreais ou diversas do que deveria ser escrito com a finalidade de prejudicar direitos e alterar a verdade sobre fatos juridicamente relevantes. [...] o procedimento se inicia por pessoas que só visam o interesse do índio, até porque para isso foi contratada e esquecem os direitos dos proprietários rurais, portanto, agem de modo iminentemente parcial e o resultado do trabalho terá forçosamente como resultado, concluir tudo para o índio e nada para o proprietário. (BORGES, 2014, p. 147).

Esta lógica argumentativa tenta retirar a legitimidade da FUNAI na orientação do procedimento administrativo. Contudo, não se pode inferir, sem nenhuma fundamentação, que o fato de o mencionado órgão ter sido criado com o intuito de garantir e proteger os direitos indígenas significa dizer que seus servidores não sejam imparciais durante o procedimento demarcatório. Além disso, a proximidade do antropólogo com o povo indígena também não é, por si só, suficiente para demonstrar esta suposta parcialidade e tendência de que os estudos apontem pelo reconhecimento territorial.

Como bem menciona Andressa Lewandowski (2019, p. 246) “[...] não se trata certamente de uma antropologia que toma partido, e, portanto, se torna parte de uma disputa de terras, mas aquela de um conhecimento capaz de evidenciar as partes que perfazem essa

disputa.”. Neste sentido, também, aponta Deborah Duprat, ex-procuradora geral da República e coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

Importante ressaltar, quanto ao estudo antropológico, que esse não tem e nem poderia ter, uma posição neutra em relação à sua pesquisa, no sentido de objetificar, de definir determinado domínio a partir de normas ou padrões externos ao grupo, pois tal importaria em privá-lo de sua força normativa. [...] para toda e qualquer perícia, requer-se, do profissional, conhecimento técnico e científico (art. 424, I, CPC). E, no caso, da antropologia, apenas está habilitado a produzir essa prova aquele que conhece o grupo, que pode revelar a sua existência cotidiana. (DUPRAT, 2006, p. 4).

Percebe-se, portanto, que através da requisição do laudo pericial, tenta-se, na verdade, de forma indireta levar ao Poder Judiciário o mérito da questão, ou seja, que o Magistrado possa auferir se o território é ou não considerado como sendo indígena. Contudo, como já dito, não cabe ao Poder Judiciário proferir decisões de mérito, ao contrário do que tem visto na prática, e sim apenas analisar a legalidade do procedimento.

4.1.3 A mera existência de ação judicial e sua capacidade de interromper o procedimento demarcatório

Restou demonstrado em capítulos anteriores, que a judicialização do procedimento demarcatório, em regra, deveria ocorrer depois de ele já ter sido finalizado. Isto se dá porque, em primeiro lugar, é somente a partir do decreto homologatório que há o reconhecimento formal do território como sendo indígena, podendo-se falar, a partir daí, em eventual conflito de supostos direitos e interesses de terceiros não-indígenas. Contudo, como já dito, a demanda pelo Poder Judiciário ocorre durante todo o procedimento, deixando evidente a intenção de obstar, de alguma forma, o prosseguimento da demarcação.

Ainda que o Poder Judiciário seja demandando em casos que o reconhecimento territorial sequer for declarado formalmente pelo Poder Executivo, certo é que a judicialização por si só, não pode ter o condão de interromper o procedimento, caso contrário, seria “sem eficácia o mandamento constitucional que prescreve à União o dever de demarcar as terras

tradicionalmente ocupadas por índios [...]” (VILLARES, 2012, p. 152). Todavia, na prática, é possível ver os procedimentos demarcatórios sendo paralisados simplesmente pelo fato de haver demanda judicial em curso.

Cita-se como exemplo, em primeiro lugar, o MS 21.896/PB, julgado pelo STF. O referido mandado de segurança, segundo consta no Informativo nº 368 do Supremo, garantiu a suspensão da eficácia do decreto homologatório que havia reconhecido o território indígena Jacaré de São Domingos, localizado na Paraíba. Utilizou-se como argumento o fato de que em razão de haver ajuizamento na Justiça Federal anterior ao próprio decreto, este só poderia ser efetivado após a decisão judicial quanto à controvérsia territorial. Na mesma lógica, houve o deferimento liminar do MS 25.463/DF, também pela Suprema Corte, impedindo o prosseguimento do procedimento demarcatório do território indígena Nãnde Ru Marangatu, pertencente ao povo Kaiowá, localizados no município de Antônio João/MS, fronteira do Brasil com o Paraguai, utilizando, inclusive, como precedente o MS 21.986/PB.

A respeito do ajuizamento de demandas que tenha como objeto território indígena em vias de ser demarcado, Villares dispõe que:

Antes que a demarcação tenha sido definitivamente homologada, não há como recorrer a qualquer das ações petitórias ou declaratórias de nulidade (demarcatória), devido à circunstância judicial de a demarcação administrativa não ter sido aperfeiçoada completamente. Sem que estivesse terminada a homologação, os processos deveriam ser extintos sem julgamento de mérito, por força do disposto no inc. IV do art. 267 do CPC. (VILLARES, 2013, p. 148).

Contudo, na prática, como apontado, o que se tem visto é o contrário, ou seja, processos judiciais ajuizados antes de findado o procedimento demarcatório e que ainda tem o condão de impedir, por si só, o seu prosseguimento. Deborah Duprat (2006, p. 173) faz uma importante colocação ao mencionar que aqui “não se está a falar de obstáculo à atividade administrativa por força de decisão judicial, mas sim da mera existência de uma ação”, o que torna a análise ainda mais importante de ser feita.

A interrupção do procedimento administrativo que se justifica nessa simples existência de demanda judicial, ou até mesmo por determinação direta do Juízo, nos permite concluir que o reconhecimento territorial passa a ser feito de forma judicial e não mais administrativo, retirando toda a lógica do procedimento demarcatório. Além disso, como bem

aponta Villares (2013), para que os não-indígenas demandem o Poder Judiciário e alcance decisões nesse viés, é preciso que reste demonstrado de forma inequívoca alguma irregularidade formal ou material no procedimento administrativo em curso que é feita, principalmente, através de produção e análise de provas.

Desta forma, não seria possível, em tese, que houvessem concessões de mandados de segurança capazes de impedir o processo demarcatório, pois sequer há provas pré-constituídas capazes de justificar e fundamentar estas decisões. Em face de reconhecimento territorial indígena, a mera existência de título de posse/propriedade não deveria ter valor probatório como quando se trata de conflitos de direitos civis. É possível perceber, portanto, que “o juiz é extremamente parcializado, privilegia determinados aspectos da questão em detrimento de muitos outros fundamentais para o esclarecimento da ação, simplesmente omitidos ou apenas enunciados.” (AZEVEDO, 1998, p. 159).

Decisões como as mencionadas e tantas outras em que há a concessão, também, de medidas cautelares, nos demonstram que tais demandas judiciais visam, em sua maioria, apenas assegurar, de alguma forma, a presença dos não-indígenas no espaço territorial, como menciona Duprat (2006). Contudo, importante destacar também que existem juízes e ministros em posicionamento contrário a este, ou seja, que compreendem o cerne da questão territorial indígena e a legitimidade, veracidade e força auto executiva do procedimento demarcatório, não valorizando, assim, “o registro em detrimento de uma abordagem que respeite a diretriz constitucional na matéria, baseada nos usos, costumes e tradições” (ARAÚJO JUNIOR, 2016, p. 20).

Cita-se como exemplo disto decisão, também do STF, em face de recurso extraordinário nº 416.144/MT, em que houve a determinação do “retorno dos Xavantes à TI Marãiwatsede, sob a consideração de ser fato incontroverso a declaração das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios [...]” (DUPRAT, 2006, p. 173), mesmo havendo ação visando a nulidade do procedimento demarcatório.

Decisões contraditórias proferidas pelo mesmo órgão nos demonstram que a questão territorial indígena ainda não esta consolidada no Poder Judiciário, o que gera, além da ineficácia dos direitos territoriais indígenas, a insegurança jurídica destes povos. Assim, embora a Constituição Federal de 1988 tenha avançado de certa forma, nas conquistas territoriais

indígenas, o que se verifica também, como dispõe Gilberto Romeiro de Souza Junior e Fernando Joaquim Ferreira Maia (2017, p. 759) é “um Judiciário marcado pelo forte teor civilista, seja por meio das interpretações do direito, seja na análise processual.”.

Até aqui foram apontados, então, três argumentos utilizados nos processos judiciais que acabam tendo em comum o viés de interromper o procedimento demarcatório, seja no seu curso ou em seu final, ou invalidar, de alguma forma, o próprio procedimento, impedindo a demarcação efetiva do território indígena. Estes argumentos são voltados mais para o aspecto formal do procedimento administrativo, apesar de a requisição do laudo pericial, como relatado, ter a intenção indireta de rediscutir o mérito da demarcação. Todavia, a judicialização não tem atingido somente estes aspectos formais do procedimento, pelo contrário, atualmente a maior discussão tem se dado em razão da análise interpretativa no que diz respeito à terra tradicionalmente ocupada, feita por parte do Supremo Tribunal Federal e já aplicada nos Tribunais Brasileiros.

4.2 A reinterpretção constitucional de terra tradicionalmente ocupada feita através do caso da TI Raposa Serra do Sol

A judicialização do procedimento demarcatório que reconheceu a terra Raposa Serra do Sol como sendo indígena foi, até o presente momento, um dos processos judiciais mais emblemáticos, principalmente pela sua posterior repercussão em demais reconhecimentos territoriais indígenas. Este processo judicial além de ter rediscutido o mérito do procedimento de demarcação de terra, ou seja, se o espaço territorial da Raposa Serra do Sol era ou não indígena, com base nos estudos e laudos antropológicos, o Supremo Tribunal Federal foi além e reinterpretou o comando constitucional do que deveria ser considerada “terra tradicionalmente ocupada” (BRASIL, 1988).

O procedimento administrativo da área localizada em Roraima e habitada, hoje, pelos povos Ingarikó, Macuxi, Patamona, Taurepang e Wapichana, teve início em 1975. Segundo

Gilberto Starck e Fernanda Frizzo Bragato (2019) foram apresentadas, ao longo do procedimento, cerca de vinte contestações por parte dos interessados, contudo nenhuma delas foi capaz de impedir o reconhecimento territorial indígena em via administrativa. Assim, diante da esperada insatisfação dos não-indígenas, o Poder Judiciário acabou sendo demandado e dentre várias das ações ajuizadas, uma delas custou o destino, posteriormente, de tantos outros povos indígenas: a Ação Popular nº 3.388, ajuizada perante a Justiça Federal do Estado de Roraima, em abril de 2005.

Não se pretende aqui analisar todo o procedimento judicial do território indígena Raposa Serra do Sol, mas somente apontar a mudança interpretativa que ele causou e que, conseqüentemente, gerou sérias conseqüências na efetividade do direito originário dos demais povos indígenas, que passaram e ainda passam pelo procedimento de reconhecimento territorial.

4.2.1 Marco temporal (Teoria do Fato Indígena) e renitente esbulho

No capítulo que tratou da historicidade das legislações brasileiras que abarcaram os direitos territoriais indígenas, foi possível perceber uma evolução no tratamento legislativo dado a estes direitos, principalmente no que diz respeito à conceituação de território indígena pela Constituição Federal de 1988. O artigo 231, §1º da Constituição menciona que:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

O Constituinte deixou claro que o espaço territorial do qual os povos indígenas detêm direito originário e que são denominados como terras tradicionalmente ocupadas, diz respeito a quatro critérios que devem ser analisados quando da verificação do território durante o procedimento de demarcação. Percebe-se, portanto, que a intenção da Constituição foi “a de não

fixar referências temporais ou marcos objetivos que restrinjam os procedimentos demarcatórios, mas de se estender e flexibilizar conceitos para abarcar e realçar a cosmovisão indígena e a proteção de seus direitos” (AGUILERA URQUIZA; NASCIMENTO, 2013, *apud* GUTIERREZ; NOGUEIRA, 2017, p. 8).

A ementa do acórdão que julgou a Petição nº 3.388 menciona que:

11.1. 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. (STF. Pleno. Petição nº 3.388. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília. Dje: 17/04/2009).

A fundamentação para a instituição do marco temporal, segundo o ex-Ministro e relator do caso, Ayres Britto (2009), é de que a Constituição utilizou o termo “ocupam” em seu artigo 231, caput, e “não aquelas que venha a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988” (STF, 2009, p. 454). Ou seja, utilizou-se de uma interpretação meramente gramatical para justificar algo que não está descrito na Constituição Federal, implícita ou explicitamente.

Consolida-se, a partir daí, a denominada teoria do “Fato Indígena” que dispõe que “a ocupação deve ser verificada de fato” (VITORELLI, 2013, p. 220 *apud* JUZINSKAS; AYRES, 2019, p. 32) na data da promulgação da Constituição, retirando toda a noção, até então apresentada, de tradicionalidade e direito originário, abarcada pela Teoria do Indigenato. Assim dispõe os advogados Juliana de Paula Batista e Mauricio Guetta:

[...] condicionar a demarcação de terras indígenas à presença dos índios na terra em uma data certa pode equivaler a solapar “usos, costumes e tradições”, porquanto o “tempo cronológico” é categoria culturalmente construída, que não traduz significado universal: muitas culturas indígenas estruturam suas vidas em torno de outros paradigmas existenciais, ou, ainda, não significam a categoria “tempo” da mesma maneira que o não indígena, de modo que a aplicação seca do “marco temporal” equivaleria à exigência de atendimento, por parte dos indígenas, de paradigmas alheios a suas estruturas culturais (“usos, costumes e tradições”) e, muitas vezes, deveras abstratos e/ou incompreensíveis. (BATISTA; GUETTA, 2018, p. 20).

A Constituição Federal de 1988 inovou no tratamento dado aos povos indígenas e tentou garantir uma proteção a todos os seus direitos. Assim, certamente, se houvesse a intenção

por parte do Constituinte de restringir, de alguma forma, o reconhecimento territorial, este teria sido expresso no texto constitucional. Outro ponto que desconstrói tal interpretação é o analisado por José Paulo Gutierrez e Daniela Saab Nogueira:

Como se pode observar, a Lei Maior não se ateu ao formalismo da conjugação verbal, ampliando a noção de terras tradicionalmente ocupadas para abarcar quatro modalidades: as habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Assim, sob a óptica da CF/1988, principalmente pela análise dos dois últimos tipos mencionados, pode-se deduzir a prescindibilidade da efetiva ocupação física para o reconhecimento aos indígenas de seus direitos territoriais originários. (GUTIERREZ; NOGUEIRA, 2017, p. 160).

Neste mesmo sentido aponta Julio José (2018, p. 233) ao mencionar que “[...] a teoria do fato indígena exige requisitos da posse civil – como o da habitação permanente – e desconsidera as formas peculiares de relação que os povos indígenas têm com a terra e a forma como se mantêm ligados a ela, mesmo em condições adversas.”. Além disto, importante reforçar que a Constituição apenas reconheceu o direito originário dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ou seja, não constituiu ou conferiu novos direitos para que haja a necessidade de fixação de qualquer marco temporal, como aponta José Afonso da Silva (2018). Importante destacar também, o parecer emitido pelo dito jurista quanto a tese do marco temporal:

[...] a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acordão da Pet. N. 3.888. O termo “marco” tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limites territoriais. Em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia situação nova na evolução de algo [...] (SILVA, 2018, p. 25).

Sob esta mesma lógica, o jurista aponta que, em âmbito constitucional, este “marco” não seria a Constituição Federal de 1988 e sim a de 1934, tendo em vista que esta foi a primeira a mencionar sobre os direitos territoriais indígenas, como visto em capítulos anteriores. Assim, “a Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas” (SILVA, 2018, p. 26).

Ressalta-se também para o fato de que, segundo o ex-Ministro Ayres Britto (2009), a instituição deste marco temporal “pela constituição”, teria se dado com o intuito de “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior” (STF, 2009, p. 454). enta-se na verdade evitar, então, as infundáveis discussões judiciais envolvendo território indígena e legitimar, assim, os inúmeros esbulhos sofridos pelos povos ao longo de todos esses anos, colocando a suposta existência de direito de propriedade acima do direito originário destes povos, que, como visto, é anterior a todo e qualquer outro direito. Neste sentido aponta Leonardo Gonçalves Juzinskaskas, Procurador da República, e Rodrigo Santa Maria Coquillard Ayres, indigenista especializado da FUNAI:

[...] a instituição de um marco temporal como condição para a sua garantia contraria de modo expreso o texto constitucional, praticamente ferindo de morte o conceito de direito originário e congênito. A Constituição, de diversas formas, preocupou-se em não legitimar os esbulhos ocorridos no passado, e isso não se pode negar. (JUZINSKASKAS; AYRES, 2019, p. 28).

Também é este o entendimento de José Afonso da Silva:

Fica claro também que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infundáveis sobre as terras não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitados todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas. Fica claro ainda, segundo esse voto, que os conflitos entre índios e fazendeiros devem ser resolvidos em detrimento dos direitos dos índios, sem se levar em conta as normas constitucionais que os protegem! (SILVA, 2018, p. 27).

De acordo com José Paulo Gutierrez e Daniela Saab Nogueira (2017, p. 159) o marco temporal “não possui força argumentativa para se sustentar, tampouco respaldo legislativo indubitável que a torne hábil para aplicação no caso concreto sem que isso represente uma inconstitucional supressão de direitos fundamentais para as comunidades indígenas envolvidas”. Assim, resta demonstrado que há “uma segurança jurídica seletiva, que teme os impactos a serem sentidos pelos detentores de títulos de propriedade privada em terras indígenas, naturalizando a opressão sobre esses grupos.” (ARAÚJO, 2018, p. 248).

Ainda dentro deste viés interpretativo, o Supremo ainda apontou outro conceito para tentar especificar a tese do marco temporal:

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. (STF. Pleno. Petição nº 3.388. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília. Dje: 17/04/2009).

O termo renitente esbulho foi criado pelo STF para definir uma exceção à necessidade de os indígenas estarem em seu território na data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta exceção, portanto, diz respeito às situações em que, neste período, a permanência dos povos indígenas só não foi possível por haver constantes esbulhos, por parte dos não-indígenas. Quanto ao termo utilizado pelos Ministros, apontam-se aqui três críticas feitas por José Afonso da Silva:

O primeiro, bastante sutil, é esse modo de exprimir os termos do conceito, renitente esbulho em vez de esbulho renitente, pondo o destaque na qualificadora, para irrogar os ônus sobre a renitência, com o que impõe aos índios esbulhados a obrigação de provar o fato. O segundo, e grave, é a utilização do conceito de esbulho num contexto que não lhe cabe, como veremos, como se tratasse de um conflito de posse do direito civil. O terceiro é essa ideia de que o conflito, mesmo iniciado no passado, tem que persistir até o marco temporal [...] (SILVA, 2018, p. 28).

Não basta, portanto, na visão dos Ministros, que os indígenas tenham sido esbulhados uma única vez de seus territórios para configurar a exceção ao marco temporal. Deve restar demonstrado, também, as tentativas constantes de retomada, o que de certa forma legitima toda a violência sofrida nestes contextos, como informa Juzinskas e Ayres (2019). Ademais, o esbulho trata-se de um instituto do Direito Civil, ou seja, utiliza-se dele para dirimir conflito entre dois direitos completamente diferentes (direito de propriedade x direito originário). Com relação a isto, menciona José Afonso da Silva (2018, p. 29) que “o que mais choca, nessa concepção civilista, é que nem ela é aplicada convenientemente, porque só é utilizada naquilo que favorece o usurpador das terras indígenas”.

O Código Civil, Lei 10.406/02, legitima o título de posse através de duas características: 1) Posse justa: “que não for violenta, clandestina ou precária” (BRASIL, 2002); 2) Posse de boa-fé: “se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”

(BRASIL, 2002). Resta evidenciado, portanto, que em qualquer situação que tenha ficado demonstrado o esbulho dos povos indígenas de seus territórios, sendo este renitente ou não, não há que se falar em posse e, muito menos, em propriedade por parte de terceiro não-indígena, sob a própria lógica do Direito Civil.

É possível perceber, ao final, que ambos os conceitos foram criados pelo Supremo através de uma reinterpretação inconstitucional dos direitos territoriais indígenas, já que retira deles uma característica inerente dada pelo artigo 231, §4º, da Constituição Federal de 1988, qual seja: a de que os direitos indígenas sobre suas terras tradicionalmente ocupadas são imprescritíveis. Assim, pela lógica da tese do marco temporal, bem como do renitente esbulho, pode-se dizer que os direitos territoriais prescrevem nas hipóteses de não permanência dos povos indígenas em seus territórios, no dia 05 de outubro de 1988, bem como pela não tentativa reincidente de retomar estes territórios quando esbulhados.

Durante o julgamento da TI Raposa Serra do Sol, houve também o estabelecimento de salvaguardas institucionais, conhecidas como as 19 condicionantes. Estas salvaguardas foram criadas com o intuito de orientar a demarcação física, ocupação e usufruto do território indígena Raposa Serra do Sol, contudo, acabaram sendo interpretadas como sendo orientações para todos os processos judiciais que discutiam ou viriam a discutir a demarcação territorial indígena de outros povos. Neste viés, houve, inclusive, a publicação, no ano de 2017, do Parecer Normativo nº 001, por parte da Advocacia Geral da União (AGU), determinando que as 19 condicionantes e, indiretamente, o marco temporal, fossem considerados e aplicados pela Administração Pública Federal durante os procedimentos administrativos demarcatórios, atribuindo, assim, efeito vinculante ao acórdão, conforme Nota Técnica nº02/2018-6CCR emitida pelo Ministério Público Federal.

Demonstrou-se até aqui que, ainda que o Poder Judiciário não detenha competência para analisar o mérito do reconhecimento territorial indígena, o Supremo conseguiu ir além, e iniciou uma “desconstrução política de um conceito jurídico” (CAVALCANTE, 2016, p. 18), exercendo uma postura interpretativa totalmente contrária as diretrizes constitucionais de proteção e efetividade dos direitos originários dos povos indígenas.

4.2.2 Os reflexos da reinterpretação dos direitos originários

A judicialização do procedimento demarcatório, como se apresentou até aqui, já vinha sendo inerente ao processo de reconhecimento territorial indígena. Contudo, após a reinterpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, a movimentação do Poder Judiciário vem sendo cada vez maior e, as decisões que contrariam toda a lógica constitucional destes direitos indígenas se tornaram frequentes.

Embora os Ministros tenham decidido, em sede de Embargos de Declaração, que o referido acórdão que decidiu o caso da TI Raposa Serra do Sol (PET nº3.388/RR), não teria caráter vinculante, ou seja, que não poderia ser aplicado em outros processos que também se discuta o território indígena e sua demarcação, na prática não é isto que se tem visto. Assim aponta Adriana Biller Aparicio citando Bragato e Leivas:

[...] a resposta do Poder Judiciário às demandas territoriais indígenas não tem sido, em geral, favorável à garantia dos direitos formalmente reconhecidos. No julgamento da Petição nº 3.388/RR (Brasil, 2009), o Supremo Tribunal Federal (STF) listou, dentre as condicionantes a serem seguidas para a execução da decisão, o marco temporal, em que a data de 5 de outubro de 1988 foi tomada como o parâmetro para aferir-se a efetiva ocupação de terras pelos 97 indígenas. Esta tese tem sido aplicada em diversas decisões judiciais tomadas pelos Tribunais Regionais Federais que visam a anulação de demarcação de terras indígenas. No STF, a tendência de aplicar a tese do marco temporal para o mesmo fim de anular demarcações já realizadas também vem se firmando, o que poderá tornar definitivas as decisões dos tribunais inferiores. Segundo o Instituto Socioambiental (2015), a aplicação da tese do marco temporal afetará 144 terras cujos processos de demarcação estão judicializados, com uma população de 149.381 indígenas, além das 228 terras indígenas ainda não demarcadas, com uma população de 107.203 indígenas. Isso significa que 1/3 da população indígena brasileira poderá ficar privada de seus territórios tradicionais. (BRAGATO; LEIVAS, 2016, p. 31 *apud* APARICIO, 2018, p. 96-97).

O cuidado que se tem quanto ao fato de não ter sido estabelecido, explicitamente, a força vinculante do entendimento do Supremo, é de que a sua interpretação além de não haver uma fundamentação lógica ou jurídica, desrespeita claramente a intenção do Constituinte Originário quando da elaboração do artigo 231, da Constituição Federal de 1988. Neste sentido dispõe José Afonso da Silva em seu parecer:

Ao julgar os embargos, o Ministro Luís Roberto Barroso tentou justificá-lo e suavizá-lo, dizendo que a decisão não é vinculativa, mas por outro lado, afirmou que “o acórdão ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País”. Com a devida vênia do emitente ministro, um acórdão só ostenta força moral e persuasiva quando se conforma aos ditames legais e sobretudo constitucionais, pois é dessa

conformidade que extrai sua força de convicção. Quando a decisão extrapola seus limites e alberga questões inconstitucionais não pode ostentar força moral e persuasiva. (SILVA, 2018, p.35).

Assim, as teses do marco temporal, renitente esbulho e as 19 condicionantes se tornaram precedentes indiretos de várias decisões judiciais e reanálises de procedimento demarcatórios, em razão de ser inerente das decisões judiciais a influência quanto ao entendimento de todo o ordenamento jurídico. Importante destacar também o fato de que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o precedente tem sido utilizado, principalmente, quando de julgamentos proferidos pela Segunda Turma, o que demonstra uma instabilidade de entendimento dentro da própria Corte. Passamos a seguir, para a análise de alguns casos em que tais institutos foram aplicados com o viés de solucionar a questão territorial indígena.

4.2.2.1 Aplicação das teses do renitente esbulho e marco temporal

O Território Indígena Limão Verde, localizado no município de Aquidauana/MS, pertence ao povo indígena de etnia Terena e teve seu procedimento demarcatório finalizado, pela homologação do Presidente da República, no ano de 2003. A judicialização ocorreu logo após, na tentativa de se anular o reconhecimento feito, já que se havia, em face do espaço territorial, suposto título de propriedade por parte de Tales Oscar Castelo Branco. O juízo de primeira instância indeferiu o pedido e houve a prolongação do processo judicial em razão de vários recursos interpostos, como aponta Samara Carvalho Santos (2020).

Quando da interposição do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462, no ano de 2014, já havia sido julgado no Supremo o caso da TI Raposa Serra do Sol, o que acabou requerendo análise do próprio STF quanto à aplicação ou não do conceito de “renitente esbulho” na terra indígena Limão Verde.

A discussão se deu, conforme acórdão do ARE nº 803.462 AgR/MS, em razão de:

[...] (b) o Tribunal Regional Federal da 3ª Região ter considerado “existente o renitente esbulho com base em “três súplicas formalizadas apenas por dois índios Terena, setenta

anos depois de a Fazenda Santa Bárbara ser titulada, em 1914, pelo então Estado de Mato Grosso” (fl. 3100); (c) “em nenhuma dessas reclamações há menção de que os proprietários da Fazenda Santa Bárbara esbulharam a posse deles ou vice-versa” (fl. 3100); (d) “são pedido genéricos com o fito de expandir os lindes da Aldeia Limão Verde, feitos em torno de quatro décadas depois da pretensa saída dos indígenas das terras em litígio (...)” (fl. 3100) [...] (STF. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília. Dje: 12/02/2015, p. 5).

Estava em análise, portanto, se o fato de os indígenas terem requerido a expansão, de maneira formal, de seu território esbulhado, restaria comprovada a tentativa de retomada e, conseqüentemente, a ocorrência de “renitente esbulho”. Depreende-se do inteiro teor do acórdão, que havia ficado demonstrado pelo laudo antropológico e pela perícia judicial o evidente esbulho sofrido pelo povo Terena. Todavia, não foi este o entendimento do ex-Ministro Relator Teori Zavascki:

[...] renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. (STF. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília. Dje: 12/02/2015, p. 5).

Como se não bastasse a interpretação dada pela Corte no julgado da PET nº 3.388, no ano de 2009, os Ministros inovaram ainda mais na interpretação, determinando que para que fosse configurado o renitente esbulho dever-se-ia haver provas produzidas, inclusive judicialmente, de tal situação. Com relação a esta colocação do Ministro Relator e apoiado pelos demais Ministros, destaca-se o parecer do jurista José Afonso da Silva:

[...] requer-se dos índios um comportamento típico dos não índios no que tange à luta pelos seus direitos, não se levando em conta que os direitos dos índios não são dos indivíduos como tal, mas da comunidade, e que os índios e as comunidades são sujeitos ao regime tutelar de competência da União (Lei 6.001, de 1973, art. 7º). [...] (SILVA, 2018, p. 33).

O jurista relembra que, antes da Constituição Federal de 1988, os indígenas, suas comunidades e organizações não podiam ingressar em Juízo sem a presença da União, através da FUNAI. Ou seja, muitas das violações de direitos sofridas não alcançavam a requisição da tutela jurisdicional, porque os povos indígenas dependiam da FUNAI para que isto ocorresse.

Assim, por mais que o próprio Supremo tenha deixado claro que a decisão proferida em face da TI Raposa Serra do Sol, não pudesse ser aplicada de forma automática em outros processos judiciais, a própria Corte se contradisse. O STF acabou aplicando, no caso em análise, o seu entendimento de “renitente esbulho” na medida em que “julgou-se favorável ao pedido de anulação do decreto que reconheceu a TI Limão Verde como área tradicionalmente ocupada pelo povo Terena” (SANTOS, 2020, p. 76). Frisa-se, também, que este julgamento foi capaz de mudar a situação jurídica da terra indígena que já havia sido reconhecida há mais de 10 anos pelo Poder Executivo, como aponta Samara Carvalho Santos e que ainda ressalta:

[...] é um julgado em que nos foi apresentada uma “desmarcação” de terra indígena, expressão esta que vem sendo utilizada pelo movimento indígena para se referir ao ato de se desfazer a demarcação de terras indígenas, como ocorreu com o caso da TI Limão Verde, o que certamente se tornou uma ameaça aos direitos territoriais indígenas, na medida em que há diversos processos de demarcação de terras em curso, tanto administrativamente quando sub judice. (SANTOS, 2020, p. 77).

O Poder Judiciário, portanto, acabou gerando um estado de insegurança jurídica aos povos indígenas que já tinham tido seus territórios demarcados, mas que passaram, agora, a serem alvos de uma reinterpretação conceitual de terra tradicionalmente ocupada, tornando, ainda mais ineficaz o direito originário garantido pela Constituição.

Outro caso, importante de ser mencionado, foi o do Território Indígena Guyraroká pertencente ao povo Guarani e Guarani Kaiowá e que está localizado no município de Caarapó, Mato Grosso do Sul. O seu procedimento de reconhecimento deu início no ano de 2001 e teve a portaria declaratória, reconhecendo o território como sendo indígena, no ano de 2009, ano em também foi ajuizada a ação que viria a ser decidida pelo acórdão proferido em face do RMS 29.087/DF.

Ao longo de toda a judicialização, várias foram as teses abordadas pelos autores, dentre elas destacam-se algumas. Em primeiro lugar, tentou-se deslegitimar a competência do Poder Executivo de presidir, orientar e reconhecer o território como sendo indígena, informando que as declarações de nulidade de títulos aquisitivos de propriedade deveriam ser feitos, somente, pelo Poder Judiciário. Este argumento, como já abrangido e compreendido no presente trabalho, é inapropriado para justificar a demanda judicial, inclusive em razão do RE 183.188/MS, em que o Supremo reconheceu a força executiva do processo demarcatório.

Em segundo lugar, conforme se depreende do acórdão do RMS 29.087/DF, embora o estudo antropológico tenha demonstrado a situação de esbulho sofrido pelos mencionados povos, os Ministros compreenderam, mais uma vez, pela aplicação do marco temporal, tendo em vista que na data da promulgação da CF/88, o território questionado não era mais habitado pelos indígenas. Importante mencionar também a observação de José Afonso da Silva (2019) de que a interpretação dos Ministros quanto ao estudo antropológico, ignora os inúmeros fatos declarados que demonstram o porquê de os Guarani e Guarani Kaiowá não estarem presentes em seu território no mencionado período. Neste sentido também aponta Fernanda Frizzo Bragato e Pedro Bigolin Neto:

Com base em uma interpretação questionável do laudo, a maioria dos Ministros considerou que na data de 05/10/1988 os indígenas já não estavam na posse da área reivindicada, ignorando o fato de o relatório antropológico ter, também, informado que eles foram impedidos de ocupar regular e tradicionalmente suas terras. (BRAGATO; BIGOLIN NETO, 2016, p. 164).

Houve, portanto, mais uma terra indígena com sua demarcação anulada pelo Supremo Tribunal Federal com base na sua reinterpretação do conceito de direito originário. Ademais, sobre este caso em questão, aproveita-se para fazer um adendo quanto ao fato de que não houve, ao longo do processo judicial, a oitiva dos povos indígenas Guarani e Guarani Kaiowá. Segundo Tiago Miotto (2019), assessor de comunicação do CIMI (Conselho Indigenista Missionário) “a comunidade de Guyraroka não só não foi intimada, como teve, duas vezes, sua admissão negada com base no ‘regime tutelar do índio’, evocado pelo relator Gilmar Mendes com base na lei de criação da Fundação Nacional do Índio [...]”.

Percebe-se que há um despreparo do Poder Judiciário para lidar com as questões territoriais indígenas, seja na condução do processo ou na compreensão do próprio direito indigenista. No caso em questão, o Ministro aplicou a Lei 6.001/73, sem realizar a devida interpretação legal com base na Constituição Federal de 1988 e seus artigos 231 e 232, que excluem do ordenamento do jurídico brasileiro a noção de que os indígenas são incapazes e devem ser tutelados pelo Estado.

Como bem aponta Sandra Nascimento (2015, p. 64) “o processo de reengenharia estatal adotou conteúdos normativos orientados pela dimensão multicultural, mas tão somente na superficialidade do reconhecimento formal do pluralismo cultural e da diversidade étnica”. Ou

seja, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter instituído a visão do pluralismo jurídico e étnico, na prática tem se presenciado a dificuldade de visualiza-los e, pelo contrário, tem sido possível verificar a existência de um colonialismo arraigado no Poder Judiciário.

Ainda no que se refere a TI Guarararoká, em 2018, os povos indígenas ingressaram, conforme dispõe Samara Carvalho (2020), com a Ação Rescisória nº 2.686, em face do STF, buscando reverter à anulação da demarcação do território indígena. Esta ação estava prevista para ser julgada em 2019, mas foi excluído do calendário de julgamento pelo Presidente, gerando ainda mais insegurança aos povos indígenas, bem como conflitos territoriais.

4.2.2.2 Vedação à ampliação do território indígena

O território indígena Porquinhos dos Canelas, pertencente ao povo Canela Apanyekrá, e localizado no município de Fernando Falcão/MA, teve o seu reconhecimento declarado pelo Poder Executivo no ano de 1983. Ou seja, a demarcação foi realizada antes de promulgada a Constituição Federal de 1988 e acabou não sendo reconhecida com base nos critérios estabelecidos pelo artigo 231, § 1º.

Posteriormente, houve a requisição de um novo procedimento demarcatório tendo em vista, segundo acórdão proferido em face do RMS 29.542/DF, que o processo que reconheceu o território inicialmente estava eivado de vícios e irregularidades, sendo, o principal deles o fato de não ter sido realizado estudo antropológico. Em face deste novo reconhecimento territorial, declarado pela Portaria nº 3.508/2009, é do qual recaiu a judicialização ora em análise e que levou à sua anulação.

O caso em questão aponta para a possibilidade ou não de ampliação da Terra Indígena Porquinhos, tendo em vista que uma das 19 condicionantes, criadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgado da PET nº 3388, dispôs que “é vedado a ampliação de território já demarcado” (STF. Segunda Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.542. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília. Dje: 13/11/2014). Embora haja esta previsão

jurisprudencial da Suprema Corte, certo é que, no caso em questão, a ampliação ocorreria para se fazer respeitada a ordem constitucional que menciona que o território indígena deve ser aquele tradicionalmente ocupado, o que não havia sido considerado quando da demarcação realizada no ano de 1983.

Se os estudos antropológicos do novo procedimento demarcatório chegaram à conclusão de que determinados espaços territoriais, não abrangidos pela primeira demarcação, fazem parte do conceito “terra tradicionalmente ocupada” (BRASIL, 1988), o seu reconhecimento e demarcação se tornam obrigatórios pela lógica da Teoria do Indigenato. Conforme aponta José Afonso da Silva (2019, p. 37) “[...] o que não é lícito é a ampliação de demarcação sobre terra não indígena [...]”, ou seja, não é cabível estender o território indígena para além do espaço que não seja reconhecido como tradicionalmente ocupado pelos povos. Hipótese, portanto, diferente da analisada pelo Supremo.

Desta forma, no caso em questão, os Ministros interferiram, diretamente, no mérito do procedimento demarcatório, como informa o mencionado doutrinador, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, além de deixar de cumprir um comando constitucional, quanto ao conceito de território indígena e toda sua abrangência, realizou, mais uma vez, uma interpretação contrária a noção protetiva e pluriétnica da Constituição.

4.2.2.3 Repercussão Geral do RE 1.017.365/SC

O território indígena Ibirama-Laklanõ, localizado na região de Santa Catarina e pertencente ao povo Xokleng, é o segundo processo judicial, depois do caso da TI Raposa Serra do Sol, que remeteu ao Supremo Tribunal Federal uma maior atenção aos direitos territoriais indígenas. O mencionado território foi demarcado no ano de 2003 e, posteriormente, foi submetido ao Poder Judiciário, através de várias ações.

Destaca-se aqui, a ação que alcançou a reintegração de posse a favor dos não-indígenas (supostos proprietários de terras alcançadas pela demarcação) e que, após a

interposição do Recurso Extraordinário pela FUNAI, teve a sua repercussão geral reconhecida pela Corte, conforme se depreende do acórdão proferido pelo Ministro relator Marco Aurélio:

Demonstra-se a relevância jurídica da questão, por um lado, pelo flagrante risco da criação de precedentes que fomentem situação de absoluta instabilidade e vulnerabilidade dos atos administrativos editados com âmbito nacional, após regular processo administrativo de demarcação de terras indígenas, com manifesto prejuízo à comunidade indígena em questão que possui direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e colocando em risco a execução da política indigenista no Brasil (STF. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.017.365. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Dje: 11/04/2019, p. 5).

O Ministro Marco Aurélio (2019) reconheceu, através da manifestação acima, que a judicialização dos procedimentos administrativos de demarcação de terra, em razão da aplicação de precedentes criados pelo próprio Supremo, não tem proporcionado aos atos administrativos a legitimidade que eles detêm para tratar do reconhecimento territorial. Conseqüentemente, um procedimento que foi criado para garantir a efetividade dos direitos territoriais indígenas, tem alcançado, em sua maioria, apenas insegurança e prejuízo a estes povos.

No caso em análise, a reintegração de posse concedida na primeira e segunda instância se fundamentou no fato de que a declaração do território como sendo indígena, feita através da Portaria emitida pelo Ministro da Justiça, “não autoriza a imissão na posse dos índios” (BRASIL, 2019). Neste viés há, mais uma vez, a tentativa de retirar a força auto executiva do procedimento administrativo, tornando necessária a apreciação do Poder Judiciário para poder haver a demarcação física e retirada dos ocupantes não-indígenas do território.

O julgamento do RE 1.017.365/SC, proposto em 2016, oportunizará, assim, nova discussão por parte dos Ministros sobre o caráter vinculante do procedimento administrativo de demarcação de terra, dada a legitimidade atribuída ao Poder Executivo pela própria Constituição Federal. Além disso, o STF irá reanalisar as questões debatidas na PET nº 3.388 (2009), por ter se tornado um precedente automático e exaustivo utilizado pelo Poder Judiciário, que só tem sido prejudicial aos povos indígenas, intensificando, ainda mais, os conflitos territoriais. Neste sentido, aponta o relator:

Assim, questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, os elementos necessários à caracterização do esbulho possessório das terras indígenas, a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação, apesar do esforço hercúleo da Corte na Pet nº 3.388, não se encontram pacificadas, nem na sociedade, nem mesmo no âmbito do Poder Judiciário. Nesse

sentido, dado o caráter não vinculante da decisão proferida na Pet nº 3.388, assentado pelo Plenário, bem como da permanência de questões a serem dirimidas por esta Corte, além do evidente acirramento das tensões fundiárias que não foram minimizadas apesar do importantíssimo julgamento da demanda acima referida, entendo ser imperioso que este Tribunal venha a se debruçar sobre a matéria, em processo que contenha carga vinculante suficiente para encontrar caminhos e soluções a tema tão sensível como a questão indígena no Brasil. (STF. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.017.365. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília. Dje: 11/04/2019, p. 28).

Importante mencionar, também, que o RE 1.017.365 acabou suspendendo, a pedido do povo indígena Xokleng, o Parecer Normativo nº 001/2017, da AGU, que como dito em capítulos anteriores, ordenava a aplicação das 19 condicionantes a todos os procedimentos administrativos demarcatórios. A suspensão foi concedida já que este também vinha sendo aplicado em desfavor dos povos indígenas, com base nos argumentos expedidos pelos Ministros quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

4.3 As consequências da judicialização do procedimento demarcatório

Diante do cenário apresentado em que o fenômeno da judicialização do procedimento administrativo de demarcação se faz presente em quase todo reconhecimento territorial, é necessário analisar o quanto isto tem impactado positiva ou negativamente na efetividade dos direitos territoriais indígenas. De acordo com Eloísa Machado e Luíza Ferraro (2020), professora e pesquisadora da FGV Direito SP, e autora da “Agenda dos Direitos Socioambientais no STF”, é possível apontar que aproximadamente 72 ações estão para serem julgadas, somente pelo Supremo, e que envolvam, de alguma forma, demarcação de territórios indígenas. Segundo Sakamoto (2020), estes processos praticamente discutem todas as etapas dos processos de demarcação, demonstrando, assim, o quanto tem sido deslegitimado o procedimento administrativo. Sobre esta questão aponta Adriana Biller Aparicio que:

No diagnóstico da situação dos direitos territoriais indígenas no Brasil do Relatório da ONU (2016, p.7-8), indicam-se os fatores que explicam a estagnação nos processos de demarcação, dentre eles, a judicialização dos processos [...]: 23. A atual estagnação dos processos de demarcação foi atribuída um conjunto de fatores, incluindo: d) um constante ciclo de atrasos administrativos e a judicialização de quase todos os processos

de demarcação por interesses escusos, acompanhado de demoras da Suprema Corte em proferir decisões finais nos casos; (APARICIO, 2018, p. 90).

A principal consequência, portanto, da demanda judicial que envolve o procedimento demarcatório, é a morosidade do reconhecimento territorial. Um procedimento que, por si só, já é demorado, acaba sendo ainda mais protelatório em razão da falta de celeridade da Justiça Brasileira, bem como pelas decisões que insistem em interromper o procedimento demarcatório. Neste sentido aponta Samara Carvalho:

[...]a partir do fenômeno da judicialização de controvérsias possessórias, verificamos que na proporção em que essa temática adentrou no campo da disputa judicial o quadro de morosidade dos processos demarcatórios passou a se agravar pois, já não bastasse a omissão do Poder Executivo, somou-se a isso os interesses de terceiros contrários à demarcação das terras indígenas, que passaram a ganhar vez nessa arena de disputa que se transformou o Poder Judiciário. (SANTOS, 2020, p. 109).

A busca dos não-indígenas pelo Poder Judiciário pode estar atrelado tanto a má-fé de que a judicialização obsta, de alguma maneira, o reconhecimento efetivo dos direitos territoriais, bem como em razão de se buscar uma decisão mais favorável, através do juízes - já que estes possuem maior proximidade com o direito civilista de propriedade, do que com o direito indigenista e toda sua noção diferenciada sobre território. Assim dispõe Sandra Nascimento ao dizer que “temas como etnicidade, política, organização social, controle territorial e autogoverno, além, claro, do vínculo de ancestralidade e do próprio direito de retorno às terras de origem, são estranhos à própria formação jurídica do profissional do direito” (NASCIMENTO, 2015, p. 51).

Os juízes deveriam buscar internalizar as “cosmovisões indígenas na interpretação dos institutos e nos procedimentos” (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 361) a fim de garantir que o Judiciário não seja apenas mais um desafio de “se fazer da Constituição uma realidade” (BARBOSA, 2018, p. 15), no que tange a efetividade dos direitos territoriais indígenas. Neste aspecto, outra consequência que se visualiza a partir do fenômeno da judicialização, é que os povos indígenas possuem dificuldades em se fazerem ouvir durante o processo, sendo que são eles os titulares do direito em discussão. Sob está lógica, portanto, é possível se atentar ao fato de que o direito internacional, garantido pela Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, de que eles devem consentir de forma livre, prévia e informada sobre tudo aquilo que lhes dizem respeito, é claramente violado. Sandra Nascimento aponta que:

A potência jurídica do reconhecimento de suas organizações sociais, costumes e tradições e dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam foi, no entanto, deslocado para as mãos dos tribunais, dos juízes. A centralidade da decisão em um único órgão, cuja composição não inclui a participação indígena, é a estratégia mais evidente e efetiva do colonialismo interno. (NASCIMENTO, 2015, p. 65).

A colonialidade do poder, nas palavras de Sandra Nascimento citando Quijano (QUIJANO, 2000 *apud* NASCIMENTO, 2015, p. 61), diz respeito ao “modo de estabelecer as relações no nível da dominação e subordinação, por meio da manutenção de estrutura social que alimenta posições hierarquizadas”. Ou seja, é a prevalência de determinadas ideologias e atitudes voltadas muitas vezes ao conservadorismo, mesmo se tratando de uma sociedade considerada como pluriétnica. Já o colonialismo interno diz respeito à prevalência desta hierarquização no âmbito do próprio Estado e seus atos sociopolíticos e, aqui, especificamente, jurídicos, ao responder certas demandas que envolvam grupos heterogêneos. Sob este viés, Nascimento menciona que:

Observa-se que nem a doutrina nem a jurisprudência dão conta de responder às demandas que surgem do cenário e da conjuntura de pluriétnicidade. Tampouco se articula com outros saberes, o que nos dá a sensação de que a descolonização não significou ruptura ou abandono das práticas de subordinação política e jurídica dos povos indígenas. O processo de reengenharia estatal adotou conteúdos normativos orientados pela dimensão multicultural, mas tão somente na superficialidade do reconhecimento formal do pluralismo cultural e da diversidade étnica. (NASCIMENTO, 2015, p. 64).

É possível perceber o colonialismo interno, também na forma como as provas são analisadas e valoradas pelo Juízo, como dispõe Ana Lúcia Lobato de Azevedo:

É preciso chamar a atenção, entretanto, para o fato de que existe uma hierarquia de provas, consideradas com mais ou menos valor probante na esfera judicial, de modo que o conhecimento que os índios possuem das terras que entendem serem suas tende a ter na prática dos tribunais um valor muito menor do que uma escritura pública, ainda que ela padeça de algum tipo de precariedade (AZEVEDO, 1998, p. 162).

Assim, o Poder Judiciário, enquanto garantidor da ordem jurídica de todo o ordenamento, ao invés de possibilitar a troca de saberes com os povos indígenas ao longo da judicialização do procedimento, como fim de compreender a questão territorial em sua profundidade e complexidade, apenas os ignoram ou não dão a devida atenção. Neste ponto, portanto, judicializar o reconhecimento territorial traz como consequência a imposição de decisões que podem sequer ter tido a participação efetiva dos povos indígenas na elaboração da

decisão, o que pode levar, portanto, a não efetividade dos direitos sob a visão indigenista. Assim aponta Sandra Nascimento ao se referir, de forma exemplificativa, sobre a Ação Cível Ordinária nº 312/BA:

O que não se encontra no corpo da sentença é qualquer referência etnológica sobre os indígenas e as etnias que representam os povos interessados, nem mesmo pelos advogados da comunidade no memorial que apresentaram. Quem são, o que pensam e como vivem é assunto que ficou circunscrito ao laudo antropológico. Do conteúdo deste, pelos elementos etnológicos, nenhuma linha foi transportada para a decisão. (NASCIMENTO, 2015, p. 52).

Quanto ao viés interpretativo de conceitos que dizem respeito diretamente aos direitos territoriais indígenas, foi possível perceber, também, que a judicialização tem proporcionado, como consequência, interpretações restritivas que impedem a garantia constitucional do direito originário à terra. O Supremo Tribunal Federal, em específico, é o órgão judicial responsável por garantir com que a Constituição Federal seja cumprida e respeitada por todos, contudo, no que tange aos direitos territoriais indígenas, ele tem se comportado como verdadeiro instaurador da insegurança jurídica. Os Ministros ora aplicam a noção de direito originário da forma abordada pelo Constituinte, ora decidem por inovar no ordenamento jurídico, o que implica em precedentes que, ainda que não sejam vinculantes formalmente falando, orientam os demais tribunais e juízes no mesmo sentido.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas menciona em seu artigo 8º que:

2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de:
- a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica;
 - b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos. (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Desta forma, sendo o Judiciário entidade estatal, este se submete as diretrizes estabelecidas pelas Nações Unidas, ou seja, atos como o da reinterpretção da Constituição, que privam os povos indígenas dos seus direitos territoriais sem nenhuma lógica argumentativa, não podem ser aceitos pelo Brasil enquanto membro da Organização das Nações Unidas.

Com as análises feitas na presente pesquisa, percebe-se que a judicialização do procedimento demarcatório “contribui decisivamente para a não efetivação dos direitos

territoriais indígenas [...], seja pela via de decisões judiciais que vão claramente contra ao que está previsto na Constituição Federal de 1988, quanto com a morosidade na tramitação de processos que tratam de terras indígenas.” (CALVANTE, 2017, p. 13). As intervenções judiciais tem fundamento legal no artigo 5º, inc. XXXV, da CF/88 que menciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(BRASIL, 1988), contudo, no âmbito da questão territorial indígena, a própria judicialização tem, por si só, lesado e ameaçado os direitos originários. Desta forma, questiona-se até que ponto continuará sendo permitidas demandas judiciais neste sentido e em que momento o procedimento demarcatório terá a sua legitimidade, veracidade e auto executoriedade reconhecidas e aplicadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terra para os povos indígenas detém um significado para além do espaço territorial de moradia e habitação, já que a cultura, a saúde e a educação dependem intrinsecamente dela. Em razão disto, é que o direito territorial indígena compreende a noção de território, termo mais amplo que permite alcançar esta relação diferenciada dos indígenas com a terra em si.

Foi levando em consideração este aspecto, que o Constituinte Originário, quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o direito territorial indígena, atribuiu ao seu objeto a terminologia “terra tradicionalmente ocupada”. Embora o território tenha esta importância e abrangência, na prática ele não tem alcançado a efetividade que se esperava, principalmente quando em conflito com um suposto direito de propriedade dos não-indígenas.

O direito dos povos indígenas aos seus territórios sempre foi reconhecido, de alguma forma, pelas legislações brasileiras, ora visando uma maior proteção, através da aplicação da Teoria do Indigenato, ora tentando retirar este direito pela visão da Teoria do Integracionismo. Certo é que, independentemente de previsão legal quanto a este direito, os “esbulhos” sofridos pelos povos indígenas sempre foram algo “comum” e, às vezes, até legitimado pelo próprio Estado. Assim, em razão desta dívida histórica com estes povos, é que a Constituição Federal de 1988 atribuiu a eles o direito originário aos seus territórios.

Reconhecer o direito territorial como sendo originário, significa dizer que ele precede a todo e qualquer direito previsto no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive o de posse/propriedade. Por este motivo, é que o Constituinte compreendeu que a declaração de um território como sendo indígena, poderia ser realizado, meramente, através de um procedimento administrativo, de competência da União. Por não haver a constituição, portanto, de um novo direito, não houve a necessidade de submeter este reconhecimento formal a um processo judicial, sendo este resguardado somente para o caso de violação ao princípio da legalidade, no que tange aos atos administrativos do procedimento demarcatório.

O reconhecimento territorial é composto por quatro fases, segundo o Decreto 1.775/96 que orienta o procedimento, sendo elas: identificação e delimitação; declaração e

demarcação física; homologação e registro. Contudo, atualmente, uma quinta fase tem sido incluída em quase todos os procedimentos demarcatórios: a judicialização, retirando, assim, toda a lógica constitucional de atribuir a União a competência exclusiva de demarcar o território indígena. Desta forma, um procedimento que por si só já tende a ser demorado, em razão de toda a sua complexidade, principalmente no que toca aos estudos realizados, vem sendo obstado sobremaneira em razão das interferências judiciais, o que tem levado, conseqüentemente, a não efetividade do direito originário reconhecido pela Constituição.

Demonstrou-se ao longo do trabalho algumas argumentações expedidas pelos não-indígenas e pelo próprio Magistrado no que tange a judicialização do procedimento demarcatório, a fim de verificar o quanto elas tem contribuído para a ineficácia do direito indígena territorial. O primeiro argumento analisado foi o da não observância do contraditório e da ampla defesa, bem como a não intimação pessoal dos interessados para se manifestarem sobre o reconhecimento territorial.

No que toca aos princípios basilares do contraditório e ampla defesa, apontou-se que os procedimentos administrativos seguem criteriosamente os atos dispostos no Decreto 1.775/96. Assim, a busca pelo Judiciário, nestes casos, se dá numa tentativa de se alcançar uma decisão favorável aos não-indígenas, já que as contestações administrativas não foram capazes de alterar a decisão do Poder Executivo pelo reconhecimento territorial. Já no que se refere ao requerimento de intimação pessoal dos interessados a respeito do procedimento demarcatório, este tem sido, claramente, um argumento sem nenhum embasamento legal, já que, como visto, o Decreto 1.775/96 não aponta sobre esta necessidade, bastando a publicação nos Diários Oficiais para que esta comunicação seja considerada como realizada.

A segunda declaração apontada na análise da judicialização do procedimento de demarcação foi a da necessidade de perícia antropológica para que haja a reafirmação ou não dos estudos antropológicos realizados em sede administrativa. Há Magistrados que compreendem que para que seja efetivado o reconhecimento territorial, não basta que a FUNAI já tenha realizado todas as pesquisas e estudos, devendo haver a elaboração de uma prova pericial para que seja demonstrado de forma incontestada, que o território em questão é considerado como sendo tradicionalmente ocupado por aquele determinado povo indígena. Ademais, sobre este mesmo ponto, há quem argumente a necessidade de realização desta perícia, sob a lógica de que, em

razão de os estudos antropológicos administrativos serem feitos por profissionais voltados às causas indígenas, seus resultados seriam totalmente parciais e tendentes ao reconhecimento territorial. Aqui evidencia-se uma tentativa de retirar a presunção *juris tantum* e a veracidade do procedimento demarcatório, mas com o uso de argumentações nem um pouco sólidas.

Por último, demonstrou-se a possibilidade de o procedimento administrativo ser paralisado pela simples judicialização da questão, ou seja, aqui sequer tem há a elaboração de um argumento para obstar o reconhecimento territorial. Como visto um processo judicial que visasse à discussão sobre a demarcação de um território, em tese, só poderia ser ajuizado somente após o fim do procedimento, com a homologação do Decreto pelo Poder Executivo, garantindo, assim, o regular prosseguimento da demarcação. Contudo, as demandas judiciais, na prática, além de ocorrem ao longo de todo o procedimento, ainda possuem o condão de paralisar a reconhecimento territorial, transformando-se, assim, num processo eminentemente judicial, em que a análise do mérito e decisão sobre a questão será do próprio Magistrado e não mais do Poder Executivo como determina a Constituição.

Desta forma, foi possível perceber que a argumentação expedida pelos não-indígenas quando da judicialização, possuem intuito meramente protelatório, a fim de tentar se alcançar a paralisação total do reconhecimento ou obstá-lo de alguma forma. Além disso, demonstrou-se que o próprio Judiciário tem retirado à legitimidade do procedimento demarcatório e impedido a sua auto executoriedade, gerando, como consequência, uma dificuldade cada maior de tornar eficaz o ditame constitucional acerca do direito originário.

Ainda sobre as consequências da interferência judicial no reconhecimento territorial indígena e na efetividade do direito originário, apontou-se na pesquisa as recentes interpretações judiciais quanto ao termo “terra tradicionalmente ocupada”, tendo como precedente o caso Raposa Serra do Sol. O acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no mencionado caso, atribuiu ao conceito constitucional de território indígena teses como a do marco temporal e do renitente esbulho e, ainda, criou 19 condicionantes para orientar a demarcação física e o exercício de usufruto dos povos indígenas.

Através da análise deste caso, compreendeu-se que, apesar de o Poder Judiciário não deter competência para solucionar o mérito da questão territorial, este tem ido além e interpretado a Constituição Federal em desfavor dos povos indígenas, retirando toda a lógica constitucional de

proteção e garantia de direitos destes povos. Além disso, esta recente reinterpretação, trouxe como consequência a judiciliazação de vários procedimentos demarcatórios e foi capaz, inclusive, de modificar reconhecimentos territoriais já realizados.

A pesquisa partiu da hipótese de que a judicialização do procedimento demarcatório tem contribuído de forma evidente para a não efetividade do direito originário dos povos indígenas aos seus territórios, tendo sido confirmada ao longo do trabalho. A partir das análises dos casos concretos, houve a verificação de que há uma tentativa de deslocar o reconhecimento territorial ao Poder Judiciário, sendo que este sequer possui capacidade para lidar com as questões indígenas, já que o Magistrado ainda é símbolo de hegemonia e exercício do colonialismo interno, ou seja, mais tendente a garantir o direito de posse/propriedade dos não-indígenas.

REFERÊNCIAS

- AGUILERA URQUIZA, Antonio H.; NASCIMENTO, Adir Casaro. Povos indígenas e as questões da territorialidade. In: AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.). **Culturas e história dos povos indígenas em mato Grosso do Sul**. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2013. 334 p. Parte I.
- ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Desafios na proteção da posse constitucional de terras indígenas pelo poder judiciário**. Biblioteca Digital do Ministério Público Federal. 6ª CCR – Populações indígenas e comunidades tradicionais. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83428?show=full>>. Acesso em: 11 out. 2020.
- ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas – uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- APARICIO, Adriana Biller. **O instituto do indigenato e teoria crítica: a possibilidade de reinvenção do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da análise da territorialidade e dos processos de luta Guarani**. 2018. 253 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.
- AZEVEDO, Ana Lúcia Lobato de. A participação do Poder Judiciário na definição da terra indígena. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria Ltda, 1998.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.
- BARBOSA, Samuel. Introdução. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). **Direitos dos Povos Indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. Introdução, p. 11-15.
- BATISTA, Juliana de Paula; GUETTA, Mauricio. A judicialização das demarcações de terras indígenas: O caso de Morro dos Cavalos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). **Direitos dos Povos Indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. Cap. 8, p. 237-277.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Quadro de Análise da ONU: configurada situação de risco de atrocidade. In: CENTRO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). (Brasil). **Relatório da Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil: dados de 2015**. 232 Relatório Técnico, 2016. Disponível em: <www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2017.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo; NETO, Pedro Bigolin. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 08, n.1, 2017, p. 156-195.

Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/dep.2017.21350>>. Acesso em: 10 out. 2020

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Mesas das Casas do Congresso Nacional, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 10.088**, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=L0601%2D1850&text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimen to%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=L6001&text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20C3%8Dndio.&text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20regula,e%20harmoniosamente%2C%20C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional.>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. **Nota técnica nº 02/2018-6CCR**, 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2018/nt02_2018.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 10.994. Relator: Min. Denise Arruda. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 de março de 2006. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501506828&dt_publicacao=27/03/2006>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária 312. Relator: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça Eletrônico**, 21 de março de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória 2.686. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, 30 de maio de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314259952&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 4.243. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753534584>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 34.563. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 16 de junho de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15043501>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462. Relator: Min. Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 368. MS 21.896. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 03 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo368.htm>>. Acesso em: 17 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.045. Relator: Min. Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86078>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 25.463. Relator: Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 02 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14789299/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-25463-df-stf-MS-25463>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 25.550/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho41639/false>> . Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.250. Relator: Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 de outubro de 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754130369>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388. Relator: Min. Ayres Britto. **Diário de Justiça Eletrônico**, 17 de abril 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 44.585/MT. Relator: Ministro

Ribeiro da Costa. **Data do julgamento**, 30 de outubro de 1961. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=144244>>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 183.188. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, 14 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=227169>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 416.144. Relator: Min. Ellen Gracie. **Diário de Justiça Eletrônico**, 01 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95490/false>>. Acesso em: 17 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Diário de Justiça Eletrônico**, 01 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>>. Acesso em: 17 nov. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.542. Relator: Min. Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218303>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365. Relator: Min. Edson Fachin. **Diário de Justiça Eletrônico**, 11 abril de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339909193&ext=.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão Liminar 94-2. Relator: Ministro Nelson Jobim. **Diário de Justiça Eletrônico**, 19 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/SL94.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 0000932-04.2006.4.01.3301**. Relator: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/903066690/apelacao-civel-ac-ac-9320420064013301/ementa-903066720>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 325379**. Relator: Desembargador Federal Paulo Fontes. **Diário de Justiça Eletrônico**, 27 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4718066>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível 917.377**. Relator: Desembargador Federal Andre Nabarrete. **Diário de Justiça Eletrônico**, 08 de julho de 2008. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>>. Acesso em: 17

nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação/Reexame Necessário 32455**. Relator: Desembargador Federal Antonio Cedenho. Diário de Justiça Eletrônico, 22 de maio de 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2776508>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Processo - 2001.60.00.003866-3/MS**. Relator: Desembargador Federal Andre Nabarrete. Mato Grosso do Sul, 27 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=3>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5005684-03.2014.404.7202/SC**. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Diário de Justiça Eletrônico, 18 de junho de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 2006.70.12.000379-3/PR**. Relator: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Diário de Justiça Eletrônico, 12 de novembro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3057921>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRITTO, Gladstone Avelino. Direito e erros na demarcação de terras indígena. **Agrária**, São Paulo, n. 19, p. 34/60, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1808-1150.v0i19p34-60>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRITO, Nilza Bispo. **Terra e terra de índio – Discutindo território**. VII Jornada internacional de Políticas Pública, 2015. Universidade Federal do Maranhão. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo12/terra-e-terra-de-indio-%E2%80%93-discutindo-territorio.pdf>

BORGES, Antonino Moura. **Terras Indígenas e seus conflitos atuais**. 1 ed. Campo Grande: Contemplar, 2014.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **A Interculturalidade Crítica como possibilidade para um diálogo sobre as territorialidades no Brasil**. TELLUS ano 17, n.32, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.20435/tellus.v17i32.434>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. “Terra indígena”: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico”. **História** (São Paulo) v. 35, e75, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1980-436920160000000075>>. Acesso em: 09 out. 2020.

DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 13 de setembro de 2007. Disponível em: <http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: perguntas e respostas. Representação da UNESCO no Brasil, UNIC-Rio e ISA. Brasília, setembro de 2008. Disponível em: < <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000162708>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

FERREIRA, Rebeca Ariel Aparecida de Campos. Marco Temporal para quem dos direitos dos povos indígenas ao território tradicional. *In*: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (Org.) **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. Brasília: EDITORA ANPR, 2018, p. 326-374.

GALLOIS, Dominique Tilkin. **Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza (ISA)**, 2004. Disponível em:<https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/dgallois-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos poderes? O poder executivo e a tripartição de poderes no Brasil**. Departamento de Direito da Universidade de Salvador: UNIFACS, 2012. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WzRGnC32g14J:https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2008/discente/dis16.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 17 nov. 2020

GUTIERREZ, José Paulo. NOGUEIRA, Daniela Saab. Marco temporal da ocupação: a desconsideração do paradigma. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 153-167, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9000>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

HABITAT. *In*: Priberam, Dicionário. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/habitat>>. Acesso em: 11 out. 2020.

JUZINKAS, Leonardo; Ayres, Rodrigo. **Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 18 – n. 53, p. 13-40 – jan./jun. 2019. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-53-janeiro-junho-2019/breves-apontamentos-acerca-de-causas-e-consequencias-na-adoacao-do-marco-temporal-em-materia-de-terra-indigena>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LEWANDOWSKI, Andressa. Do contrato ao status: as terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Ilha**, v. 21, n., p. 226-257, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/2175-8034.2019v21n1p226>>. Acesso em: 12 out. 2020.

MACHADO, Eloísa; FERRARO, Luíza. STF engaveta ações sobre demarcação de terras indígenas, aponta pesquisa. **UOL**, 30 out. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/10/30/stf-engaveta-acoes-sobre-demarcacao-de-terras-indigenas-diz-pesquisa.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

- MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; SOUZA JUNIOR, Gilberto Romeiro de. **O Judiciário e a demarcação de terras indígenas: o caso de Pernambuco.** Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 18(3), 747-762.2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.18593/ejll.12014>>. Acesso em: 21 set. 2020.
- MATHIAS, Fernando; YAMADA, Erika. **Declaração da ONU sobre direitos dos povos indígenas.** Povos Indígenas no Brasil (PIB). Abril, 2010. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Declara%C3%A7%C3%A3o_da_ONU_sobre_direitos_dos_povos_ind%C3%ADgenas>. Acesso em: 18 dez. 2020.
- MENDES JUNIOR, João. **Os indígenas do Brasil – seus direitos individuais e políticos.** Edição Fac-similar do original. Typ. Irmãos Hennes, 1912. Comissão pro-indio de São Paulo, 1988. Disponível em: <https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Os_Indigenas_do_Brazil.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.
- MIOTTO, Tiago. Comunidade Guarani Kaiowá busca reverter no STF decisão que anulou demarcação. **CIMI**, Brasília, 10 set. 2018. Disponível: <<https://cimi.org.br/2018/09/comunidade-guarani-kaiowa-busca-reverter-no-stf-decisao-que-anulou-demarcacao/>>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- NASCIMENTO, Sandra. **Colonialidade do Poder no Direito e Povos Indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Nãnde Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucui no Chile.** 2016. 516f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016.
- NASCIMENTO, Sandra. **Os caciques e os juizes: os direitos humanos entre as fronteiras do direito oficial, da diversidade cultural e da territorialidade ancestral indígena.** Especiaria – Cadernos de Ciência Humanas. V. 14, . 26, jan./jun. 2015, p.41-70. Disponível em: <<https://periodicos.uesc.br/index.php/especiaria/article/view/1050>>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- NEVES, Lino João de Oliveira. Juridificação do processo de demarcação das terras indígenas no Brasil ou Antropologia/Direito: grandes esperanças ou aliados perigosos na regulação social do movimento indígena no Brasil? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 55, p. 113/129, nov. 1999. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/55/Lino%20Joao%20de%20Oliveira%20Neves%20-%20As%20terras%20indigenas%20no%20Brasil.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2020
- SANTA, Carolina Ribeiro; CARDOSO, Thiago Mota. Direitos territoriais indígenas às sombras do passado. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 01, 2020, p. 89-116. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v11n1/2179-8966-rdp-11-01-89.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2020.
- SANTANA, Carolina Ribeiro. Direitos territoriais indígenas e o marco temporal: o STF contra a Constituição. In: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Lívia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (Org.) **Índios, Direitos Originários e Territorialidade.** Brasília: EDITOTA ANPR, 2018, p. 451-479.

SANTANA, Carolina. **Direitos territoriais indígenas: o Poder Judiciário contra a Constituição**. Anais ENADIR, 2015.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos. Terras Indígenas: Súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião. **Documentos e Publicações da 6ª CCR – Populações indígenas e comunidades tradicionais**. 2005. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_dr-_roberto_lemos.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SANTOS, Samara Carvalho. **A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO TERRITORIAL INDÍGENA: Uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil**. 2020. 119. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, UNB, 2020.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). **Direitos dos Povos Indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. Cap. 1, p. 17-42.

STARCK, Gilberto; BRAGATO, Fernanda Frizzo. O impacto da tese do marco temporal nos processos judiciais que discutem direitos possessórios indígenas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 8, n. 1, 2020, p. 245, 282. Disponível em: < <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Débora Macedo Duprat de Britto. **Demarcação de terras indígenas: o papel do Judiciário**. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/83449>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2013.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do índio**. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.