



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO ACADÊMICO**

**ZAYDA TORRES LUSTOSA COELHO**

**DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O STF: UMA ANÁLISE PARA  
ALÉM DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO FIXADO NA PET 3388/RR**

**FORTALEZA**

**2019**

ZAYDA TORRES LUSTOSA COELHO

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O STF: UMA ANÁLISE PARA  
ALÉM DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO FIXADO NA PET 3388/RR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

C621d Coelho, Zayda Torres Lustosa.  
Demarcação de terras indígenas e o STF : Uma análise para além do marco temporal de ocupação fixado na PET 3388/RR / Zayda Torres Lustosa Coelho. – 2019.  
119 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Profa. Dra. Raquel Coelho de Freitas.

1. Demarcação de terras indígenas. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Marco Temporal. 4. Participação indígena. 5. Legitimidade democrática de decisões judiciais. I. Título.

CDD 340

---

ZAYDA LUSTOSA TORRES COELHO

**DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O STF: UMA ANÁLISE PARA  
ALÉM DO MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO FIXADO NA PET 3388/RR**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Raquel Coelho de Freitas (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. José Mendes Fonteles Filho  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Gerson Augusto de Oliveira Junior  
Universidade Estadual do Ceará (UECE)

## AGRADECIMENTOS

A **Deus**, que tudo providencia do jeito dEle, no tempo dEle.

À mainha, minha mãe, **Simone Torres**, mulher guerreira que nos dá lições diárias de como superar os percalços que a vida se nos lhes impõe. Por ti, tudo o que ao meu alcance estiver farei, para te ver feliz!

Aos meus filhos, **João Pedro e Maria Ester**, razão de tudo, ensinam-me todos os dias a alegria de viver.

Ao meu amado marido, **Jean**, pela compreensão nos momentos de tantas ausências durante essa jornada. Você segurou a barra em momentos fundamentais.

À **Mãe Teté, vô Raimundo e vó Neusa**, minha ancestralidade de referência, carrego dentro de mim a força telúrica que os movia.

Ao meu pai, **João Tadeu** (*in memoriam*), viver tua passagem para o “outro plano” no curso do mestrado desafiou-me a vencer o espanto, o desânimo. Para ti meu pai, dedico essa dissertação. Sinto muito tua falta.

Aos **irmãos, sobrinhos e cunhados(as)**, pela palavra amiga nos momentos mais difíceis.

A **Hellen Duarte**, cunhada e amiga, e a **Roberto Carlos Rocha da Silva**, pelo apoio na preparação para viver essa caminhada. A acolhida, o “ombro amigo”, deram a certeza que esse sonho seria realizado.

À Prof. Dra. **Raquel Coelho de Freitas**, querida professora-orientadora para o mestrado e para a vida! Em muitos momentos, suas palavras de força, carinho e determinação me impulsionaram para a finalização desta etapa acadêmica.

À **Fabília Helena Linhares Coelho da Silva Pereira**, minha nega, por ser tão especial nessa caminhada, sempre comigo, e de fundamental importância nesta etapa de conclusão de trabalho, por me comple(men)tar nas minhas ideias, no viés lucidez e racional. À **Natallie Alves de Almeida**, amiga fiel que nunca me abandonou, socorreu-me nos momentos de desânimo. Às duas, por sempre acreditarem em mim, é que esse trabalho se cristalizou.

À **Isabelly Cysne Augusto Maia**, uma amiga que o mestrado me presenteou. Amiga *belchioriana*. Admiro-te demais, acima de tudo pela tua generosidade e leveza.

A **Jonas Torres**, primo, cunhado e amigo, cada vez mais perto de mim (“estamos sob o mesmo céu, é só sentir”). Ensina-me sobre coisas fundamentais: música e essência humana. Um ser lindo que voa (meu *blackbird*) e, conscientemente, evolui por onde pisa (ou será por onde pousa?).

A **Augustino Chaves**, pelas valiosas lições: “quem só sabe Direito nem direito sabe” (a advertência de Pontes de Miranda) e “somos os laços que tecemos uns com os outros”, muito obrigada pelas *augustas pontes*.

Aos **colegas e amigos da 12ª Vara do Trabalho de Fortaleza**, especialmente ao Dr. **Antonio Teófilo Filho**, e diretora e amiga **Ana Cláudia Arcoverde de Moura**, agradeço o apoio e a compreensão durante essa jornada acadêmica. Certamente, sem o apoio e compreensão de vocês, o caminho acadêmico tivesse sido mais árduo.

Ao **KADEZ**, amigas para toda a vida.

Um agradecimento especial ao **PPGD/UFC**, corpo docente e funcionários (Heloísa de Paula, nossa “Helô”), muito obrigada!

Enfim, agradeço a todos que compartilharam desse sonho e projeto de vida.

“É uma história nova sem nenhuma novidade, e uma perpétua novidade sem nenhuma coisa de novo.”

(Padre Antônio Vieira, História do Futuro, I,173)

“No presente a mente, o corpo é diferente  
E o passado é uma roupa que não nos serve  
mais”.

(Belchior, Velha roupa colorida, Alucinação, 1976)

## RESUMO

O presente trabalho se destina a pesquisar como o Supremo Tribunal Federal (STF) interpretou o disposto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que garante aos índios direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, bem como identificar quais ferramentas podem ser utilizadas para se avançar nas decisões que até agora trataram da matéria. Inicialmente, a pesquisa teve como base entender as questões que figuraram como razões de decidir na Petição 3388/RR, como marco temporal de ocupação, renitente esbulho e as respectivas condicionantes. Como, nessa decisão, o STF definiu que a delimitação para demarcação de terras indígenas no Brasil teria como base aquelas em que os índios estivessem ocupando em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da CF/88, conclui-se que esse critério não atendeu às especificidades de diversos casos que chegariam posteriormente ao Poder Judiciário. A metodologia de pesquisa utilizada foi a bibliográfica e documental, objetivando aprimorar as ideias por meio do colhimento de informações acerca do tema em foco e abordando-os de modo crítico. Aponta-se que, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, em andamento no STF, deve a Corte Constitucional brasileira buscar proferir decisão que se importe com a legitimidade democrática, especialmente diante do exercício da jurisdição constitucional em caráter contramajoritário, em face da demanda se referir a interesse de minorias indígenas. Para tanto, sugere-se que, após dez anos da fixação da criticada tese do marco temporal de ocupação, o STF deve avançar e buscar a participação e a influência, no processo do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC, das comunidades indígenas envolvidas, bem como das decisões do próprio STF que já evoluíram no tema, como a ADI 3239 dos povos tradicionais quilombolas, e ainda das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dialogando com a semântica do conceito de propriedade coletiva indígena, que valoriza questões imateriais, culturais e ancestrais.

**Palavras-chave:** Demarcação de terras indígenas. Supremo Tribunal Federal. Marco Temporal. Participação indígena. Legitimidade democrática de decisões judiciais.

## ABSTRACT

This paper aims to investigate how the Federal Supreme Court (STF) interpreted the provisions of article 231 of the 1988 Federal Constitution (CF/88), which guarantees Indians original rights over the land they traditionally occupy, as well as to identify which tools can be used to advance the decisions that have so far dealt with the matter. Initially, the research was based on understanding the issues that figured as reasons to decide in Petition 3388/RR, as a temporal landmark of occupation, reluctant fuss and the respective conditions. Since, in this decision, the STF defined that the demarcation of indigenous lands in Brazil would be based on those in which the Indians were occupying on October 5, 1988, the date on which the CF/88 was promulgated, it was concluded that this criterion did not meet the specific requirements of several cases that would later reach the Judiciary. The research methodology used was the bibliographic and documentary, aiming to improve the ideas by gathering information on the theme in focus and approaching them critically. It is pointed out that, in the judgment of Extraordinary Appeal 1.017.365/SC, in progress in the STF, the Brazilian Constitutional Court should seek to render a decision that is concerned with democratic legitimacy, especially when facing the exercise of constitutional jurisdiction in character against the majority, in view of the claim referring to the interests of indigenous minorities. To this end, it is suggested that, ten years after the establishment of the criticized thesis of the temporal framework of occupation, the STF should advance and seek the participation and influence, in the process of Extraordinary Appeal 1.017.365/SC, of the indigenous communities involved, as well as the decisions of the STF itself that have already evolved in the subject, such as ADI 3239 of traditional quilombola peoples, and also the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, in dialogue with the semantics of the concept of indigenous collective property, which values immaterial, cultural and ancestral issues.

**Keywords:** Demarcation of indigenous lands. Federal Supreme Court. Temporal Framework. Indigenous participation. Democratic legitimacy of judicial decisions.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS PELA ÉGIDE DO MARCO TEMPORAL: ANÁLISE DA PET 3388/RR.....</b>	<b>16</b>
<b>2.1 INCURSÃO DA NARRATIVA PROCESSUAL DA PET 3388.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2 PROBLEMATIZANDO O MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO INDÍGENA. ....</b>	<b>20</b>
<i>2.2.1 Os antecedentes jurisprudenciais da tese acerca da ocupação indígena na data da promulgação da Constituição Federal.....</i>	<i>21</i>
<i>2.2.2 Do renitente esbulho. Por que está na ementa? .....</i>	<i>25</i>
<b>2.3 ANÁLISE DO JULGAMENTO DOS EDS DA PET 3388 .....</b>	<b>30</b>
<b>3 AS INFLUÊNCIAS DA TESE DO MARCO TEMPORAL, DO RENITENTE ESBULHO E DAS “CONDICIONANTES” APÓS O CASO RAPOSA SERRA DO SOL – PET 3388 .....</b>	<b>38</b>
<b>3.1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES .....</b>	<b>40</b>
<b>3.2 CASOS SEGUINTE QUE FORAM INFLUENCIADOS PELA TESE DO MARCO TEMPORAL.....</b>	<b>43</b>
<i>3.2.1 Do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 (RMS nº. 29.087) .....</i>	<i>43</i>
<i>3.2.2 Do Recurso em Mandado de Segurança nº 29.542 .....</i>	<i>51</i>
<i>3.2.3 Do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº ARE 803.462/MT .....</i>	<i>54</i>
<i>3.2.4 Ações civis ordinárias nº. 362 e 366 (julgados conjuntamente em 16 de agosto de 2017). .....</i>	<i>58</i>
<b>4 A CONSTRUÇÃO DE UM TRATAMENTO JUDICIAL MAIS ADEQUADO AOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS .....</b>	<b>64</b>
<b>4.1 O PODER JUDICIÁRIO PODE INTERVIR NA DELIMITAÇÃO DE DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS? .....</b>	<b>64</b>
<b>4.2. SE PODE, ENTÃO COMO FAZ? COMO PODE DECIDIR? .....</b>	<b>68</b>
<i>4.2.1. A nova feição do contraditório em cotejo com o dever de fundamentação das decisões judiciais no constitucionalismo democrático.....</i>	<i>68</i>
<b>4.2.2 COMO O JULGAMENTO DA ADI 3239 PODE SERVIR DE PARÂMETRO ARGUMENTATIVO PARA A ANÁLISE DO RE Nº 1.017.365/SC? .....</b>	<b>76</b>

<b>4.3 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.017.365/SC (REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA PELO PLENÁRIO, POR UNANIMIDADE, EM 21 DE FEVEREIRO DE 2019 (DJE 11 DE ABRIL DE 2019))?</b> .....	<b>92</b>
<i>4.3.1. Breve resumo do caso</i> .....	<i>92</i>
<i>4.3.2 Da questão constitucional afetada ao STF: O que deve decidir?</i> .....	<i>95</i>
<i>4.3.3 Da questão constitucional afetada: Como e o que deve decidir?</i> .....	<i>102</i>
<b>4.4 ÍNDIOS CONSTITUCIONALIZADOS: QUAL O ATUAL CENÁRIO?</b> .....	<b>105</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>110</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>113</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao decidir a questão em torno da PET 3388/RR, tratou e instituiu o marco temporal como a delimitação para demarcação de terras indígenas no Brasil. Nesse rumo, no segundo capítulo, trata-se de onde surgiu o marco temporal, os antecedentes jurisprudenciais que trazem a compreensão da prática jurisprudencial de que se deve proteger a posse indígena na atualidade da Constituição, havendo antecedentes do próprio STF que conferem essa proteção mesmo antes de 1988. Contudo, em relação à forma como essa proteção constou na PET 3388, essas questões foram aperfeiçoadas. Assim, o STF, ao estabelecer os marcos regulatórios (na PET 3388/RR, alcunhou de “conteúdo positivo do ato demarcatório”), pontuou, dentre eles, que as terras pertencentes aos índios é, na dicção constitucional, aquelas que tradicionalmente **ocupam** (não as que já ocuparam ou mesmo as que virão a ocupar).

Pela construção discursiva do STF, conclui-se que por ocasião da promulgação da CF/88, bateu-se uma “chapa radiográfica” da situação territorial das terras dos índios, e a partir de então é possível verificar quais terras ocupam. A citada PET é uma ação popular ajuizada perante o STF que objetivava a demarcação de terras indígenas em ilhas (ou por aldeamentos, permitindo que nos espaços entre uma etnia e outra pudesse haver ocupação por não-índios), e não uma demarcação contínua, tese não acolhida pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, que envolvia a ocupação por cinco etnias indígenas.

Pela interpretação que se deu ao julgado da PET 3388, além das terras que os índios estavam ocupando em 05 de outubro de 1988, a decisão judicial também lhes garantia as terras objeto de renitente esbulho. Ou seja, seria assegurada a posse da terra para aquelas comunidades indígenas que, embora não estivessem nela em 05 de outubro de 1988, pudessem a ela retornar caso estivessem afastados por esbulho de não-índios. Nesse caso, o STF relativizou seu próprio conceito de “terras que **ocupam**”, ou seja, não adotou a sua, já criticada, interpretação literal do dispositivo constitucional.

Em que pese a adoção de posicionamento contrário ao pedido na inicial da ação popular, a solução jurídica dada pelo STF trouxe algumas consequências à interpretação dos direitos territoriais indígenas. Esse tema será focado no terceiro capítulo, abordando-se o caso Raposa Serra do Sol como caso paradigmático para outros, especialmente a construção da tese do *marco temporal*.

Ocorre que mesmo com o objetivo de transcender o julgado da PET e alcançar outras decisões judiciais sobre o tema, é importante que se discuta o que se pode considerar

como fruto da PET e da tese do marco temporal, do renitente esbulho e das “condicionantes” para os demais casos levados ao Poder Judiciário, considerando que, em alguns casos (RMS 29.087, RMS 29.542 e ARE 803.462), esses conceitos não foram adequados para a solução desses casos, por questões processuais e ainda por questões de mérito.

Quanto às incongruências processuais, identifica-se que foram tratados em ações de notória impossibilidade de questionar e analisar fatos, seja em sede de Mandado de Segurança, que somente pode se ater a matéria de direito, seja na reapreciação de matéria fática em sede de Recurso Extraordinário. O mérito dessas causas, quando analisados tomando como base a PET 3388, também resta prejudicado, considerando que a mera aplicação do marco temporal, desconsidera as diversidades de realidade em relação à presença indígena, inclusive porque as matérias levadas ao Poder Judiciário necessitam de maiores investigações, além da simples verificação se havia ocupação em 05 de outubro de 1988.

Nesse aspecto, contextualizando-se a posição do STF em importante caso de demarcação territorial indígena, o presente trabalho destina-se a abordar como o Brasil pode melhor resguardar os direitos territoriais indígenas para além do marco temporal de ocupação forjado na PET 3388/RR.

Considerando que o marco temporal fixado na PET 3388 não fornece os elementos adequados para análise da questão dos direitos territoriais indígenas, o STF terá uma nova oportunidade de apreciar o tema no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365/SC, no qual já se reconheceu repercussão geral. Justifica-se a atualidade dessa discussão neste momento em que o STF está prestes a novamente se debruçar sobre os direitos territoriais indígenas. O objetivo central é propor que essas questões possam ser solucionadas para além da mera aplicação da tese do marco temporal, tendo em vista que ela não se coaduna com todos os casos de demarcação de terras indígenas, problema bem mais complexo e que não poderia ser solucionado com uma mera fixação de “chapa radiográfica”.

Entretanto, outras questões ainda merecem ser levantadas, especialmente se o Poder Judiciário poderia, ou ainda, se teria legitimidade para construir um estatuto jurídico demarcatório. E se for possível, no RE 1.017.365/SC, de que modo o STF deveria enfrentar a questão e quais as possibilidades hermenêuticas que a Corte Constitucional brasileira pode dar ao artigo 231 da CF/88? Essas questões serão abordadas no quarto capítulo.

A posição adotada neste trabalho é pela possibilidade do STF para resolver a demanda, especialmente porque está enfrentando a questão no seu papel contramajoritário e na defesa dos direitos de minorias. Contudo, essa atuação somente se autoriza se o STF agir com legitimidade democrática, ou seja, com o máximo de democracia possível. O que pode ser

alcançado no processo judicial constitucional com decisões judiciais tomadas como fruto do diálogo discursivo e assim resolvendo problemas a partir da análise de dados que podem ser levados em consideração para solução do caso interposto ao Poder Judiciário. Assim, os argumentos das partes devem ser levados em consideração (efetivo contraditório) e ainda é importante a presença de *amicus curiae*, da academia e da sociedade civil, a realização de audiências públicas e de diálogos entre Cortes, especialmente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já evoluiu em suas decisões para considerar, pela via interpretativa, a propriedade territorial indígena como bem material e imaterial, coletivamente considerada (art. 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Assim, o que se espera do RE em curso no STF é que o marco temporal seja reconhecido como parâmetro que precisa ser evoluído. A título propositivo, acredita-se que o STF deve reconhecer a necessidade de investigação do fato jurídico relevante consistente na não presença indígena naquela terra em 05 de outubro de 1988, diante de todo o histórico de proteção constitucional aos direitos territoriais indígenas desde 1934.

Desse modo, utilizando-se de metodologia analítica e descritiva, considerando que se optou por enfatizar os votos e as discussões relevantes ao entendimento de como o Supremo Tribunal Federal tratou a questão da demarcação de terras indígenas, a fim de contextualizar as discussões propostas neste trabalho com aquelas que permearam os casos levados ao STF.

Daquilo que foi divisado acerca do eixo temático da questão constitucional afetada ao STF, traça-se a evolução interpretativa temporal, a partir da PET 3388, que se diga, para o caso concreto, foi positiva aos povos indígenas porque manteve a demarcação contínuas das terras do complexo Raposa Serra do Sol. Algumas decisões subsequentes - fala-se das decisões da RMS 29.087, RMS 29.542 e ARE 803.462 - foram desastrosas, pois, ao imprimirem uma interpretação bastante restritiva, fizeram retroceder a proteção aos direitos territoriais indígenas. O julgamento das ACOs 362 e 366 já indicava uma postura de mudança, no sentido de retomar o avanço da proteção desses direitos. Por sua vez, o julgamento da ADI 3239 representa um marco evolutivo importante, pois trouxe perspectivas, argumentos e teses consentâneas com a CF/88; e, embora tenha tratado de direitos territoriais dos remanescentes de comunidades quilombolas, muitas das premissas lá desenhadas servirão de parâmetro argumentativo para as demarcações indígenas.

Assim, como a ADI 3239 tratou de povos igualmente tradicionais, segmentos minoritários-étnicos, entende-se que as mesmas premissas lá traçadas ao exame de casos similares de indígenas, de modo a construir bases na formulação de decisão adequada a ser proferida no RE nº 1.017.365/SC, em trâmite no STF.

Ademais, sugere-se o que pode ser esperado do STF na análise do RE que efetivamente as partes tenham participação, que os argumentos trazidos sejam enfrentados e que seja reconhecido que os elementos chaves da fundamentalidade dos direitos territoriais indígenas relacionam-se com o conceito de direitos originários das terras de ocupação tradicional. Essa construção possibilitaria que as futuras decisões do STF considerassem a necessidade de investigar as causas da eventual não presença indígena nas terras (superando a já adotada tese do marco temporal), a fim de proteger laços ancestrais e culturais relacionados com o exercício do direito fundamental a posse dos territórios tradicionalmente ocupados.

## 2 OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS PELA ÉGIDE DO MARCO TEMPORAL: ANÁLISE DA PET 3388/RR

A partir do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, a questão constitucional dos povos indígenas, notadamente no que toca ao seu cerne, os direitos territoriais relativos à ocupação tradicional, com a contrapartida do dever da União em proceder à respectiva demarcação fundiária, ganha amplo destaque na sociedade em geral, e não somente entre juristas, antropólogos, academia científica. Passa-se a discutir o tema do *índio no discurso judicial*. Trata-se da primeira e mais importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), envolvendo comunidades indígenas, após a vigência da nova ordem constitucional, a partir de 5 de outubro de 1988. É uma emblemática atuação da jurisdição constitucional em tema de minorias.

Neste segundo capítulo, pretende-se analisar a ação popular PET 3388, iniciando-se com um brevíssimo resumo do caso: quem ingressou, o que postulou, como, quando, os incidentes processuais, a decisão proferida, eventuais recursos, até o seu encerramento definitivo. Tratando-se, sucintamente, do histórico processual.

Em seguida, examina-se, criticamente, a tese jurídica do *marco temporal de ocupação indígena*, bem como o seu desdobramento - o *renitente esbulho* -, cunhado pelo próprio STF à revelia das partes e de terceiros intervenientes, durante o julgamento da referenciada ação judicial.

Esclarece-se que esta problematização será desenvolvida a partir dos discursos dos ministros do STF, mediante análise descritiva e crítica dos votos proferidos, dos debates/discussões orais travados por ocasião do julgamento desta paradigmática demanda judicial.

### 2.1 Incursão da narrativa processual da PET 3388

No dia 20 de abril de 2005, os então senadores da República pelo Estado de Roraima, Srs. Augusto Affonso Botelho Neto e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (este, na qualidade de assistente), ingressaram com Ação Popular em face da União, postulando a declaração de nulidade da Portaria nº. 534/2005, de 13 de abril de 2005, e Decreto (sem número) do Presidente da República, de 15 de abril de 2005, que declarou e homologou a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol. A impugnação, em suma, cingia-se ao modelo *contínuo* de demarcação que envolvia cinco comunidades indígenas, quais sejam, Macuxi, Wapixana,

Taurepang, Ingarakó e Patamona. Defendia o autor da ação a demarcação descontínua ou “em ilhas”.

Após instrução do feito e remessa dos autos ao MPF para parecer, ingressaram na lide: 1) a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, na qualidade de terceira interessada; 2) o Estado de Roraima; 3) Lawrence Manly Harte e outros; 4) a Comunidade Indígena Barro e outras; e 5) a Comunidade Indígena Socó.

O julgamento foi iniciado em 27 de agosto de 2008. O relator da ação popular, ministro Carlos Britto, apresentou seu voto de 88 páginas (BRASIL, 2008, p. 255-342). Sendo este magistrado quem apresentou a tese do marco temporal de ocupação, como um dos marcos regulatórios do ato de demarcação de terras indígenas. Assim o descreve:

I - **o marco temporal da ocupação**. Aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente **ocupam**, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar *uma pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro**. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a **chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígene. Exclusivo **uso e fruição** (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. art. 231), devido a que "os recursos minerais, inclusive os do subsolo", já fazem parte de uma outra categoria de "bens da União" (inciso IX do art. 20 da CF); (grifo nosso, pág. 295-296).

Após discorrer sobre dezoito tópicos relativos a dispositivos constitucionais atinentes à questão indígena, votou pela improcedência da ação popular, mantendo a demarcação administrativa da terra Raposa Serra do Sol.

Em seguida, passou a Corte a analisar a questão de ordem suscitada pelo relator, ao que deliberou por admitir a intervenção simples da FUNAI, Estado de Roraima, Lawrence Manly Harte, Comunidade Indígena Barro e outras, e Comunidade Indígena Socó (BRASIL, 2008, p. 343-354). O julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista formulado pelo ministro Menezes Direito (BRASIL, 2008, p. 355), não sem antes o então Presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, externar o desejo de “ainda neste semestre encerrar este julgamento” (BRASIL, 2008, p. 356).

O julgamento foi retomado em 10 de dezembro do mesmo ano, com a apresentação do voto-vista (80 laudas) do ministro Menezes Direito (BRASIL, 2008, p. 359-418). No que toca ao tema objeto do presente estudo, propôs este ministro a teoria do fato indígena, em substituição à do indigenato<sup>1</sup>. Aduz o magistrado que:

[...] uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1998) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta. (BRASIL, 2008, p. 384).

Ao fim do voto, considerando que a Portaria nº. 534/2005 olvidou disciplinar o usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras, decidiu acolher, parcialmente, o pedido do autor para estabelecer “salvaguardas institucionais”, que dizem respeito ao usufruto dos índios sobre suas terras<sup>2</sup>.

Em que pese o pedido de vista, formulado pelo ministro Marco Aurélio Mello, votaram, antecipadamente, a ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2008, p. 433-480), que, ao manter a validade da Portaria ora impugnada, acompanhou, em parte, o ministro relator, com as “achegas” trazidas pelo ministro Menezes Direito, fazendo, porém, algumas retificações a estas, pelo que, ao fim, julgou parcialmente procedente a ação. Embora nada mencione acerca do marco temporal, nos debates que se seguiram, ao comentário do ministro Cezar Peluso no sentido de que “se a posse foi verificada em 05 de outubro, não pode ser ampliada, porque naquela época não havia outra”, tendo a ministra concordado com o referido ministro (BRASIL, 2008, p. 482).

O próximo a votar, ministro Ricardo Lewandowski, que, aderindo à teoria do fato indígena, acolheu, ainda, as dezoito propostas engendradas pelo ministro Menezes Direito (BRASIL, 2008, p. 509).

---

<sup>1</sup> Importante trabalho que perpassa, numa perspectiva historiográfica, a teoria do Indigenato de João Mendes Jr, nos dias atuais, inclusive realiza um cotejo dessa teoria com o marco temporal de ocupação, A DEMARCAÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA E O PROBLEMA DO “MARCO TEMPORAL”: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INDIGENATO DO MINISTRO JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR (1856-1923), de Bruno da Silva Antunes de Cerqueira, (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 143-169). Tem-se ainda o artigo A DEMARCAÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA E O PROBLEMA DO “MARCO TEMPORAL”: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O INDIGENATO DO MINISTRO JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR (1856-1923) Bruno da Silva Antunes de Cerqueira em que tece, criticamente, a postura do STF face aos direitos territoriais indígenas, (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 170- 226). E, “MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E O PARADIGMA JURÍDICO DA QUESTÃO INDÍGENA: RECONHECIMENTO OU AINDA INTEGRACIONISMO?”, de Dailor Sartori Junior e Paulo Gilberto Cogo Leivas, (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 143-169)

<sup>2</sup> Deixa-se de transcrever as dezenove salvaguardas ou condicionantes, porque não interessa à vertente pesquisa, **com exceção** da plasmada no item “r”: “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”. Tal condicionante será examinada em alguns tópicos do trabalho.

Ministro Eros Grau foi o próximo a proferir o seu voto (BRASIL, 2008, p. 512), e o fez asseverando que o reconhecimento constitucional aos índios dos *direitos originários* faz inócua a invocação da teoria do indigenato, porque superada por aquela (BRASIL, 2008, p. 514). Ao concluir seu voto, asseverando que sobre as terras indígenas recaem os mesmos regimes de proteção ambiental e de segurança nacional, acompanhou o voto do ministro Menezes Direito (BRASIL, 2008, p. 519).

Seguiu-se o julgamento com a leitura do voto do ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, 2008, p. 520-527), que, ao considerar regular a demarcação questionada, inexistindo na hipótese sob exame qualquer lesão ao patrimônio público, bem como qualquer ameaça à segurança e defesa nacionais, ao pacto federativo, manifestou-se pela total improcedência do pedido formulado na ação popular.

Por conseguinte, o relator, em aditamento ao seu voto, aderiu às proposições e a *formatação decisória* do ministro Menezes Direito (BRASIL, 2008, p. 528-529), ao que logo pugnou pela cassação da liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009/RR (BRASIL, 2008, p. 530-534).

O ministro Cezar Peluzo proferiu seu voto (BRASIL, 2008, p. 535-550), aderindo à tese do fato indígena, seguindo, em parte, o voto de Menezes Direito.

Passou-se a vez a ministra Ellen Gracie que em breve voto, encerrando o julgamento daquele dia, acompanhou o relator, julgando parcialmente a ação (BRASIL, 2008, p. 553).

Após o pedido de vista do ministro Marco Aurélio, o julgamento foi retomado no dia 18 de março de 2009. No seu voto de 130 laudas (BRASIL, 2008, p. 564-693), ao julgar procedente o pedido, propugnando nova demarcação, porque nula a anterior, a partir dos critérios que elenca nas páginas 692-693 do acórdão.

Seguiu-se um debate (BRASIL, 2008, p. 694- ) que, em algumas ocasiões, foi marcado pelos ânimos exaltados entre os ministros Carlos Britto e Marco Aurélio (BRASIL, 2008, p. 696-708).

Votando, em seguida, o ministro Celso de Mello, acolhendo a tese do marco temporal, nos exatos termos do voto do relator (BRASIL, 2008, p. 721-736), assim como as condições apostas pelo ministro Menezes Direito. Dado o adiantado da hora, o Presidente da Corte encerrou o julgamento, retomando os trabalhos no dia seguinte.

A sessão do dia 19 de março de 2009 foi iniciada com uma *questão de ordem*, suscitada pelo advogado das Comunidades Indígenas Socó e outras, no sentido de ser renovada a oportunidade de sustentação oral das partes, e assistentes, especialmente pelas condições

consubstanciadas no voto-vista do ministro Menezes Direito e do voto de Celso de Mello (BRASIL, 2008, p. 743-744). Seguiu-se o debate sobre a questão suscitada (BRASIL, 2008, p. 746-759), cuja deliberação, por maioria, foi pela sua rejeição.

O último ministro a votar (BRASIL, 2008, p. 760-832), Gilmar Mendes, acolheu a tese do fato indígena, alinhando-se às conclusões dos votos do relator, com os aditamentos feitos pelo colega Menezes Direito. Debates e deliberações (BRASIL, 2008, p. 834-875) e julgamento (ementa/acórdão de p. 229-243).

Do resultado do julgamento, foram interpostos sete recursos de Embargos de Declaração (ED) que foram julgados no dia 23 de outubro de 2013, ou seja, mais de quatro anos após a primeira decisão.

No que concerne à composição da Corte, participaram do julgamento dos declaratórios os seguintes ministros: a) os que participaram do julgamento principal, Ricardo Lewandowski; Marco Aurélio; Gilmar Mendes; Celso de Mello e Joaquim Barbosa (não votou Carmen Lucia, em razão de ausência justificada); b) dos que não participaram do julgamento da causa: Luís Roberto Barroso (relator, que substituiu na cadeira de Carlos Ayres Britto); Teori Zavascki (sucessor da vaga deixada por Cezar Peluzo); Luiz Fux (substituiu Eros Grau); Rosa Weber (sucedeu Ellen Gracie). Dias Toffoli, sob impedimento, porque participou do julgamento principal como AGU, ocupou a cadeira de Menezes Direito, que faleceu em 1º de setembro de 2009.

Por ocasião do julgamento dos EDs, nada foi discorrido e pontuado acerca do marco temporal de ocupação. Entretanto, o julgamento desses recursos ensejou algumas questões que serão enfrentadas em tópico próprio ainda neste capítulo.

Pelo assistente Lawrence Manly Harte e outro foram interpostos novos declaratórios, cuja decisão, proferida em 10 de setembro de 2018, ao reconhecer o caráter manifestamente protelatório do recurso manejado, foi-lhes negado provimento. Determinando-se, ainda o trânsito em julgado na data do julgamento (10 de setembro de 2018), independentemente da publicação do acórdão. Processo arquivado, com baixa, no dia 20 de novembro de 2018.

## **2.2 Problematizando o marco temporal de ocupação indígena.<sup>3</sup>**

---

<sup>3</sup> Sob uma perspectiva da Antropologia do Direito e da crítica da Sociologia Jurídica, constrói esse direito em uma análise etno-histórica e conjuntural, apresentando-se as formas pelas quais a questão indígena foi tratada no ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o atual contexto das demarcações das terras indígenas e da política indigenista, ver o trabalho **MARCO TEMPORAL PARA QUÉM DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO TRADICIONAL**, Rebeca Ariel Aparecida

Nesta seção, debruça-se o trabalho a explicitar algumas problematizações, a partir dos discursos expedidos nos votos, eventuais debates, propostas deliberativas, e decisão final.

### ***2.2.1 Os antecedentes jurisprudenciais da tese acerca da ocupação indígena na data da promulgação da Constituição Federal***

Interessante parecer foi elaborado por José Afonso da Silva acerca do citado marco temporal de ocupação, cujo trecho assinala-se:

13. Diz o texto que ‘A Constituição Federal trabalhou com data certa, a de sua promulgação a 5 de outubro de 1988’. Onde está escrito isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, sem ela nada dizer a esse respeito nem explicita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o caput do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa.

Com razão o jurista José Afonso, entretanto, em que pese não estar textualmente, ou seja, no corpo do texto da Lei Fundamental do país, é certo dizer que o critério de se buscar investigar a verificação da posse indígena na atualidade da Constituição regente não é uma construção jurídica nova. É dizer, não é uma novidade apresentada por ocasião do julgamento da PET 3388. Isso é uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, em julgados anteriores do STF já se falava de um requisito objetivo temporal. Como diz Viegas<sup>4</sup> (2018, p. 419), há raízes jurisprudenciais do marco legal que intentaram colocar uma “pá de cal” sobre os conflitos fundiários envolvendo posse de terras indígenas.

Cite-se, ainda, o Recurso Extraordinário RE nº 44.585 (BRASIL, 1962), da relatoria do ministro Victor Nunes Leal, um paradigma judicial, porque muitas vezes nesta temática indígena é citado, desde a década de 1960. Nunes Leal assinalou:

A Constituição Federal diz o seguinte: “Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem a e disponibilidade das terras, objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como

---

**de Campos Ferreira (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 326-374). Acerca de como o Judiciário brasileiro tem dificultado a proteção de direitos constitucionalmente consagrados, ver DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS E O MARCO TEMPORAL: O STF CONTRA A CONSTITUIÇÃO, Carolina Ribeiro Santana, (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 451-478)**

<sup>4</sup> MARCO TEMPORAL: A “ESTÁTUA DE MURTA” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Daniel Pinheiro Viegas (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 419)

para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual. Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do *habitat* de um povo.

**Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar.** Se ela foi reduzida por lei posterior, se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduzirá em outros dez, depois mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até o território da aldeia, porque ali é que a “posse” estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo. (grifo nosso)

Como se vê, tal julgado preconiza, como *obter dictum*, a data da promulgação da CF, no caso a promulgada em 1946, como um marco temporal para reconhecimento da posse indígena. Com tal decisão, evitou-se a redução da TI Kadinwuéu.

Da mesma forma em outra decisão, no Mandado de Segurança (MS) nº. 20.215 (BRASIL, 1980), relativa à reserva indígena Pimentel Barbosa, no município de Barra do Garças (Mato Grosso do Sul), em que o relator do *writ*, ministro Décio Miranda, assinalou:

[...] nas terras em causa não se achavam permanentemente localizados os silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946) à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), nem havendo indícios de que tenha sido “habitat” imemorial dos índios, pois que eles foram trazidos para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), os títulos de propriedade do autor são válidos, e a União não poderia ter se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as perdas e danos a que deu causa. (BRASIL, 1980b).

Na vigência da Constituição Federal de 1988, divisa-se uma decisão na esteira desse entendimento. Trata-se do Recurso Extraordinário (RE) nº. 219.983-3 (julgado em 9 de dezembro de 1998), sob a relatoria do ministro Marco Aurélio Melo, em que explicita a necessidade da atualidade da posse na data da CF/88 (“demonstração inequívoca de se haver preservado situação concreta por ela apanhada”). O mesmo entendimento, pode-se extrair dos seguimentos julgados RE nº. 249.705-3/SP, nº. 285.098-5/SP, nº. 330.849-1/SP e nº. 335.887-1/SP.

Outra reflexão, não menos importante, diz respeito à interpretação das normas constitucionais territoriais dos povos indígenas. O marco temporal e o fato indígena assinalam que a presença indígena em suas terras, na data da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, garante a proteção de sua posse. O que isso implica? Que é preciso verificar a presença indígena nas terras que alegam possuir nesta data.

Todavia, pode-se inferir que a não presença indígena exata e unicamente neste dia - 05 de outubro de 1988- significa não reconhecer tal direito? É dizer de outra forma: se há presença indígena, há o direito à demarcação; se há ausência, não há o direito? Essa ilação interpretativa, a contrário senso, é possível, é adequada, nos termos da Constituição Federal de 1988? Entende-se que não.

O não estar presente nas terras, não ter os índios a posse da terra reivindicada é circunstância que impõe investigação, juridicamente relevante. Por quê? Em razão da histórica proteção possessória das terras indígenas, que remonta, pelo menos, a 1680 (Alvará Régio, de 1º de abril), sendo erigida tal proteção a status constitucional a partir da Carta de 1934<sup>5</sup>, que se repetiu com todas as demais constituições<sup>6</sup> até chegar a de 1988, cuja distinção em relação às anteriores é a amplitude e maior garantia dos seus direitos, com a expressa obrigatoriedade, doravante, de a União demarcar suas terras.

E mais, do art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) extrai, de forma eloquente, a essencialidade e a urgência dos processos demarcatórios em curso, tendo em vista a fixação do prazo de cinco anos para conclusão das demarcações de terras indígenas.

José Afonso da Silva (2016) defende que, desde a Carta Republicana de 1934, seguindo-se com as demais Constituições, é garantida a posse das terras indígenas. A Lei Fundamental de 1988, portanto, apenas prorrogou a proteção da posse de terras indígenas, deu “continuidade desse reconhecimento constitucional”. Ademais, outros problemas surgem com o marco temporal adotado.

A despeito da designação dada pelo STF de “chapa radiográfica”<sup>7</sup>, com o fito de constatar a posse indígena das terras tradicionalmente ocupadas, isto é materialmente inauferível e inexecuível.

Decerto não há documento oficial de mapeamento geográfico, sociológico, antropológico, de abrangência nacional, de ocupação de todos os grupos indígenas existentes no Brasil no exato dia 05 de outubro de 1988, a “data certa” designada pelo STF como o “insubstituível referencial” para a comprovação do “fato indígena” (dado da ocupação de um

<sup>5</sup> “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

<sup>6</sup> Constituição de 1937: art.154; Constituição de 1946: art. 216; Constituição de 1967, art. 4º, IV e art. 186 (de se ressaltar que esta Lei maior estabeleceu expressamente que as terras ocupadas pelos índios são bens da União, e, nestes termos, o STF editou a súmula 480: “Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos do art. 4º, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas”); Emenda Constitucional 1/69: art. 198.

<sup>7</sup> Mencionada pelo relator, na p. 296 do acórdão. Ricardo Lewandowski adotou a mesma concepção quando afirma que “o constituinte tirou uma fotografia da situação, que se cristalizou (p. 861 do acórdão).

determinado espaço geográfico). Entretanto, há registrado historicamente, pelo menos desde o século XVII, normativos dirigidos à proteção das terras indígenas que, todavia, não lograram êxito em evitar a espoliação por eles sofrida de seus territórios. De fato, ao longo da história, há rastros de violência, matança, exploração e apropriação das terras dessa etnia.

Por outro lado, o elemento de tradicionalidade da ocupação das terras indígenas não se coaduna com a designação de uma “data certa”, de um marco temporal fixo, aferível num exíguo lapso de um dia. Para a adequada aferição do conteúdo normativo de “terras tradicionalmente ocupadas”, o vocábulo relativo à tradição subjaz a compreensão de um prolongamento no tempo, de um entendimento acerca de cultura, reporta-se a sucessão de gerações, que guarda e cultua seu ser, fazer, viver a partir de ritos, lendas, usos e costumes.

Neste contexto, é imprescindível a compreensão dos ramos da antropologia, da sociologia e de seus conceitos para, ao “mesclar-se” aos elementos jurídicos, construir um significado melhor, para “se extrair” o “conteúdo positivo” do processo demarcatório das terras indígenas de forma consentânea com valores, princípios, e direitos fundamentais que a ordem jurídica alberga.

Verifica-se, ainda, a contradição endógena do acórdão<sup>8</sup>, a exemplo do citado marco temporal em relação ao critério da tradicionalidade, bem como em face do “marco do conceito fundiário”, que reconheceu um “conteúdo peculiarmente extensivo” do chamado “princípio da proporcionalidade”. Esses critérios conferem amplitude, maior abrangência ao espectro protetivo aos direitos fundamentais indígenas, enquanto que o divisado marco temporal limita as possibilidades interpretativas, o que mitiga a proteção preconizado pelo constituinte.

É assim a questão da posse das terras pelos índios no Brasil. Possivelmente, a questão política, histórica, sociológica sem solução mais antiga do país, com vasta normatividade ao longo dos séculos conferindo proteção, sem êxito até os dias atuais, a esse direito reconhecido como “originário”.

Trata-se de um segmento étnico que vem sendo dizimado, violentado, subjugado, como bem é retratado pelos anais da história<sup>9</sup> e pelos dados demográficos do país. Resta, no mais, que um dia se concretize efetivamente a “igualdade civil-moral de minorias que só tem

---

<sup>8</sup> Ingeborg Maus (2000, p. 200) denuncia essa prática ao mencionar as ambivalências dos conceitos morais presentes no repertório de decisões do Tribunal.

<sup>9</sup> A Relatora Especial da ONU para os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, apresentou na 33ª sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU (UNHRC), realizada em Genebra, de 18 a 23 de setembro, o relatório de sua visita ao Brasil, em março deste ano, segundo o qual há um aumento preocupante das violações dos direitos humanos dos povos indígenas do país, que estariam se aproximando a situações de genocídio.

experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito [...] desvantagens comparativas com outros segmentos sociais” (p. 285), e não de forma retórica.

No mais, é importante consignar que, no caso Raposa Serra do Sol – PET 3388, o marco temporal serviu para garantir a demarcação contínua, assegurando, assim, a máxima efetividade do direito fundamental indígena previsto na Constituição (art. 231). Todavia, nos moldes em que foi desenhada, delineada, pode, em aplicações a processos demarcatórios posteriores, sejam eles no âmbito administrativo ou judicializados ou judicializáveis, desproteger/violar esses direitos fundamentais, ou reduzir a sua eficácia normativa? A resposta pode ser *sim*. Com efeito, nos moldes delineados, se aplicado a outros conflitos fundiários envolvendo índios e não-índios, pode prejudicar ou restringir esses direitos territoriais garantidos constitucionalmente. Esse ponto será desenvolvido e aprofundado no próximo capítulo.

### **2.2.2 Do renitente esbulho. Por que está na ementa?**

O ministro Carlos Britto, relator da PET 3388, dedica algumas linhas do seu voto para mencionar ao que chamou de renitente esbulho:

[...] **exclusivamente** nessa hipótese de não-contigüidade de terras indígenas é que se pode falar de prevalência tanto do princípio federativo quanto da livre iniciativa. Afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígenes. **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea**, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. (BRASIL, 2008, p. 320-321; negrito e sublinhado no original)

O que é o *renitente esbulho*? O ministro Carlos Ayres Britto não o define, tampouco nenhum outro ministro fizera qualquer menção a esta locução forjada pelo ministro relator. O que se pode extrair, do contexto discursivo, dessa “criação jurídica”?

Em primeiro lugar, é preciso assinalar que o renitente esbulho está contextualizado em um tópico temático (o ministro adotou essa metodologia topicalizada de proferir seu voto escrito), dentro de um contexto histórico, bem como de outros elementos sobre os quais se pode tecer algumas considerações.

Insere-se no eixo temático **“A permanência do modelo peculiarmente contínuo ou intraétnico, mesmo nos casos de etnias lindeiras”** (BRASIL, 2008, p. 318). Neste tópico temático o relator discorre acerca da *contigüidade* e dos *espaços* ou dos *intervalos geográficos*,

seja entre índios (interétnicas), ou entre índio e não-índio. Ressalta o ministro que espaços que separam terras indígenas são considerados de natureza indígena (de propriedade da União). Mas, *se uma terra indígena deixa de confinar com outra*, o espaço intermediário formado ali *não é um indiferente jurídico* (BRASIL, 2008, p. 319). Sob esse *intervalo territorial*, assinala, ou incide o regime da propriedade privada (o que enseja apropriação a título privado) ou é automaticamente incorporado ao Estado-membro como terra devoluta ou para criação de município (itens 94 e 95 do voto).

Prossegue o relator asseverando que o processo de colonização se deu tanto pela miscigenação racial quanto pela *retração* de tais populações aborígenes. Retração esta:

[...] que **deve ser *contemporaneamente espontânea***, pois ali onde a **reocupação das terras indígenas**, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, **somente não ocorreu por efeito do *renitente esbulho por parte dos não-índios***, é claro que o caso já ***não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios***, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas. ***Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita***, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre "quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé", nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição). (grifo nosso, BRASIL, 2008, p. 321)

Encerra o tópico, enfatizando a obrigação do Estado brasileiro na proteção da posse indígena, histórica e constitucionalmente asseguradas. Para o relator, a responsabilização pela não presença indígena somente pode ser atribuída ao Estado, e não aos índios, que "*não podem pagar a fatura por uma dívida que não contraíram*" (BRASIL, 2008, p. 322). O ministro, aqui, expressa o dever de assistência às comunidades indígenas que não se restringem apenas ao dever demarcatório<sup>10</sup>.

Pois bem. É este o contexto discursivo do renitente esbulho desenhado pelo relator da ação, ministro Carlos Ayres Britto, que, enfatize-se, foi o único a assim se expressar, nenhum outro ministro mencionou a expressão *renitente esbulho*.

Pode-se, a partir de uma análise discursiva expressa no voto, extrair duas dimensões sobre a questão. Uma **dimensão específica** do caso concreto, das terras Raposa Serra do Sol (que está consignada na ementa do julgado, como logo em breve se abordará). Fala-se sobre territórios e espaços geográficos envolvendo comunidades indígenas, enfatizando o ministro

<sup>10</sup> O contexto de proteção aos povos indígenas nesta passagem é justificada por questão de soberania nacional, nos seguintes termos: "[...] passa pela indispensável atuação das nossas Forças Armadas, isolada ou conjuntamente com a Polícia Federal, sempre que em jogo o tema fundamental da integridade territorial do Brasil (principalmente nas denominadas faixas de fronteira" (p. 322).

que, nos intervalos territoriais entre etnias, não havia perda da propriedade da União. Logo, as *terras intervalares interétnica* não estariam sujeitas à aquisição privada ou disponíveis para os Estado-membro (seja da criação de municípios ou qualificada como devoluta).

De outro lado, divisa-se uma **dimensão geral**, ao falar do processo de colonização, que, segundo o ministro, é representado pela miscigenação racial e pela retração de povos indígenas. Quanto a este último fenômeno, aduz o magistrado que “**a retração deve ser contemporaneamente espontânea**”, grifos estes – negrito e sublinhado – do próprio ministro, o que leva a entender que buscou o julgador a enfatizar este argumento. Ademais, assevera que se a reocupação não se operou por causa de renitente esbulho (não define, nem caracteriza o ministro o que isso representa) “**é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**”, senão de violação dos direitos originários (mesma ênfase do negrito e sublinhado).

Em alguns excertos do voto, relativo a este tópico, o ministro negrita seu voto textual, todavia, os únicos trechos que negrita e sublinha (o que se conclui intentar dar mais ênfase/destaque/relevância ao que e como decide) são nessas passagens textuais.

Frise-se que o contexto é de análise histórica e etnográfica do processo de colonização brasileiro, no qual os eventuais “vazios territoriais”, ocasionados pela “retratação das populações aborígenes”, hão de ser investigados. Entende-se que outra forma de dizer o que disse o ministro foi: se houve saída não espontânea, à época da promulgação da CF/88, não há perda da tradicionalidade da posse nativa, têm direito os índios à reocupação de suas terras (cuja perda se deu por renitente esbulho). Não há como interpretar de outra forma, como por exemplo: se há presença indígena, há o direito à demarcação; se há ausência, não há o direito à restituição/reocupação das terras. Essa não é uma interpretação aceitável, compatível com a Constituição.

Aliás, há um antecedente jurisprudencial do próprio STF que perpassa essa questão. Trata-se da ACO nº. 323-7/MG (Relator ministro Francisco Rezek, DJe 8 de abril de 1994), relativo a TI do povo Krenak. Conforme voto do ministro Néri da Silveira (BRASIL, 1993), “tratava-se de terras ocupadas por índios ao longo do tempo e se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não a descaracterizou como terras de índios”.

Ademais, não se olvide que, embora conste do texto ementário do julgado, não é um argumento que se pode concluir como fundamento determinante do resultado do julgamento. É dizer: não havendo mais nenhum outro ministro que o mencione ou trate dele (e, aqui, entenda-se o *silêncio eloquente*), ainda que tenham aderido ao voto do relator, não há como compor a decisão colegiada, porquanto o julgamento é o resultado deliberativo da maioria

formada quanto aos pontos explicitados, que são debatidos, controvertidos, isto é, submetidos ao processo dialético de construção decisória.

Logo, defende-se que se trata de um argumento *obter dictum*<sup>11</sup>, isto é, não é razão determinante para se chegar à conclusão de se manter a forma contígua/contínua da demarcação das terras denominadas Raposa Serra do Sol. É uma consideração da realidade local desse complexo territorial da região Amazônica. Eis o trecho ementário de que se cuida o renitente esbulho:

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. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol".

No caso concreto, o fundamento determinante para a contiguidade demarcatória, além da presença indígena nas terras em 05 de outubro de 1988 (chamado de marco temporal de ocupação), foi considerar que a inteireza (ou totalidade) do espaço territorial em questão, encontra-se na posse dos povos indígenas, havendo, ou não, intervalos territoriais com “vazio demográfico”, ou não, entre as comunidades indígenas.

E, para concluir, caso se defendesse a possibilidade de se extrair algum *parâmetro argumentativo* que possa ser divisado da decisão e trasladado para outros casos que envolvam discussão de ocupação de terras entre índios e não-índios, segue-se uma possível interpretação.

Do voto, pode-se abstrair que:

- a) se presentes os índios na terra, em 05 de outubro de 1988, de forma tradicional, não há maiores dúvidas de garantir tal posse, não há alta carga argumentativa a se desincumbir de tal constatação;
- b) se não estiverem presentes no espaço geográfico na data da promulgação da Constituição: *há (hã) de se investigar a(s) razão(ões) da não presença indígena nas terras que reivindicam como suas.*

Com efeito, desde a Constituição Federal 1934, expressamente se resguarda um dever constitucional de proteção da posse indígena nas terras que ocupam.

---

<sup>11</sup> É parte da decisão judicial que é dispensável para o julgamento do caso sob análise. São opiniões, ideias, argumentos que não integram as razões determinantes (*ratio decidendi*) do julgamento. São argumentos acessórios que não compõe e nem prejudicam o comando da decisão judicial. Logo, o *obter dictum* não integra o precedente eventualmente formado, tampouco serve, de per si, para ser utilizado como parâmetro vinculativo ou persuasivo em casos posteriores.

Entretanto, a maior contribuição, de ordem normativa-constitucional a esse resguardo protetivo possessório, encontra-se presente desde a Constituição Federal de 1967<sup>12</sup>, quando as terras de ocupação indígena passaram ao domínio da União (art. 4º, IV), ao que foram garantidos aos índios: a posse permanente; o usufruto exclusivo dos recursos naturais; a inalienabilidade das terras, com a declaração de nulidade e extinção de qualquer efeito jurídico dos atos tendentes a retirar-lhes o *domínio*, a *posse* ou a *ocupação* de suas terras

Por todo esse histórico acervo normativo é que se defende que a não presença indígena nas terras anteriormente ocupadas é que se configura o fato, o dado que deve ser verificado. É dessa maneira que se pode afirmar a existência de um *fato indígena*.

Desdobrando esse entendimento, pode-se afirmar que em caso de saída espontânea, seja por restar obliterado o liame singular e peculiar do índio com a terra, ou por qualquer outra razão que se evidencie a vontade própria e inequívoca de não mais manter esse vínculo tradicional, não há porque conferir aos índios a restituição de terras anteriormente ocupadas. Isso é um dado a ser verificado, e, logo, devidamente comprovado.

Todavia, se não houve desapossamento espontâneo, e, mais gravoso e dramático ainda, com violência, o que não era inusual<sup>13</sup>, porque, desde sempre até o advento da nova Constituição, a política de Estado, de governo, e social, era de integração à sociedade (*comunhão nacional*); ou seja, ser índio era tido como caráter transitório até a efetiva integração à nação brasileira; não se assegurava o direito de ser índio *e continuar sendo*. Índio não era uma questão de existência e permanência, senão uma condição a ser obliterada a partir do contato, da absorção junto ao segmento social não indígena.

E mais, como a Constituição Federal de 1988 rompe com todo esse paradigma que oprimia e anulava a condição de existência indígena, trazendo a plena cidadania ao índios, seja considerado em sua individualidade ou na coletividade de pertencimento, o Estado brasileiro tem o dever de fazer todo o “conserto” das distorções históricas de desproteção e, mais ainda, “corrigir” seu olhar, sua escuta para esse novo “índio constitucionalizado”, detentor de plena cidadania, e, por isso, deve ser levado com respeito e consideração por toda a comunidade não

---

<sup>12</sup> Art 4º - Incluem-se entre os bens da União: [...] IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; [...]. Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. [...] Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

<sup>13</sup> Os próprios ministros em seus votos enfatizaram o histórico de hostilidade, opressão e espoliação das terras que ocupavam.

indígena. Neste contexto, é correto e adequado, constitucionalmente, dizer que tem direito à restituição das terras aqueles que nelas não estavam em 05 de outubro de 1988 e cuja reocupação só não ocorreu por causa de *renitente esbulho* por parte de não índio.

Mas as reflexões acerca do tema do marco temporal, nos moldes estabelecido na ação popular em referência, não se encerram por aqui.

Foi uma tese elaborada à revelia das partes. Chama atenção o déficit democrático na construção interpretativa da tese do marco temporal de ocupação indígena. Aliás, o desvirtuamento de uma postura democrática desvela-se no calor do debate que se sucedeu entre dois ministros da Corte:

Mas a Corte estará decidindo uma questão séria, que trará constrangimentos a comunidades, sem jamais debater, sem que as partes tenham podido debatê-la, trazer os seus argumentos. (Min. Joaquim Barbosa, BRASIL, 2008, p. 749)  
 [...] a circunstância de, eventualmente, os julgadores suscitarem questões, fundamentos, razões e argumentos que não foram previstos pelas partes, compõe o mecanismo de julgamento, isto é, ninguém pode prever o que ocorrerá na cabeça do juiz. (Min. Cezar Peluso, BRASIL, 2008, p. 750)

Nesse contexto discursivo-decisório, a partir da nova ordem constitucional de 1988, pode o STF, no exercício da jurisdição constituição (ou seja, no papel de interpretar normas constitucionais), em se tratando de um caso que envolve segmento minoritário étnico, com questões interculturais altamente relevantes, decidir uma questão controvertida sem ouvir às partes do processo, ou mais ainda, sem abrir a discussão para um amplo debate e participação públicos sobre qual a melhor forma de proteger um direito fundamental?

A resposta para esta pergunta perpassa a discussão dos seguintes elementos: Constituição, Democracia, Jurisdição Constitucional, concretização de Direitos Fundamentais e Minorias.

Entretanto, deve-se esclarecer que esta reflexão será desenvolvida no quarto capítulo desta dissertação. De toda forma, desde logo, antecipa-se que a resposta envolve a discussão sobre a legitimidade democrática do Judiciário no exercício da função contramajoritária que exerce quando lida com questões de minorias. Mas, são abordagens e aprofundamento, como dito, reservadas para o último capítulo.

### 2.3 Análise do julgamento dos EDS<sup>14</sup> da PET 3388<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Conforme explicitado na nota de rodapé nº 2, embora a análise do julgamento dos embargos declaratórios não tem tanta importância para este capítulo, porque não enfrenta a tese do marco temporal e o renitente esbulho, certo é que servirá de embasamento para o segundo capítulo.

<sup>15</sup> Foram opostos sete embargos de declaração: 1) Augusto Affonso Botelho Neto (autor); 2) Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (assistente do autor); 3) Lawrence Manly Harte e outros (assistentes dos autores); 4) As Comunidades Indígenas Socó, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai (assistentes da ré); 5) o Estado

Para um melhor entendimento do que será estudado no capítulo subsequente – a repercussão do marco temporal, do renitente esbulho e a “condicionante” relativa à vedação da demarcação em processos posteriores-, afigura-se pertinente o adiantamento da análise das premissas, e outras considerações, do julgamento dos EDs. Este segundo julgamento da PET 3388, ocorrido após quatro anos da decisão originária, explicita pontos importantes acerca, por exemplo, das razões que dizem respeito, especificamente, ao complexo geográfico Raposa Serra do Sol, bem como de eventuais *parâmetros abstratos* para utilização em julgamentos de casos futuros que igualmente tratam de demarcação de terras indígenas.

É interessante pontuar que o voto vencedor<sup>16</sup> foi o do ministro Luís Roberto Barroso que não participou do julgamento principal, porque substituiu a “cadeira” deixada por Ayres Britto, por isso, relator dos recursos de embargos declaratórios<sup>17</sup>.

Não se olvide, ainda, conforme anunciado em tópico antecedente, a considerável alteração da composição da Corte Suprema: apenas cinco ministros que participaram do primeiro julgamento, Ricardo Lewandowski; Marco Aurélio Mello; Gilmar Mendes; Celso de Mello e Joaquim Barbosa, participaram do julgamento dos declaratórios. Esse dado fático é importante. O relator dos EDs, ministro Luís Roberto Barroso, cujo voto foi seguido pela maioria, e que não votou no julgamento originário, tem a responsabilidade de ser o mais fidedigno possível ao voto do colega, nos limites discursivos balizados pelo recurso sob exame (ou seja, analisar somente eventual omissão, obscuridade ou contradição). Isto não quer dizer

---

de Roraima (assistente do autor); 6) Procuradoria-Geral da República (custos legis) e 7) Ação Integralista Brasileira, o Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior (estes não conhecidos).

<sup>16</sup> Voto vencedor é aquele que, após a deliberação colegiada, é seguido pela maioria dos ministros da Corte, e, em razão disso, torna-se o voto condutor, acarretando ao ministro prolator a responsabilidade de redigir a ementa e o acórdão. Esclareça-se que: 1) essa adesão ao voto vencedor diz respeito às suas conclusões, e a algumas premissas, fundamentações, argumentos, não necessariamente a todos esses elementos decisórios; 2) a elaboração da ementa e do acórdão é de única responsabilidade do ministro vencedor, majoritariamente, na deliberação da Corte. Não se submete, novamente, ao crivo, à chancela dos demais membros do colegiado. É dizer, existe uma certa margem de liberdade conferida ao redator acerca do *que* e de *como* será externado o conteúdo deliberado pela maioria, isto é, do que constará no texto ementado.

<sup>17</sup> Antes da análise meritória, consigna o ministro Barroso ao que chamou de “três registros gerais”: 1) “O primeiro diz respeito ao alcance dos embargos de declaração, cujos pressupostos de cabimento e análise são restritos, limitando-se a verificação de eventuais omissões, contradições ou obscuridades. Isso faz com que o exame desse recurso seja um exercício de apuro técnico e humildade, incompatível com a pretensão de se reabrir o julgamento. Atento a esse parâmetro legal, não estudei o acórdão com olhos de quem quer fazer dele algo diverso do que é. Não proponho, nem poderia propor, uma revisão de mérito da decisão. Em vez disso, o voto se concentra na análise dos supostos vícios internos suscitados pelas partes.”);

2) “Em segundo lugar, entendo que a premissa mais destacada do acórdão e a importância diferenciada que a Constituição atribui a proteção dos índios e do seu modo de viver”; 3) “De forma objetiva, alias, o cerne da decisão foi a confirmação da validade da demarcação continua realizada pela União, assentando que o direito das comunidades indígenas é *reconhecido* a partir da identificação de suas terras tradicionais, e não *constituído* por escolha política. Mesmo quando isso produza um extenso recorte no território antes submetido a autonomia plena de um Estado-membro da Federação, situado em área de fronteira estratégica com outros países. Não é pouca coisa.” (p. 22 do acórdão)

que, mesmo ciente desta responsabilidade e use de toda cautela possível, impeça modificar, em menor ou maior grau, o que constituiu, no essencial, o julgamento originário<sup>18</sup>.

Com efeito, do julgamento meritório dos recursos interpostos, depreende-se:

- a) restou inequívoco o desacolhimento de todos os Embargos Declaratórios interpostos em face do acórdão da PET 3388, tendo por resultado majoritário apenas o esclarecimento alguns pontos do acórdão impugnado, sem qualquer alteração quanto ao que foi decidido em 2009. Até porque, como bem consignou o relator, a via estreita recursal não comporta senão a elucidação de pontos controversos, obscuros ou omissos;
- b) neste sentido, consignou-se, especificamente em relação ao Raposa Serra do Sol, com o julgamento em definitivo (ou seja, com o trânsito em julgado):
  - a validade da Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005;
  - a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º);
  - as condicionantes apostas no julgado são consideradas como pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação realizada neste complexo territorial.

Ressaltando o caráter plural e inclusivo da CF/88, afirma Barroso que o critério adotado pelo acórdão para caracterizar os grupos étnicos foi o sociocultural, e não o genético. Logo, no seu entender, para a permanência nas terras, “pouco importa, para isso, quantos ancestrais índios a pessoa tenha ou que o vínculo familiar com indígenas resulte, não de sangue, mas de adoção, casamento ou união estável. O que interessa e sua comunhão com o modo de vida tradicional dos índios da região” (BRASIL, 2013, p. 30). Rompendo com o ideário de assimilação do passado, reconhece a autonomia dos povos indígenas e diz que:

O objetivo da Constituição e resguardar aos índios um espaço exclusivo onde possam manter e viver as suas tradições [...]o maior erro e imaginar que caberia a alguém, senão aos próprios índios, decidir sobre o seu presente e o seu futuro – o que ocorre tanto pela imposição de valores externos quanto pela proibição de contato com outros modos de vida. Por certo, a ideia não é assimilar ou aculturar os índios, mas tampouco

---

<sup>18</sup> Neste sentido, colhe-se a crítica de Edilson Vitorelli (2018, p. 296-97): “O Ministro Barroso [...] procedeu a uma grande modificação do acórdão original [...]. Especificamente em relação à extensão da aplicação das condicionantes, a posição do relator, Ministro Britto, não foi a posição do Tribunal, ao contrário do que sugere o Ministro Barroso.”

se pode impedir que eles mesmos decidam entrar em contato com outros grupos humanos e ideias. (BRASIL, 2013, p. 31-32)

Ao apreciar os ED manejados pelo MPF, o relator trouxe um importante esclarecimento:

Embora o acórdão me pareça bastante claro neste aspecto, e fato que as chamadas condicionantes a ele incorporadas vem gerando alguma polemica. [...] As condições em tela são elementos que a maioria dos Ministros considerou pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida, notadamente por decorrerem essencialmente da própria Constituição. Na prática, a sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação e o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também **as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição**.<sup>19</sup> (p. 40-41). [...] Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas<sup>20</sup>. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, “a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol” (grifo nosso, BRASIL, 2013, p. 336).

Essa explicitação é de suma importância, porque várias ações judiciais – em que se questionavam demarcações já homologadas administrativamente - foram ajuizadas com o intuito de estender, direta e automaticamente, as diretrizes argumentativas, dentre elas, as chamadas “condicionantes”, e, com isso, anular, sem maiores preocupações com a análise das circunstâncias e peculiaridade do caso concreto, as ditas homologações já constituídas.

Em verdade, não se obsta que a decisão proferida na PET 3388 de certa forma, e em certo grau argumentativo, reverbere em outras situações. Toda decisão tem aptidão de influenciar as subsequentes, mas como bem salientou Barroso, citando um precedente (Rcl nº 4. 708/GO, a decisão paradigma sempre funcionará como “um ponto de partida, não é ponto de chegada”<sup>21</sup>. Não se olvide que toda demarcação territorial deve ser orientada e balizada pela realidade de cada comunidade, ou, se for o caso, comunidades<sup>22</sup>, étnica culturalmente singulares.

<sup>19</sup> As condicionantes eram para disciplinar esse usufruto, em uma área de tríplice fronteira; de alta extensão territorial, de alta demografia indígena. Enfim, como já dito antes, havia questão de segurança nacional, de estratégia político- militar, dentre outras peculiaridades. O que nos leva a defender que essas condicionantes somente seriam aplicadas a outras ações judiciais se estivessem presentes as mesmas, ou semelhantes, circunstâncias fáticas tais quais presentes no complexo territorial Raposa Serra do Sol.

<sup>20</sup> Neste sentido, trilhou o STF, ao extinguir, de forma monocrática, inúmeras reclamações que objetivavam estender, de forma automática, a decisão da PET 3388 a outras áreas demarcadas. Vejam-se os seguintes precedentes: Rcl 8.070 MC/MS, dec. Min. Carlos Ayres Britto [RI/STF, art. 38, I], *DJe* 24.04.2009; Rcl 15.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 13.05.2013; Rcl 15.051/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 18.12.2012; Rcl 13.769/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 28.05.2012.

<sup>21</sup> Essa ideia é desenvolvida no próprio voto de Barroso: “[...] é importante observar que a ponderação em abstrato feita pelo Tribunal não impede que outros juízes, diante dos elementos específicos de um caso concreto, cheguem a conclusões específicas diversas. Essas decisões poderão ser questionadas pelos meios tradicionais de impugnação do direito brasileiro, podendo até mesmo chegar ao Supremo Tribunal Federal (via recurso extraordinário, por exemplo).” (BRASIL, 2013, p. 44-45).

<sup>22</sup> Como foi o caso da PET 3388, que um vasto espaço geográfico, onde se discutia a demarcação envolvendo 5

Acerca da condicionante XVII – vedação à ampliação das áreas demarcadas, trouxe Barroso três considerações importantes: 1) a homologação territorial preconizada no art. 231/CF não comporta a ampliação da área reconhecida, pela via da revisão administrativa, sob pena de causa insegurança jurídica junto às áreas confinantes. Ressalva, todavia, que tal expansão territorial poderá ser realizada por outros instrumentos jurídicos, tais como, compra e venda, doação e desapropriação. 2) a revisão do ato demarcatório, embora não admite o exercício *da autotutela administrativa*<sup>23</sup>, não está infensa ao controle judicial. 3) a demarcação do complexo geográfico Raposa Serra do Sol não pode ser revista pela Administração Pública, pois a sua “*correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal*”. (p. 53).

O ministro Teori Zavascki, acompanhou o relator. Em seu voto, ressaltou que a decisão original da PET 3388 estabeleceu um regime jurídico próprio para o complexo da Reserva Raposa Serra do Sol, atendendo às peculiaridades do caso concreto. Acrescentou, ainda, duas observações. Uma, quanto à “eficácia subjetiva” – em relação a terceiros não vinculados à relação processual - no que respeita às “condicionantes”; outra, quanto à “eficácia temporal”, ou seja, quanto aos efeitos prospectivos, quando se verificarem modificações futuras, de ordem fática e/ou jurídica, Para ele, as decisões da Suprema Corte tem “vocaçao expansiva e persuasiva” em razão de “superior autoridade da chancela dessa mais alta Corte de Justiça” (BRASIL, 2013, p. 67). Quanto à “eficácia temporal”, relativa aos efeitos prospectivos dos julgados, assevera que, em caso de alteração do cenário fático e/ou jurídico que serviram de embasamento ao julgamento, nada obsta futura atuação do legislador, seja no plano constitucional, seja no exercício da edição da lei complementar ou da ordinária (como as que se refere o § 6º do art. 231 da CF). Refere-se o ministro sobre a possibilidade de revisão ou complementação das condicionantes para compatibiliza-la com supervenientes modificações futuras no estado de fato ou de direito (BRASIL, 2013, p. 65-69). É dizer, as condicionantes só se sustentam nas condições fáticas e jurídicas em que balizadas.

Luiz Fux também acompanhou o relator, asseverando que as condicionantes são, em verdade, “efeitos acessórios até contidos no pedido principal”, porque, sem elas, a

---

etnias, de reconhecidas distinções dentre elas.

<sup>23</sup> A razão para vedar a possibilidade de revisão de demarcação territorial, pela via administrativa (autotutela), tem por escopo de evitar decisões de caráter político (de preferências políticas) em detrimento do necessário estudo técnico de natureza antropológica. Entretanto, o mesmo não ocorre na hipótese de vícios no processo demarcatório. Neste caso, a lei permite que a Administração Pública exerça o controle judicial dos seus atos para anular decisões ilícitas (no caso, de vício do próprio processo demarcatório (aqui, não se há falar de conveniência e oportunidade, que são típicas de um ato discricionário, o que não é o caso da homologação demarcatória).

demarcação, nos termos em que fora homologada, não seria exequível, na prática (BRASIL, 2013, p. 72).

Em seguida, manifestou-se o ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2013), aduzindo que as “condicionantes encerram normas abstratas autônomas” que sequer foram discutidas no processo, atuando o Supremo, neste caso, como legislador positivo, o que é vedado. Adverte que:

[...] o Executivo nacional está aguardando o julgamento desses embargos declaratórios para ter diretriz quanto a outras situações conflituosas envolvendo povos indígenas e que tomará de empréstimo porque, repito, as condicionantes ou as salvaguardas institucionais criadas são abrangentes, abstratas – o que foi proclamado pelo Tribunal. E fomos muito criativos. Quem sabe talvez o Congresso não o fosse [...]. Não concebo o Supremo atuando de forma tão larga, tão linear, como legislador positivo. [...] Substituiu-se o Supremo – e devo dizer com desassombro – ao Congresso Nacional, atuando no vácuo por ele deixado, e o fez abandonando a postura que se aguarda do Judiciário, principalmente diante de lide que tem balizas certas, já que, até mesmo no processo objetivo, o Tribunal está submetido ao pedido formulado pelo requerente. [...].

Ao final, acolhe os embargos declaratórios para, com efeitos infringentes, declarar a improcedência da ação popular, inclusive para “afastar as salvaguardas”, que até mesmo chegou a regular “questão tributária, questão de usufruto, questão de atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, questões não colocadas, como disse, no processo” (BRASIL, 2013, p. 74-76).

Segue-se o julgamento com a apresentação do voto do ministro Gilmar Mendes que já introduz sua fala confessando a “enorme dificuldade de reconstituir todas as questões que foram postas nesse já longínquo julgamento de 2009”. Neste sentido, adverte acerca da “disfuncionalidade da atuação plenária da Corte, porque se está decidindo os declaratórios “somente agora, em 2013” (BRASIL, 2013, p. 77). Aduz, embora a decisão não seja vinculante, é “uma orientação que demanda do Tribunal” (BRASIL, 2013, p. 78). Assevera que todas as questões do caso foram devidamente abarcadas, não se configurando “respostas dadas no vazio, mas a partir de situações que se colocaram neste caso”, bem como a conclusão pela manutenção da demarcação contínua foi precedida de um intenso debate (BRASIL, 2013, p. 78). Ao acompanhar o relator, rechaçou o argumento do ministro Marco Aurélio, no sentido de a Corte haver atuado como legislador positivo (BRASIL, 2013, p. 80).

Para Ricardo Lewandowski, o ministro relator, “em boa hora”, explicitou que as condicionantes são “pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida da terra indígena” (BRASIL, 2013, p. 81), até porque, na época do julgamento, o plenário havia entendido não ser “possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem

enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à terra indígena”, no caso, uma contenda posta objetivamente à Corte (BRASIL, 2013, p. 81).

Por seu turno, a ministra Rosa Weber asseverou que, em não havendo participado do julgamento, não poderia chegar à conclusão diversa da que chegou o relator Luís Roberto Barroso, razão pela qual acompanha integralmente o relator.

O ministro Celso de Mello, igualmente, aderiu ao voto de Barroso, enfatizando ser o mesmo dotado de “absoluta clareza e total precisão”, posto que “clarificou” o próprio “alcance da parte dispositiva do acórdão em questão” (BRASIL, 2013, p. 85).

O então Presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, ao declinar que o Tribunal “extrapolou”, “traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente”, acolheu os embargos, com efeitos infringentes, no sentido de excluir da decisão as dezenoves condicionantes (BRASIL, 2013, p. 88).

Ao fim do julgamento, Barroso ainda teceu elogios à atuação deliberativa do colegiado em 2009 e propôs-se a fazer uma defesa do acórdão, sob o viés do interesse das comunidades indígenas, que para ele:

[...] se o Tribunal não tivesse feito do modo como fez – se tivesse se limitado a julgar a ação improcedente ou procedente em parte –, a execução do julgado não teria sido concretizada. Então, eu acho que o Tribunal foi ousado e que esta é uma decisão atípica. Como um padrão, não creio que seja o melhor e, portanto, não acho que o Tribunal deva fazer isso rotineiramente. Mas, neste caso, não se decidiu só a questão pontual, mas se definiu o sistema: nós vamos executar e o modo de executar é esse, está aqui o pacote. Portanto, eu reconheço, na linha do que falaram o Ministro Marco Aurélio e Vossa Excelência, que houve uma atuação um tanto atípica, talvez uma sentença quase aditiva. (BRASIL, 2013, p. 89).

Dito isso, seguiu-se o debate no qual se desvela o real confronto de interesses em torno dessa demarcação territorial Raposa Serra do Sol, os bastidores do poder político, os reais interesses e preocupações que circundavam este caso, um dos mais emblemático do STF<sup>24</sup>.

Verifica-se, a partir do que foi explicitado neste tópico:

- a) o ministro Barroso primou por um rigor e uma cautela quanto às balizas discursivas dos recursos de embargos de declaração, ou seja, proferiu um voto, com o intuito de suprir omissão, obscuridade e contradição. Em muitas passagens do seu voto transcreve excertos do acórdão impugnado, além do que expressamente consigna: Em suas palavras: “[...] não estudei o acórdão com olhos de quem quer fazer dele algo diverso do que é” (BRASIL, 2013, p. 22);

<sup>24</sup> Sugere-se a leitura das páginas 89-91, neste sentido.

- b) deixa claro o relator que as condicionantes integram o que foi decidido, fazendo coisa julgada material, mas apenas em relação à Reserva Indígena Raposa Serra do Sol<sup>25</sup>. Segundo o ministro, que foi acompanhado pela maioria, todas as exigências impostas no julgado foram balizadas a partir das peculiaridades do caso concreto;
- c) em que pese o disposto no item anterior, ressaltou que: embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões. (BRASIL, 2013, p. 43-44).

Qual o alcance e sentido do que está explicitado no item “c” que, efetivamente, está plasmado no item 4 da ementa do julgamento destes declaratórios? O que implica essa força moral e persuasiva? *A priori*, difícil é saber o que significa. Entretanto, analisar-se-á no capítulo seguinte como tem sido interpretado e aplicado pelo próprio Supremo a “carga argumentativa” dos acórdãos, principal e dos embargos de declaração, em algumas ações subsequentes.

Desse modo, espera-se que se possa avançar ainda na ordem jurídica vigente, a fim de que possa, finalmente, assegurar concretamente os direitos fundamentais dos índios habitantes do Brasil, em especial à posse de suas terras, corrigindo o histórico quadro de discriminação e espoliação sofrida por esses povos. No capítulo a seguir, poderá ser visualizado que esse avanço ainda não foi adequadamente experimentado pelas decisões proferidas pelo STF após o caso Raposa Serra do Sol. Contudo, a proposta deste trabalho é que seja possível melhorar essas visões a partir das discussões trabalhadas no quarto capítulo.

---

<sup>25</sup> Relativamente ao marco temporal de ocupação, é importante consignar que, logo após o julgamento em 2009, a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), apresentou Proposta de Súmula Vinculante (PSV 49). Segundo a CNA, “as referências constitucionais a terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, XI; e 231, § 1º) geram, por parte da Administração, a adoção de procedimentos para a demarcação de reservas indígenas em áreas não ocupadas, desde a promulgação da Constituição, por comunidades indígenas.”. Para a CNA, este entendimento já se encontra plasmado na Súmula 650/STF. A Comissão de Jurisprudência do Supremo, integrada pelos ministros Ellen Gracie (presidente), Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, arquivou a proposta sumular. Para a mencionada comissão: “a confederação busca, claramente, obter uma nova e mais ampla dimensão do texto sumular, desvinculando-o, por completo, da restrita questão jurídico-constitucional que o originou”. [...] a deliberação sobre a edição de enunciado de súmula a respeito do assunto dependeria da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria no exato sentido pretendido pela CNA. Assim, entenderam que falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo ‘sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição’. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122930>.

### 3 AS INFLUÊNCIAS DA TESE DO MARCO TEMPORAL, DO RENITENTE ESBULHO E DAS “CONDICIONANTES” APÓS O CASO RAPOSA SERRA DO SOL – PET 3388

Conforme expendido no capítulo anterior, além de se buscar resolver da melhor forma possível o caso concreto<sup>26</sup>, propôs-se o STF fazer do julgamento da PET 3388 um caso paradigmático a orientar a jurisprudência e a Administração Pública<sup>27</sup> no tratamento e na resolução da questão territorial indígena.

Todavia, nenhuma decisão incide, de forma imediata e suficiente, para definir outra relação jurídica. Em toda ação judicial subjaz um conflito social que apresenta particularidades/singularidades, principalmente em contendas que envolvam comunidades indígenas e não-índios. De regra, apresentam-se conflitos fundiários de alta contenciosidade e complexidade, acerca dos quais, para a sua resolutividade, é preciso investigar questões históricas, antropológicas, culturais, econômicas, além da própria concepção do que seja o Direito.

Neste sentido, resta perscrutar o que se pode extrair da decisão da PET 3388 – que tratou do complexo territorial denominado Raposa Serra do Sol – que sirva como “carga argumentativa” a ser considerada em decisões posteriores. Essa carga se constituirá como *ponto de partida* para a análise de outros casos que envolvam disputa pela posse de terras envolvendo índios e não-índios.

Não se olvida que muitas das premissas firmadas no Raposa Serra do Sol levaram em consideração as especificidades da localidade: extensa área demarcada, inclusive em vasta faixa de fronteira (interesse estratégico político-militar de tríplice fronteira, além de questões de segurança nacional); elevada taxa demográfica de ocupação indígena; presença de várias etnias (cinco); divisão político-territorial em Estado (Roraima) em municípios somente a partir da CF/88 (antes constitui-se em território da União, logo, sem divisão em municípios), etc.

---

<sup>26</sup> E isto fica evidenciado pela leitura do último tópico do primeiro capítulo, no qual se discorreu, detalhadamente, acerca da decisão proferida nos embargos declaratórios que foram julgados em 2013. Em vários votos, os ministros expõem que foi uma decisão *ousada, criativa, aditiva*, que excedeu aos limites do inicialmente estabelecido (diga-se, na petição inicial da ação popular). Sintetiza essa ideia os dizeres do ministro relator dos EDs: “[...]é que não teria acontecido, com a presteza e a eficiência que aconteceu, se o Tribunal não tivesse ousado, indo um pouco além do convencional, ao estabelecer essas salvaguardas. Via de regra, eu me alinho a uma visão mais crítica do excesso de normatização abstrata feita pelo Tribunal. Mas, neste caso, eu acho que hoje nós não estaríamos celebrando uma execução bem-sucedida de um caso difícil, sem que o Tribunal tivesse sido mais ousado.”

<sup>27</sup> O item 3.1 deste capítulo – ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES – tratará deste ponto.

Muitas foram as variáveis, os interesses em torno da demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol.

Percebe, desta forma, que toda a complexidade analisada, bem ou mal, pelo STF não será verificada em mais de um caso judicial que se lhe coloque para deslindar. O Raposa Serra do Sol é um caso singularmente único, assim como é qualquer relação jurídica, máxime quando envolve grupos étnicos com variados graus de diferenciação em relação à sociedade em geral, bem como entre as próprias etnias<sup>28</sup>.

Portanto, é um desafio ao Judiciário a aplicação, como um paradigma, da decisão proferida na PET 3388<sup>29</sup>. Trata-se de julgado extenso (somadas as decisões principal e de dois embargos declaratórios levam-se 757 páginas<sup>30</sup>), que trata de muitos temas (por exemplo, cita-se o voto do relator, ministro Carlos Ayres Britto, que dividiu seu voto em vários eixos temáticos, com 116 parágrafos), em que estão em jogo múltiplos interesses<sup>31</sup> (estratégico-militar; político-federativo; segmentos sociais e econômicos diversos, Igreja, ONGs, etc.); votos com argumentos altamente contraditórios (um foi pela improcedência; outro pela procedência total; e os que julgaram procedente em parte, apresentaram várias divergências com os votos que acompanharam, a maioria aderiu ou com o voto do relator, ou com o do ministro Menezes Direito).

Do somatório dos votos, do cotejo dos debates, como colher, inequívoca e objetivamente, as razões fundamentais do resultado do julgamento? Há razões comum a todos? Ora, mas de tal nem se exige, porquanto as razões jurídicas que culminam do julgamento deliberativo não são aferíveis de modo matemático, tal qual uma operação de MMC (Mínimo Múltiplo Comum), na qual se busca o que se tem de comum em todos. Decerto, a deliberação colegiada é altamente complexa, de técnica e metodologia bastante discutida e controvertida na doutrina. Adere-se a um voto, mas não a todos os argumentos que o compõe, operam-se

---

<sup>28</sup> Esta compreensão encontra-se plasmada na ementa do acórdão da PET, em seu item 4: 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto *interétnica* quanto *intra-étnica*. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

<sup>29</sup> O desafio maior é o de manter a integridade, no sentido de, sem deixar de considerar o histórico da práxis institucional, buscar sempre aperfeiçoar o processo decisório. Neste sentido: "A integridade exige que a interpretação produzida seja adequada à história institucional da prática jurídica, assim como o juiz deve escolher a interpretação que melhor possa fazer desta prática a melhor possível." (FREITAS, Vladimir Passos de. **A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin**. 2017)

<sup>30</sup> Acórdão principal com 653 páginas; decisão acerca dos EDs, 93 laudas; ED dos EDs: 11 páginas. Registre-se que somente o voto do Relator (voto-condutor) constam 99 laudas.

<sup>31</sup> Voto relator (p. 261-262) - esse da área indígena Raposa Serra do Sol - sobre o qual profundamente divergem cientistas políticos, antropólogos, sociólogos, juristas, indigenistas, oficiais das Forças Armadas, ministros de Estado, pessoas federadas, ONG's e igrejas.

silêncios quanto à tese do colega ministro (silêncio eloquente?), o debate entre os ministros revela um dramático dissenso. Repete-se o problema: como colher a *ratio decidendi* da PET 3388? Como divisar o que pode ser extraído e trasladado para outros casos em que se discuta a mesma matéria?

Decerto, pode-se assinalar que o julgamento dos embargos de declaração, em 2013, veio esclarecer alguns pontos importantes, como, que as condicionantes foram estabelecidas em razão da complexidade e singularidade do caso sob exame e que somente a ele incide a coisa julgada.

Todavia, vários problemas surgem quando se deliberou, por maioria, que o acórdão embargado ostenta forma moral e persuasiva de uma decisão da Corte Suprema cuja superação de suas razões implica elevado ônus argumentativo. Consignou-se que, embora não se trate de decisão vinculante, tem caráter persuasivo.

Ocorre que esse julgado apresenta alguns problemas, conforme se estudou no capítulo anterior, dentre eles, o que pode ser extraído e trasladado para outras ações como parâmetro argumentativo. Além do que, quanto à tese do marco temporal de ocupação indígena, apontou-se que foi uma tese elaborada à revelia das partes, de grave déficit democrático. Indaga-se qual peso argumentativo detém essa decisão, a partir dessas questões? O *vale quanto pesa* deriva, precipuamente, da autoridade de quem a proferiu – “da mais alta Corte do País”? Quanto vale, como parâmetro argumentativo, uma decisão cujas premissas, além de terem sido forjadas com baixa densidade democrática (as partes sequer puderam se manifestar a respeito), estão imbricadas com as peculiaridades do caso concreto (as “condicionantes”)? Como o próprio STF tem aplicado, nos casos posteriores, as premissas argumentativas do julgamento da PET 3388, a partir do contido no julgamento principal e dos embargos declaratórios? Nestes julgamentos, houve uma concretização efetiva dos direitos territoriais indígenas previstos no art. 231 da CF/88? Houve uma estabilização da sequência decisória, envolvendo ações demarcatórias apreciadas pelo STF? Modificou o conceito e/ou alcance das teses do marco temporal ou do renitente esbulho? São questões que, dentre outros pontos, serão analisadas neste capítulo.

### **3.1 Esclarecimentos preliminares**

Antes de se adentrar no exame detalhado dos casos judiciais posteriores a PET 3388, se faz mister justificar as razões desse capítulo. E qual é? A edição<sup>32</sup> do Parecer Normativo n. 001/2017/GAB/CGU/AGU (DOU de 20 de julho de 2017), que “estabelece o dever da Administração Pública Federal, direta e indireta, de observar, respeitar e **dar efetivo cumprimento, de forma obrigatória, às condições fixadas** na decisão do Supremo Tribunal Federal na **PET 3.388/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas**”. E quais são essas “condições” estabelecidas na PET que passariam a vincular a análise administrativa de todos os processos demarcatórios? Os itens 8 e 9 do aludido parecer vem a elucidar:

#### **8. A consolidação da decisão da PET 3.388 na jurisprudência do STF**

[...]

Como se vê, a **Corte Suprema tem entendimento muito consolidado a respeito de dois tópicos fundamentais para a demarcação das terras indígenas**: 1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como **marco temporal de ocupação** da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena; 2) a **vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas**.” (p. 10, DOU).

#### **9. Conclusões**

[...]Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, **no julgamento da PET n. 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", determinando a sua aplicação a todos os processos de demarcação de terras indígenas, em consonância** com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no **julgamento dos Embargos de Declaração** (PET-ED n. 3.388/RR) e **em outras de suas decisões posteriores**, todas analisadas neste parecer (ex.: RMS n. 29.087/DF; ARE n. 803.462/MS; RMS n. 29.542/DF). (p. 11, DOU). (grifo nosso)

A Advocacia Geral da União (AGU), órgão de consulta e representação judicial e extrajudicial da União (a quem compete demarcar terras indígenas, nos termos do art. 231 da CF/88), assinala que, doravante, é imperioso ser observado o marco temporal de ocupação, bem como as “condicionantes”, em especial a que veda a ampliação de TIs já demarcadas, tendo em vista se tratar de “entendimento muito consolidado”.

Com base no que foi decidido na PET, em especial nos embargos de declaração (2013), não se sustenta a pretensão vinculativa de tal decisão, conforme abordado na parte final do capítulo antecedente. Relembre-se o que foi consignado pelo ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2013) e aprovado pela maioria do colegiado: “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados

---

<sup>32</sup> Na verdade, é a problematização que se fará desse ato normativo infralegal. Ao longo deste capítulo, colocar-se-á “à prova”, ou seja, testaremos, se as premissas, os argumentos nos quais ele se baseia passa pelo crivo da validade, se está em consonância com o “estado da arte” dos antecedentes judiciais a que alude. Será que não há um “desvirtuamento interpretativo” por parte da AGU da PET 3388 e demais ações que toma como referência?

pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”.

Quanto às demais ações - RMS n. 29.087/DF, RMS n. 29.542/DF e ARE n. 803.462/MS - serão objeto de exame neste capítulo, além de outras duas julgadas logo após a publicação deste ato normativo infralegal, no caso, as ACOs 362 e 366.

Neste capítulo, buscar-se-á colocar à prova a veracidade das asserções da AGU, quanto ao que afirma ser o *entendimento muito consolidado* pela Corte, a partir do julgamento das ações a que refere. Neste sentido, indaga-se: está correta a AGU em afirmar que o marco temporal é uma tese assentada na jurisprudência do STF? É dizer: o STF, de fato, atribuiu um efeito vinculativo a essa tese, de modo que deverá ser observada em todos os casos judiciais? É isso que se depreende do exame da decisão da PET 3388, especialmente dos embargos de declaração? Os casos posteriores ao Raposa Serra do Sol, aventados pela AGU, são precedentes jurisprudenciais nessa matéria? E, ainda, essas ações - RMS n. 29.087/DF; ARE n. 803.462/MS; RMS n. 29.542/DF – podem ser problematizadas do ponto de vista processual e constitucional? O que foi decidido pelo STF posteriormente à publicação deste Parecer Normativo confirma ou infirma a assertiva da AGU? O objetivo deste capítulo é apresentar resoluções a estas problemáticas.

Acresça-se ainda que, para responder às questões acima, examinar-se-ão as decisões, obedecendo a ordem cronológica em que foram proferidas, e a partir dos seguintes “filtros” que, desde logo, antecipa-se:

- a) existem problemas, de ordem processual, com estas ações? É dizer, o meio judicial eleito é viável processualmente?
- b) à luz do caso concreto (situações fáticas e jurídicas específicas), como se operou a aplicação das teses do *marco temporal* e/ou do *renitente esbulho* e/ou das “*condicionantes*”? Observaram-se nesses julgados subsequentes condições fáticas iguais ou semelhantes às do Raposa Serra do Sol? Foi correta a aplicação dessas “criações jurídicas”, do ponto de vista constitucional?
- c) pode-se afirmar que, de fato, é um *entendimento muito consolidado*? Existem decisões judiciais que deixaram de aplicar tais “salvaguardas institucionais”?

No mais, o último tópico deste capítulo se dedicará a examinar o primeiro julgamento do STF, na temática de demarcação de TI, após a publicação do ato normativo da AGU (DOU, Seção 1; ISSN 1677-7042, Nº 138, 20/7/2017), qual seja, o julgamento conjunto das ACOs 362 e 366, no dia 16 de agosto de 2017.

### 3.2 Casos seguintes que foram influenciados pela tese do marco temporal

#### 3.2.1 Do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087 (RMS nº. 29.087)

Avelino Antônio Donatti ingressou com mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na Portaria 3.219, de 7 de outubro de 2009, na qual foi declarada a posse permanente da **terra indígena Guyraroka** (etnia **Guarani Kaiowá**), situada em área do Estado do Mato Grosso do Sul.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) denegou a segurança, sob os seguintes fundamentos<sup>33</sup>: 1) a existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas (art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88); 2) a ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena; 3) pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do *writ*. Recorreu ordinariamente o impetrante desta decisão do STJ.

No STF, o recurso foi apreciado pela 2ª Turma que, por maioria, deu-lhe provimento para conceder a segurança. O acórdão<sup>34</sup> transitou em julgado em 2 de junho de 2016.

Analisando-se esse julgamento, iniciado em 19 de novembro de 2013 e finalizado em 16 de setembro de 2014, adotou-se, como *tese central*, o **marco temporal de ocupação** (da verificação da presença indígena nas terras em 05 de outubro de 1988) para, em não se comprovando a posse indígena em tal data, anular uma demarcação de terras declarada desde 7 de outubro de 2009, data da Portaria 3.219, do Ministério da Justiça (MJ).

---

<sup>33</sup> Estes fundamentos estão plasmados na ementa deste julgado, proferido pelo STJ.

<sup>34</sup> Segue ementa: **DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. 1. (omissis) 2.** A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do *marco temporal* para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). **3.** Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). **4.** No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. **5.** Recurso ordinário provido para conceder a segurança

Em primeiro lugar, há uma questão preliminar, de natureza processual: não cabe Mandado de Segurança para deslindar questão fática controvertida em matéria de demarcação de terras indígena. É dizer: MS não é via processual idônea para se discutir tradicionalidade de terra indígena. Isto significa que esta modalidade de ação judicial sequer desafia adentrar à questão de fundo<sup>35</sup>, de mérito<sup>36</sup>. Neste sentido, a jurisprudência consolidada do próprio STF<sup>37</sup>:

[...] De há muito (assim, a título de exemplo, nos MS 20.751, 20.723, 20.215, 20.234, 20.453 E 21.575), esta Corte vem acentuando que a comprovação, quando contestada como no caso foi, da inexistência da posse indígena não se faz de plano, mas, ao contrário, necessita da produção de provas, inclusive pericial, sendo, assim, questão de fato controvertida, insusceptível de ser apreciada em mandado de segurança que exige a certeza e a liquidez do direito. Mandado de segurança que se julga prejudicado em parte e na outra parte ele é indeferido, ressalvadas, porém, ao impetrante as vias ordinárias. (MS 21.649-2/ Mato Grosso do Sul, DATA DE PUBLICAÇÃO DJ 15/12/2000 - ATA Nº 40/2000Diário da Justiça publicado no dia 15/12/2000 e circulou no dia 18/12/2000)

Portanto, correta a decisão exarada pela 1ª Seção do STJ, que adotou esse entendimento, conforme se infere do item 4 da ementa do julgado (“4. *Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ*”).

Aliás, insta consignar que esse foi o entendimento isolado<sup>38</sup> do relator do recurso em comento, ministro Ricardo Lewandowski, que, citando diversos precedentes, negava provimento ao recurso (BRASIL, 2014, p. 16).

Mais à frente, após discussão com o ministro Gilmar Mendes, que divergia deste entendimento, reafirma sua posição: “Essa é uma questão muito séria, realmente, para se decidir em mandado de segurança. A Constituição, com todas as letras, no art. 231, reconhece a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios [...]”. (BRASIL, 2014)

<sup>35</sup> Esclarece-se que **o mesmo problema é observado no RMS nº. 29.542/DF**, recurso que será abordado logo após à análise deste. Como se trata da mesma questão jurídica-processual, que prescinde de qualquer exame de elemento fático, desnecessário o enfretamento desta matéria novamente.

<sup>36</sup> O ministro Gilmar Mendes afastou óbice do entendimento jurisprudencial consolidado sob o fundamento de que a matéria tratada no recurso era de alta relevância e que não haveria necessidade de invocar outros fatos que não os já expressados no acórdão impugnado.

<sup>37</sup> Pode-se ilustrar, ainda, estes outros casos, identificados apenas pelo número e ano do *writ*: MS n. 22.800 (STJ, AgintMS n. 22.808 9 STJ), MS n. 20.686 (STJ). No STF, também colhem-se inúmeros precedentes com a mesma orientação: MS n. 25.483 (2007), RMS n. 24.531 (2005), RMS n. 22.913 (2004), MS n. 24.566 (2004), MS n. 21.891 (2003), MS n. 1.892 (2001), MS n. 21.649 (2000), MS n. 21.575 (1994), MS n. 20.751 (1988), MS 20.722 (1988), MS 20.723 (1988), MS 20.575 (1986), MS 20.556 (1986), MS n. 20.515 (1986), MS n. 20.453 (1984), MS n. 20.235 (1980), MS n. 20.234 (1980), MS n. 20.215 (1980), MS n. 21.892 (2003), MS n. 24.566 (2004), MS n. 21.891 (2004), MS n. 24.015 (2005), RMS n. 24.532 (2004), MS n. 21.660 (2006), MS n. 25.483 (2007), MS n. 31.100 (2/9/14), RMS n. 29.193 (20/03/2015), MS n. 31.245 AgR (19/08/2015), RMS n. 27.255 (11/12/2015), MS n. 33.821 (28/10/2016), MS n. 28.555 (19/10/2017), MS n. 28.567 (19/10/2017), *MS n. 28541 (31/07/2018)*.

<sup>38</sup> Ou seja, todos os demais ministros que compunham a 2ª Turma à época do julgamento, os ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Celso de Mello tergiversaram enfrentar essa questão obstativa/impeditiva do exame do mérito da demarcação. O ministro Teori Zavascki era impedido.

Doravante, em que pese insubsistente o conhecimento do recurso conforme estudado acima, como, efetivamente, se julgou o mérito do recurso ordinário, mister analisar como restou decidida, pela 2ª Turma, a questão de fundo.

Como já dito, o relator deste recurso, ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de negar-lhe provimento.

Após a apresentação do voto do relator, Ricardo Lewandowski, pediu vista dos autos o ministro Gilmar Mendes, após uma breve discussão com os demais membros da 2ª Turma. Gilmar Mendes pontuou que o caso encerra uma “atualização da jurisprudência do Tribunal”, em face do julgamento da PET 3388, que, ressalta, sequer fora objeto de discussão pelo STJ. Gilmar segue afirmando ser preciso verificar a posse indígena em 5 de outubro de 1988. O ministro Lewandowski até concordou que, ainda que se verifiquem falhar em um processo demarcatório, certo é que existem vias processuais próprias – a exemplo da ação anulatória – o que não se pode é manejar Mandado de Segurança “que tem alguns limites probatórios, eu não vejo como revolver toda essa documentação, essa decisão, e declarar ilegal o ato do Ministro de Estado da Justiça, que passou por todo um procedimento, até então, considerado lícito e hígido pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>39</sup> (BRASIL, 2014, p. 17-18). Não obstante as ponderações do colega, Gilmar Mendes reitera o pedido de vista dos autos, sobretudo por entender que “em mandado de segurança, é possível, sim, verificar se os requisitos estabelecidos quanto ao procedimento estão atendidos e, também, sobre a eventual prova da presença indígena, no local, em 5 de outubro de 1988.”. Lewandowski ainda adverte que a prova pré-constituída do *writ* é o laudo da FUNAI; assim, somente isso pode ser contraditado, ao que levou Gilmar Mendes a replicar que o laudo da FUNAI deve seguir a jurisprudência do Supremo, no caso, deve perscrutar se a posse indígena é constatada em 05 de outubro de 1988<sup>40</sup> (BRASIL, 2014, p. 18).

O julgamento foi retomado no dia 24 de junho de 2014, com a apresentação do voto-vista de Gilmar Mendes, que, desde logo, já adverte que o relatório da FUNAI de identificação e delimitação da terra indígena Guyraroká, atesta que “os Kaiowá residiram na terra reivindicada até o início da década de 1940 e que, a partir dessa época, as pressões dos

---

<sup>39</sup> Aqui, entende-se que se equivocou o ministro que talvez quisesse ter dito Superior Tribunal de Justiça- STJ.

<sup>40</sup> Aqui, Gilmar Mendes não teve o mesmo cuidado quando falou que não poderia esperar do STJ a manifestação acerca do marco temporal porque a decisão da PET 3388 era recente. Deveras, quanto ao laudo técnico-antropológico da FUNAI ainda mais se aplica essa premissa, haja vista haver sido realizado bem antes do julgamento da PET 3388. Assim, acaso se concluísse pela validade do critério do marco temporal, a melhor solução seria possibilitar a renovação, para fins de retificação, do laudo da FUNAI, levando-se em considerações os novos critérios balizados judicialmente.

fazendeiros que começam a comprar as terras na região tornaram inviável a permanência de índios no local” (BRASIL, 2014, p. 22).

Embora assevere que “há mais de setenta anos não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena” (BRASIL, 2014, p. 22), reconhece, ao citar o laudo pericial que lastreou a Portaria nº. 3.219 que homologou a respectiva TI:

os **Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região.** A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros. Essa **estratégia de permanência na terra** foi praticada até início da década de 1980, quando as últimas famílias **foram obrigadas a deixar o local.** (grifo nosso)

Mesmo reconhecendo que os deslocamentos possessórios não foram voluntários, havendo, ainda, a comunidade indígena tentado resistir, persistindo nas terras como *peões*, até a década de 80, quando foram obrigados a deixar as terras, o ministro Gilmar Mendes entende pela aplicação do marco temporal de ocupação - ou seja a necessária ocupação fundiária na data da promulgação da CF/88 (em 05 de outubro de 1988)<sup>4142</sup>.

Ao dar provimento ao recurso ordinário, para, ao conceder a segurança, declarar a nulidade do processo administrativo de demarcação de TI Guyaroka, bem como da Portaria n. 3.219, de 7 de outubro de 2009, do Ministro de Estado da Justiça, ressaltou o ministro uma *curiosa* solução para a hipótese de a União entender que essas terras deveriam ser restituídas à respectiva comunidade: a desapropriação<sup>43</sup>.

Em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski voltou a reforçar seu posicionamento, inclusive, denunciou a realidade, os problemas que circundam a região *sub judice*, nos seguintes termos:

Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiros, criminosamente, ocupam terras que eram dos índios, e posse dos índios, os expulsam *manu militari*, e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos - depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos -, acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional. (p. 30)

<sup>41</sup> “Como visto, há mais de setenta anos não existe comunidade indígena na região reivindicada. Isto é, em 5 de outubro de 1988, marco objetivo insubstituível para o reconhecimento aos índios dos “direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, essas terras não eram habitadas por comunidade indígena há quase meio século!”

<sup>42</sup> Observe-se, ainda, que essa posição adotada por Gilmar Mendes contraria, em essência, o que restou assentado no julgamento da PET 3388, no sentido de que a perda da tradicionalidade só ocorre quando a retração foi voluntária em 5/10/88. Seria, inclusive, o caso de se analisar a situação do desapossamento dos povos Guyaroka, sob o ponto de vista da tese do renitentes esbulho, segundo o qual, Tem direito a restituição das terras aqueles que não estavam na terra em 5/10/88 e cuja reocupação só não ocorreu por causa de renitente esbulho por não índio.

<sup>43</sup> “E parece ser essa a orientação ortodoxa a ser observada. Se há necessidade de terras para albergar populações indígenas sem que estejam presentes os requisitos da posse indígena, mister se faz que a União se valha da desapropriação.” (BRASIL, 2014, p. 27)

Não obstante a dramática e grave afirmação feita por Lewandowski, olvida Gilmar Mendes confrontar tais asserções, ao que se limita a apontar que, no precedente do caso Raposa Serra do Sol, o problema era a presença de estados e municípios, ou a falta dela, no processo demarcatório. Na resposta, diz o outro ministro: “A Raposa Serra do Sol era um caso atípico, em que lá se reivindicava, praticamente, dois terços de um Estado-membro da Federação Brasileira” (BRASIL, 2014, p. 31). “Exatamente”, diz o ministro Gilmar.

O curso do julgamento caminha para uma calorosa discussão entre estes dois ministros, podendo-se, de tal alteração, extraírem-se algumas ilações.

Gilmar Mendes ignora completamente a situação de desapossamento forçado, e enfatiza que a demarcação abrangeu *áreas altamente produtivas*, o que para ele é o maior problema, e, ao seu modo, a solução está em se fazer a desapropriação, indenizando-se os proprietários fazendeiros. O ministro repisa o marco temporal de ocupação como solução jurídica possível. Tal solução não é compatível com as premissas fáticas que forjaram acerca do marco temporal e renitente esbulho na PET 3388, tampouco a *panaceia* para resolver, via desapropriação, o interesse econômico do agronegócio (“*No caso de Mato Grosso do Sul é exatamente essa conflagração que existe, em função de se estar fazendo demarcação de áreas altamente produtivas. Então, por isso que a questão se coloca*”, BRASIL, 2014, p. 32) se compatibiliza com o parágrafo sexto do art. 231 da CF/88.

De outro lado, Lewandowski denuncia, a partir de sua compreensão dos fatos, uma atuação criminosa dos fazendeiros do agronegócio que expulsaram os índios de suas terras, com violência armada, para depois utilizar sua mão-de-obra. Para ele, está configurada a tradicionalidade das terras em disputa, porquanto não se pode validar ou legitimar a prática de esbulho perpetrada pelo agronegócio contra os índios; sobreleva, pois, a tradicionalidade das terras e sua imprescritibilidade e inalienabilidade em detrimento do marco temporal.

Após esta discussão, o julgamento foi suspenso, em razão de pedido de vista dos autos pela ministra Cármen Lúcia.

Retoma-se o julgamento em 9 de setembro de 2014, com a leitura do voto de Cármen Lúcia que já inicia reconhecendo “a gravidade da situação fundiária há muito instaurada no Estado de Mato Grosso do Sul”, conduzindo ao “acirramento do conflito entre índios e proprietários rurais”, detentores de “títulos cuja cadeia dominial remonta ao século passado” e cuja origem se tem na transmissão onerosa, ou não, pelo Poder Público de “extensas glebas de terras como meio de fomentar o desenvolvimento do centro-oeste do país”. Acresce que o “agravamento da contenda fundiária” na região entre índios e não-índios é noticiado regularmente pela imprensa, que relatam a “crescente hostilidade entre índios e

proprietários/posseiros” e denunciam atos barbárie ali havidos. Informa-se que “vidas têm sido ceifadas brutalmente em ambos os lados do conflito” e que a “descrença na solução da controvérsia” tem conduzido a suicídios” como formas de protestos<sup>44</sup>. Vota, com “desassossego”, pois o conflito examinado não apresenta solução fácil. Ao dizer que primou “equacionamento do problema”, a partir dos pilares da “garantia da segurança nas relações sociais e na confiança que todos devem ter na atuação estatal”<sup>45</sup>, aderiu ao voto de Gilmar Mendes.

Ainda, há de se pontuar um equívoco cometido pela ministra Cármen Lúcia ao dizer que, ainda que não tenha *eficácia vinculante formal*, os “pressupostos firmados para o reconhecimento da demarcação realizada em Roraima” hão de ser levados em consideração aos casos subsequentes, sobretudo pela “pela força jurídico-constitucional do precedente histórico, cujos fundamentos hão de influir, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pelos magistrados”. Decerto, a afirmação da magistrada vai de encontro ao que foi expendido até agora. A decisão dos EDs, bem como várias decisões posteriores infirmam essa conclusão de Cármen Lúcia (vide item 2.3. Análise do julgamento dos EDs da PET 3388, no segundo capítulo, bem como as notas de rodapés 13, 14, 18, 19).

O julgamento foi retomado em 16 de setembro de 2014, com a leitura do voto do ministro Celso de Mello, que, ao adotar o marco temporal de ocupação, acompanha a divergência manifestadas pelos ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, para dar provimento ao recurso ordinário.

---

<sup>44</sup> Em outro trecho do seu voto, a ministra contradiz o que afirmara neste tópico do voto, senão vejamos: “Não há relato de violenta expulsão dos índios, conquanto haja referência a pressões dos fazendeiros para a desocupação do território em vista da ampliação da atividade agropastoril e de atuação de agentes da extinto Serviço de Proteção ao Índio – SPI, o que teria resultado na pulverização das parentelas que compunham essa comunidade nas reservas indígenas situadas nas adjacências. [...] Disso decorre a conclusão de que representantes desse grupamento indígena, da etnia Guarani-Kaiowá, não ocupavam a terra reivindicada no momento da promulgação da Constituição da República de 1988, marco temporal erigido no julgamento da Petição n. 3.388/RR para o reconhecimento da posse tradicional indígena. [...] É nesse contexto que passo a perfilhar o entendimento externado pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo o qual **o exame da ocupação indígena para fins de reconhecimento do direito originário à terra e, portanto, sua declaração como de posse indígena, deve passar pelo atendimento das salvaguardas institucionais atinentes aos marcos temporal e de tradicionalidade da ocupação.** [...] compartilhar das mesmas preocupações com o acirramento do conflito na região, adiro à proposta que me parece vocacionar-se à construção de solução capaz de atenuá-lo.

<sup>45</sup> Segue o trecho do voto da ministra: “Início meu voto com o desassossego de saber da *dificuldade em se compor*, judicialmente, *uma solução que atenda igualmente aos anseios da comunidade indígena, há muito desapossada de suas terras, e do produtor rural*, que, determinado a trabalhar para desenvolver economicamente o interior do país, confiando legitimamente na validade do título de domínio que lhe fora outorgado pelo Poder Público, se vê atualmente ameaçado de perder o que por décadas vem construindo.

*O equacionamento do problema*, que engloba fatores de ordem social, econômica, territorial e política, *deve assentar-se na garantia da segurança nas relações sociais e na confiança que todos devem ter na atuação estatal*. Por isso é que, com as vênias do Ministro Relator, filio-me ao entendimento externado no voto dissidente, por compreendê-lo mais consentâneo com o que decidido por este Supremo Tribunal na Petição n. 3.388/RR”.

Quanto ao voto do ministro Celso de Mello, entende-se que apresentam contradições insuperáveis. Inicia o voto advertindo que a questão da terra há de ser analisada sob o viés dos povos indígenas (BRASIL, 2014, p. 59). Assevera, ainda, que: a) o art. 231 da CF/88 tem a finalidade de propiciar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos e costumes (BRASIL, 2014, p. 65); b) “cumpre ter presente” a pertinente e veraz advertência feita por Dalmo de Abreu Dallari<sup>46</sup>, no sentido que não se valida a aquisição de terras ocupadas por índios, que é bem da União.

Todavia, “não obstante todas essas considerações”, aduz que a União e FUNAI não podem atuar “em desconformidade” com o estabelecido na PET 3.388/RR, “particularmente no que tange ao marco temporal de 05 de outubro de 1988” (BRASIL, 2014, p. 67).

A contradição se revela em razões das premissas doutrinárias<sup>47</sup> (Luiz Felipe Bruno Lobo, José Afonso da Silva e Dalmo de Abreu Dallari) adotadas pelo ministro, nas quais reforçam a indisponibilidade, a imprescritibilidade, “inusucapíveis” (BRASIL, 2014, p. 65) terras de ocupação tradicional indígena. Olvida o ministro analisar as circunstâncias fáticas de desapossamentos violentos sofridos pelas comunidades atingida (*Guýraroká*). Não tece um comentário sobre os relatos graves e dramáticos, vazados pelos ministros que o antecederam. Limita-se à aplicação do marco temporal de forma abstrata, desassociada de qualquer aproximação com a realidade da localidade que ora julga.

Os votos favoráveis à anulação da Portaria n. 3.219/2009 traduzem, em essência, uma *esquizofrenia*<sup>48</sup> no trato da questão, pois ignoram completamente os graves e sensíveis problemas fundiários da região. A justificativa para anular o ato demarcatório trata de uma rasa, acrítica, inadequada aplicação do marco temporal, para que, segundo sintetiza Gilmar Mendes, contribui para “uma certa pacificação do tema, dando uma linha temporal e uma orientação e permitindo que a União aja, quando for o caso, mediante desapropriação, para solver os conflitos que se encetam nessa matéria.” (BRASIL, 2014, p. 72). Ao fim, a 2ª Turma, por

---

<sup>46</sup> “(...) **ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.**” (grifei) (BRASIL, 2014, p. 66).

<sup>47</sup> Todos esses juristas que são citados no voto de Celso de Mello defendeu a impossibilidade de aquisição de terra ocupadas por índios, porque são inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

<sup>48</sup> Aqui utilizada no sentido de distorções do pensamento, da falta de uma análise clara, objetiva, de fuga da realidade, tal qual delírio, alucinações.

votação majoritária, deu provimento ao recurso ordinário e concedeu a segurança para declarar a nulidade do processo administrativo de demarcação de TI Guyaroká, bem como da Portaria n. 3.219, de 7 de outubro de 2009.

Em face do acórdão foram interpostos EDs<sup>49</sup> pela Comunidade Indígena Guyaroká, pela Procuradoria Geral da República e União, que, em 10 de outubro de 2015, foram rejeitados, por unanimidade.

Do julgamento dos embargos declaratórios, destaca-se um trecho do voto do relator, Gilmar Mendes (que foi acompanhado pelos demais ministros da Turma, sem nenhuma divergência):

Em relação à representação da Comunidade indígena Guyaroká, ressalto que a FUNAI é órgão federal do Estado brasileiro responsável pela proteção dos índios e de seus bens, ao qual cabem todos os estudos e levantamentos que precedem a demarcação, nos termos do art. 231 da Constituição Federal, bem como da Lei 5371, de 5.12.1967. [...] Afasto, portanto, o argumento da Comunidade indígena Guyaroká a indicar que sua não participação teria impedido sua defesa, especialmente em relação à demonstração do período de ocupação das terras em questão. (p. 11 do acórdão).

Sobre a questão se constitui, ou não, violação ao direito defesa, a negativa de participação da comunidade diretamente envolvida, com a alegação de que a representação já é suficiente e bastante, cumpre esclarecer que tal temática será abordada no próximo capítulo.

Segundo, os embargos declaratório<sup>50</sup> foram interpostos pela União e Comunidade Indígena Guyaroká, e novamente foram rejeitados, por unanimidade. O acórdão transitou em julgado em 02 de junho de 2016.

---

<sup>49</sup> Neste recurso, a Comunidade Indígena Guyaroká, sustenta-se que o fato de a **comunidade indígena não ter sido chamada ao feito teria impedido sua defesa**, especialmente em relação à demonstração do período de ocupação (fl. 459). Alega-se que as condições estabelecidas pelo STF na PET 3888 seriam desprovidas de força vinculante, logo o **marco temporal ali determinado não poderia ser aplicado ao presente caso** (fl. 460). Infere-se, ainda, omissão e obscuridade no tocante à aplicação da **Súmula 650**, por **não existir clara definição do que seria “passado remoto”** (fl. 464). Ressalta-se, por fim, que o art. 231 da Constituição Federal não pode ser afastado pelo direito administrativo (fl. 467).

O **Procurador-Geral da República** opôs embargos de declaração nos quais defende a impossibilidade de impugnação da portaria de demarcação pela via do mandado de segurança. Aponta a necessidade de observância de uma **relativização do marco temporal estabelecido na PET 3.388, uma vez que a “reocupação não ocorreu por efeito de renitente esbulho dos não-índios”** (fl. 489). Aduz a ocorrência de supressão de instância, uma vez que caberia ao Superior Tribunal de Justiça julgar mandado de segurança contra ato de ministro de Estado (fl. 498). Já a **União**, em seus embargos de declaração, afirma a impossibilidade de verificação dos elementos caracterizadores da liquidez e certeza do direito e aponta precedentes do Plenário sobre o tema (fl. 514). Argumenta que **a mera exibição de títulos de registro do imóvel não pode desconstituir direito originário** (fl. 521). Aponta que o “fato incontestável, que **demonstra o esbulho** impingido aos Guarani Kaiowá de Guyaroká, foi a **titulação indevida da terra indígena pelo Governo** do Estado de Mato Grosso a particulares” (fl. 524) e indica omissão do acórdão embargado por não considerar adequadamente esse fato. Ainda, que as **terras indígenas já identificadas e delimitadas antes do julgamento da PET 3.388 não podem ser por esta afetadas**.

<sup>50</sup> Sobre o fundamento dos novos recursos, transcreve-se o relatório de Gilmar Mendes: “A União alega a necessidade de ampla dilação probatória e a impossibilidade de aplicação retroativa do entendimento firmado na PET 3.388/RR. Indica que o acórdão embargado teria sido omissivo no ponto. Já a Comunidade Indígena Guyaroká, em novos embargos de declaração, interpostos com pedido de efeitos infringentes, reitera os argumentos

### 3.2.2 Do Recurso em Mandado de Segurança nº 29.542

Cuida-se de recurso ordinário em Mandado de Segurança interposto pelos Municípios de Fernando Falcão/MA, Formosa da Serra Negra/MA e Barra do Corda/MA contra o julgado da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça<sup>51</sup>, que manteve válida a Portaria nº 3.508, de 21 de outubro de 2009, do Ministério da Justiça (Terra indígena de Porquinhos/MA).

No STF, o RMS foi distribuído para a 2ª Turma, com relatoria da ministra Cármen Lúcia, e julgado em 20 de setembro de 2014, dando-lhe provimento para, ao conceder a segurança, invalidar a Portaria nº. 3.508, de 21 de outubro de 2009. Todos os membros votantes aderiram ao voto da relatora<sup>52</sup>.

A questão central diz respeito à possibilidade de ampliação de terras já demarcadas<sup>53</sup>, o que encerra o exame da aplicabilidade, ou não, da “condicionante” “r”<sup>54</sup> da

---

apresentados. Sustenta, em síntese, a necessidade de sua citação na condição de litisconsorte passivo necessário; a inaplicabilidade do Marco Temporal de 1988 ao caso dos autos e a nulidade dos títulos de propriedade sobre a área.

<sup>51</sup> Segue a ementa do acórdão do STJ: “ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ÁREA INDÍGENA: DEMARCAÇÃO - PROPRIEDADE PARTICULAR - ART. 231 DA CF/88 - DELIMITAÇÃO - PRECEDENTE DO STF NA PET 3.388/RR (RESERVA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - DESCABIMENTO DO WRIT - REVISÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA SOB A ÉGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL ANTERIOR - POSSIBILIDADE. 1. Processo administrativo regularmente instaurado e processado, nos termos da legislação especial (Decreto 1.775/96). Ausência de cerceamento de defesa. 2. A existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas. 3. Segundo o art. 231, §§ 1º e 6º, da CF/88 pertencem aos índios as terras por estes tradicionalmente ocupadas, sendo nulos os atos translativos de propriedade. 4. A ocupação da terra pelos índios transcende ao que se entende pela mera posse da terra, no conceito do direito civil. Deve-se apurar se a área a ser demarcada guarda ligação anímica com a comunidade indígena. Precedente do STF. 5. Pretensão deduzida pelo impetrante que não encontra respaldo na documentação carreada aos autos, sendo necessária a produção de prova para ilidir as constatações levadas a termo em laudo elaborado pela FUNAI, fato que demonstra a inadequação do writ. 6. A interpretação sistemática e teleológica dos ditames da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de demarcação de terra indígena que tenha sido levado a termo em data anterior à promulgação da Constituição vigente pode ser revisto. 7. Segurança denegada” (fl. 1089, DJe 10.5.2010).

<sup>52</sup> Segue a ementa do julgado: “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TERRA INDÍGENA DEMARCADA NA DÉCADA DE 1970. HOMOLOGAÇÃO POR DECRETO PRESIDENCIAL DE 1983: REVISÃO E AMPLIAÇÃO. PORTARIA N. 3.588/2009 DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. ALEGADOS VÍCIOS E IRREGULARIDADES NO PROCESSO DEMARCATÓRIO PRECEDENTE. DELIMITAÇÃO DE ÁREA INFERIOR À REINVIDICADA. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DE POSSE TRADICIONAL INDÍGENA (ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPOSSIBILIDADE. CASO RAPOSA SERRA DO SOL (PETIÇÃO N. 3.388/RR). FIXAÇÃO DE REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS IDÍGENAS NO BRASIL. **DESATENDIMENTO DA SALVAGUARDA INSTITUCIONAL PROIBITIVA DE AMPLIAÇÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA ANTES OU DEPOIS DA PROMULGAÇÃO DE 1988. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.** DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 13/11/2014 - ATA Nº 170/2014. DJE nº 223, divulgado em 12/11/2014. (Grifo nosso).

<sup>53</sup> A insurgência é quanto à ampliação da área da **Terra Indígena Porquinhos**, situada no Maranhão, que fora demarcada, 79.520ha, em 1983 (Decreto n. 88.599, de 9.8.1983), passando para 301.000ha (Portaria nº. 3.508/2009).

<sup>54</sup> Esclarece-se que no voto apresentado pelo ministro Menezes Direito, esta condicionante aparece nesta configuração em número romano “xvii” (p. 418), todavia, no dispositivo do acórdão da PET 3388 (2009), essa condicionante está disposta sob a letra “r” (fl. 243 do acórdão).

PET 3388. Esclareça-se que, até a presente data, o acórdão acima não transitou em julgado, aguardando o julgamento de Embargos de Declaração, interpostos pela Comunidade Indígena Apãniekra Canela, PGR, FUNAI, bem como apreciação de pedidos diversos<sup>55</sup>. Até o fechamento dessa dissertação, os autos encontravam-se conclusos com a relatora, desde 9 de agosto de 2018.

Ademais, quanto às questões processuais, como já apreciado no item anterior, dispensar-se-á a sua análise.

Volvendo-se ao cerne da controvérsia. O STJ adotou como premissa do seu julgado a inexistência de impedimento à ampliação da TI demarcada, sob o fundamento de que a demarcação anterior foi realizada na vigência da Constituição Federal de 1967, de modo que, face à “mudança de paradigma” operada pelo advento da nova ordem constitucional, a revisão para ampliar TI se compatibiliza com o novo regime jurídico constitucional na questão territorial indígena. Apontou-se, também, vícios no processo demarcatório anterior que “decorreriam da influência política e econômica regional” (BRASIL, 2014, p. 14).

Para Cármen Lúcia, relatora do recurso, assiste razão aos impetrantes, sob o fundamento da “eficácia subjetiva” da decisão proferida na PET 3388 (BRASIL, 2014, p. 14), quanto à salvaguardas institucionais insere-se, na al. *r* do inc. II do acórdão, a que estabeleceu ser “vedada a ampliação de terra indígena já demarcada” (DJe 25 de setembro de 2009). Segundo a ministra, a eficácia subjetiva foi trazida pelo ministro Teori Zavascki, por ocasião do julgamento dos primeiros embargos declaratórios, nos seguintes termos:

[C]omo todo ato estatal, a sentença produz efeitos naturais de amplitude subjetiva universal. [...] A eficácia universal do julgado, assim estabelecida, é particularmente significativa em se tratando de sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A sua vocação expansiva e persuasiva em relação às questões decididas fica realçada pela superior autoridade da chancela dessa mais alta Corte de Justiça.

A ministra prossegue afirmando que as diretrizes traçadas para a demarcação realizada em Roraima se expandem para atingir casos futuros, máxime pela “força jurídico-constitucional do precedente histórico, cujos fundamentos influenciam, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pelos magistrados aos casos semelhantes.”

Salienta, ainda, que foi debatido na Corte o alcance de demarcação de TI antes de 1988, ao que, segundo a ministra, em nome da segurança jurídica, alinharam o entendimento de vedação de áreas anteriormente já demarcadas, o que levou a aprovação da “salvaguarda”.

---

<sup>55</sup> Trata-se de pedidos de ingresso no feito, formulados por Conselho Indigenista Missionário – CIMI, Município de Fernando Falcão e outros, - Lideranças indígenas dos povos Suruí e outros, Federação Indígena das Nações Pataxó e Tupinambá do Extremo Sul da Bahia, Maria Rita Khel, Povo Indígena Kanela Apãniekra do Maranhão, Povos Indígenas na Comissão Organizadora da Primeira Conferência Nacional de Política Indigenista,

Outro argumento utilizado pela ministra diz respeito ao exercício da autotutela do Poder Público que, segundo a relatora, deverá observar o prazo de cinco anos (art. 54, Lei nº. 9.754/1999). Considerando que a reserva indígena foi demarcada e homologada há mais de 30 anos, não se há falar em revisão, até porque “essa pretensão, se consentida, debilitaria o princípio da segurança jurídica, mitigando a confiança nos atos praticados pela Administração” (BRASIL, 2014, p. 26). Não prosperam os argumentos sustentados pela relatora para conceder a ordem.

Quanto à necessidade de observar as “condicionantes” em outros processos demarcatórios, na própria decisão que julgou os embargos declaratórios, tal ilação foi expressamente rechaçada: “Dessa forma a decisão proferida na PET 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas<sup>56</sup>. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, ‘a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol’<sup>57</sup> (fl. 336).

Do que se pode inferir dos julgados supramencionados, a ilação da ministra, neste ponto, é totalmente destoante do precedente da Corte a respeito<sup>58</sup>.

Sobre a vedação de revisão administrativa pelo Poder Público, pela via da autotutela, há autores que defendem a inaplicabilidade do regime jurídico decadencial de cinco anos, em face da fundamentalidade dos direitos originários – art. 231 da CF/88 -que justificam o dever de demarcação de terras indígenas (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p.51). Asseveram que uma norma infraconstitucional não pode se sobrepor a um imperativo constitucional que trata de um direito fundamental indígena (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 51-52).<sup>59</sup>

Ainda sobre a inaplicabilidade da Lei nº 9.784/99, diz respeito à impossibilidade de se conferir *eficácia retroativa*, pois, como só entrou em vigor em 25 de janeiro de 1999, somente se poderia cogitar a contagem decadencial, nele prevista, a partir de 25 de janeiro de

---

<sup>56</sup> Neste sentido, trilhou o STF, ao extinguir, de forma monocrática, inúmeras reclamações que objetivavam estender, de forma automática, a decisão da PET 3388 a outras áreas demarcadas. Vejam-se os seguintes precedentes: Rcl 8.070 MC/MS, dec. Min. Carlos Ayres Britto [RI/STF, art. 38, I], *DJe* 24.04.2009; Rcl 15.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 13.05.2013; Rcl 15.051/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 18.12.2012; Rcl 13.769/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 28.05.2012.

<sup>57</sup> No mesmo caminho, seguem os seguintes julgados: *MS 27.939/DF. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. Dje 1.9.2014* ; *MS 31.901 (DJE 11-3-2014)*; *MS 31.100, DJE 2-9-2014*; *RCL 14.473/RO ( Dje 16.12.2013)*; *RCL 13769 – DJE 28-5-2012*; *RCL 15.668, DJE 13-5-2015*.

<sup>58</sup> É precedente porque os julgamentos posteriores ao RMS vieram a confirmar a não aplicação as condicionantes fora da PET 3388. Inclusive, nos julgamentos das ACOs 362 e 366 que será posteriormente analisadas neste capítulo, houve também severas críticas quanto à utilização vinculatória das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR) aos demais processos judiciais e administrativos em curso.

<sup>59</sup> TERRAS INDÍGENAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS: UMA ANÁLISE SOB AS LUZES DA TEORIA DO “ROMANCE EM CADEIA” DE DWORKIN

2004. E por fim, consigne-se que a ministra fez uma leitura equivocada das conclusões apostas por Barroso<sup>60</sup>.

A ressalva do Ministro nesse caso é uma importante luz sobre a demarcação de terras indígenas, tendo em vista que mais importante que o mérito administrativo ou político – que podem ser mudados a qualquer tempo –, nesses casos, são os estudos técnicos. Ademais, como preleciona Bigonha (In ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 54):

É certo que muitas vezes as demarcações contêm erros ou vícios, que podem desfavorecer as populações indígenas. A condição, da forma como está redigida, impediria a correção desses vícios, sempre que dela resultasse ampliação de TIs. Além de conflitar com o caráter declaratório da demarcação de TIs, tais condicionantes geram o direito de se beneficiar indevidamente decorrente de um erro administrativo.

Isto é dizer, a razão para vedar a possibilidade de revisão de demarcação territorial, pela via administrativa (autotutela), tem por escopo de evitar decisões de caráter político (de preferências políticas) em detrimento do necessário estudo técnico de natureza antropológica. Entretanto, o mesmo não ocorre na hipótese de vícios no processo demarcatório. Neste caso, a lei permite que a Administração Pública exerça o controle judicial dos seus atos para anular decisões ilícitas (no caso, de vício do próprio processo demarcatório).

### ***3.2.3 Do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº ARE 803.462/MT<sup>61</sup>***

No dia 4 de outubro de 2014, o ministro Teori Zavascki (em decisão monocrática), ao conhecer do Agravo contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), que inadmitiu Recurso Extraordinário em Ação Declaratória; negou seguimento ao Recurso Extraordinário (DJE 12 de agosto de 2014). Isso significa que tanto o TRF-3 (na origem) negou seguimento ao Recurso Extraordinário, quanto o STF, em sede de Agravo.

Todavia, em face da decisão do agravo, Tales Oscar Castelo Branco interpôs Agravo Regimental (18 de agosto de 2014) que restou julgado, pela 2ª Turma, em 9 de dezembro de 2014 (DJE 12 de fevereiro de 2015), para dar provimento, e, assim, conhecer o agravo para dar provimento ao Recurso Extraordinário. Isto quer dizer que após duas decisões

---

<sup>60</sup> Eis o trecho de referência: “[...]o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. [...]Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas “*não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador*” (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso porque a inclusão de determinada área entre as “*terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório.

<sup>61</sup> Para um estudo percuciente do processo judicial em comento ver: **O MARCO TEMPORAL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988 – TERRA INDÍGENA LIMÃO VERDE** Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 143-169)

negando seguimento o Recurso Extraordinário, em sede de regimental, o STF admite o extraordinário para dar-lhe provimento.

Ressalte-se que, dentre as ações examinadas, até então, no vertente trabalho, esta é a que apresenta a maior quantidade de incidentes processuais (inúmeros recursos), os quais inviabilizaram, até a presente data, o julgamento definitivo<sup>62</sup> da causa<sup>63</sup>. Desta forma, como ainda não há julgamento definitivo, analisar-se-á somente a decisão do Agravo Regimental (julgado em 9 de dezembro de 2014), porque é o que interessa ao trabalho. Passa-se, doravante, ao exame do recurso.

Em primeiro lugar, defende-se o acerto decisório do TRF-3 e do agravo decidido no STF monocraticamente (julgado em 4 de outubro de 2014, DJE de 12 de agosto de 2014), que negava seguimento ao Recurso Extraordinário, proposto por Tales Oscar Castelo Branco. Decerto, o Recurso Extraordinário proposto, ao desafiar o reexame de todo o conjunto fático-probatório, não é cabível, em face do que dispõe a súmula 279 do STF (“Para simples reexame de prova não cabe Recurso Extraordinário.”).

Caso o Supremo houvesse seguido a sua própria jurisprudência, certamente seria um caso a menos para julgar, um conflito fundiário que já poderia ter sido estabilizado socialmente, pelo menos, desde 2014. Todavia, como não assim procedeu, examina-se, doravante, como restou decidido, até agora, a questão de mérito que envolve o caso. O conflito fundiário exposto na ação trata-se da Fazenda Santa Bárbara, situada nas terras localizadas no Município de Aquidauana, Estado do Mato Grosso do Sul.

A questão central posta nesta lide trata da aplicação da tese do *renitente esbulho*. E, desde já, esclarece-se que o objetivo deste tópico se cinge a realizar um cotejo do sentido que foi dado na PET 3388 e nesta ação. Em assim, analisar-se-á qual significado que foi atribuído

---

<sup>62</sup> Das ações até então examinadas neste trabalho, esta é a que contém mais incidentes processuais. Da decisão do agravo regimental, ainda foram opostos embargos de declaração que foram julgados improcedentes (início em 27/5/2015 e término em 31/3/2017 – DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 25/09/2017 - ATANº 139/2017. DJE nº 216, divulgado em 22/09/2017). Ainda, foram interpostos embargos de divergência que, primeiramente restaram inadmitidos (em 6/3/2018), todavia, em exame de reapreciação, foram admitidos (8/10/2018), o que ensejou a redistribuição do feito, sendo sorteada a ministra Rosa Weber para a relatoria. O processo está concluso com a relatora desde 18/3/2019.

<sup>63</sup> Segundo Deborah Duprat, A despeito de toda chance de êxito em eventual interposição de recurso, a Procuradoria-Geral Federal, intimada em 27/9/2017, e a AGU, intimada em 10/11/2017, devolveram os autos sem interposição de recurso, provavelmente com receio de eventuais reprimendas por possível violação ao parecer, provocando o risco de a decisão transitar em julgado de forma antecipada. O absurdo salta aos olhos: a tentativa, temerária e precipitada, de produzir efeitos vinculantes de uma tese minoritária, ainda sob discussão e amadurecimento, termina por impedir a utilização de instrumentos de defesa, ocasionando o trânsito do caso. A suposta causa (o fundamento do parecer) se torna efeito – o caso Limão Verde, utilizado como base para construção do parecer, é, agora, afetado pela ausência de recursos. Isso, por si só, é suficiente para demonstrar que não há jurisprudência consolidada e o parecer busca aplicar efeitos de forma prematura de tal entendimento. (ALCANTARA; TINÓCO; MAIA; 2018, p. 61)

ao renitente esbulho na ARE 803.462/MT, e o que foi exposto e desenvolvido no capítulo anterior acerca do tema.

Como dito, o conflito fundiário exposto na ação trata-se da Fazenda Santa Bárbara, situada nas terras localizadas no Município de Aquidauana, Estado do Mato Grosso do Sul. O ministro Teori Zavaski, relator, parte da premissa de que os índios deixaram de ocupar a Fazenda Santa Bárbara, pelo menos, desde 1953, ano em que os “últimos índios **teriam sido expulsos** da região. Portanto, é certo que não havia ocupação indígena em outubro de 1988” (BRASIL, 2014, p. 8 - grifo nosso).

O ministro Teori, com base no marco temporal (presença indígena em 05 de outubro de 1988), assim como no que foi decidido no RMS 29.087 (DJE 14 de outubro de 2014) e na Súmula 650 do STF (“*os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*”), conclui que somente se legitimaria o ato demarcatório, caso se comprovasse o renitente esbulho (BRASIL, 2014, p. 12-13).

Ademais, considerando que as últimas ocupações indígenas na Fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953 e não se constatando, nas décadas seguintes, situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de não índios como efetivo “esbulho renitente”<sup>64</sup>, deu provimento ao Agravo Regimental, para conhecer o agravo, para dar provimento ao Recurso Extraordinário, julgando procedente o pedido, ficando, ainda, invertidos os ônus de sucumbência.

Do debate que se desenvolveu após o voto do relator, todos os ministros concordaram que a solução prática mais adequada seria a via da desapropriação, inclusive, com a abertura da discussão para incluir não somente União, mas Estados e Municípios<sup>65</sup>. O ministro Gilmar Mendes levantou a primeira questão (assim como sugerira no julgamento do RMS

---

<sup>64</sup> O fundamento do seu voto está nas seguintes passagens: “o 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.” (p. 14-15). Neste sentido, revaloriza o arcabouço fático, o que nem poderia ter feito, para dizer “não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual. (p. 15).

<sup>65</sup> A discussão encontra-se na p. 17-18 do acórdão.

29.087). Por sua vez, a ministra Cármen Lúcia, embora tenha reconhecido o esbulho, em razão de os índios haverem, de fato, sido forçados a sair da terra disputada, concorda com a desapropriação, aventada pelo ministro Gilmar Mendes.

Comenta-se acerca da decisão:

- a) como anteriormente defendido, o recurso não superaria a questão processual, impeditiva do próprio conhecimento da causa;
- b) a decisão extrapola os limites semânticos do renitente esbulho delineados na PET 3388. Defende-se até que o desvirtua, na sua essência, rompe com o conceito forjado naquela ação, em razão de haver assentado que não haveria perda da tradicionalidade em caso de esbulho<sup>66</sup>;
- c) configura uma injustiça<sup>67</sup>, uma postura censurável, desarrazoada, inadequada perante o histórico quadro constitucional voltado à proteção da posse indígena, a valoração probatória conferida pelo relator (o que é vedado, diga-se de passagem, dada a súmula 279/STF), no que diz respeito às tentativas de resistência promovidas pelos índios de reocupação, consistentes na:
  - a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio;
  - o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e
  - cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai;
- d) em verdade, o que está “por detrás” desse resultado decisório é revelado na oportunidade do debate, da deliberação, ocasião em que as falas:
  - não enfrentam o óbice processual intransponível para o conhecimento do recurso (Súmula 279 do STF);

---

<sup>66</sup> Assentou o relator da PET 3388: “[...] **Retração que deve ser contemporaneamente espontânea**, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, **é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa**. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. (pág. 320-321);

<sup>67</sup> Ver “**A APLICAÇÃO DO MARCO TEMPORAL PELO PODER JUDICIÁRIO E SEUS IMPACTOS SOBRE OS DIREITOS TERRITORIAIS DO POVO TERENA**, Ana Carolina Alfinito Luiz Henrique Eloy Amado. Com base na análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência acerca do domínio e da posse de três terras terenas em Mato Grosso do Sul – Buriti, Cachoeirinha e Taunay-Ipegue –, o presente estudo analisa como o marco temporal tem sido aplicado pelas diferentes instâncias do Poder Judiciário e como ele tem impactado o direito do povo Terena à terra tradicionalmente ocupada, (ALCANTARA; TINÓCO; MAIA; 2018, p. 227- 264)

- não enfrentam a extensão do sentido e do alcance do renitente esbulho forjado pelo relator, que, ao fim e ao cabo, viola o que está disposto no art. 231 da CF/88 e distorce o que foi decidido na PET 3388. Enfatize-se não foram tecidos nenhuma observação, comentário, concordância ou objeção à inovação proposta. Na verdade, a “conversa”, após a leitura do voto do relator, cingiu-se a indicar como solução para o caso a desapropriação. Solução esta que não encontra amparo na CF/88 (vide parágrafo sexto), tampouco viabilidade material, porquanto dificilmente a União assumiria um ônus financeiro altíssimo para promover a desapropriação de terras que, por serem de natureza indígena, originariamente lhes pertence;
- e) e, por fim, como já falado, este recurso – ARE 803.462 - ainda não foi definitivamente julgado, e, do que foi julgado, foram opostos vários incidentes processuais e, ao que se pode inferir de outros julgamentos subsequentes que envolvem a temática (a exemplo do que se abordará no próximo tópico deste capítulo as ACOs 362 e 366), a tendência é que o entendimento aqui firmado não prevaleça, não se sustente, caso a Corte<sup>68</sup> pretenda manter alguma coerência decisória.

#### **3.2.4 Ações civis ordinárias n.º 362 e 366 (julgados conjuntamente em 16 de agosto de 2017).**

O Estado do Mato Grosso ingressou em face da União e da FUNAI com ações ordinárias de indenização por desapropriação indireta, sob o fundamento de que existiriam dentro da reserva do Parque Indígena do Xingu, terras devolutas que lhes pertencem, sem o atendimento do devido procedimento de expropriação.

O plenário do STF, ao resolver julgar em conjunto as ações<sup>69</sup> propostas, julgou improcedentes os pedidos formulados em ambas as ações<sup>70</sup>.

O que vai interessar a este trabalho, quanto ao que foi decidido nestas ações, não é o julgamento meritório propriamente dito, mas a análise dos votos de alguns ministros que, em

<sup>68</sup> Neste sentido, refire-se aos julgamentos da 2ª Turma. Decerto, as ações analisadas – os RMS 29.087 e 29.542 e ARE 8033.462 – foram decididas por este órgão fracionário do STF. O que se quer dizer é que a deliberação pelo Pleno, do colegiado que é composto por 11 ministros - poderá suplantar as premissas estabelecidas nessas decisões.

<sup>69</sup> A ACO 362, foi julgada em 16/8/2017 (DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 03/10/2017 - ATA Nº 145/2017. DJE nº 225, divulgado em 02/10/2017), com decisão transitada em julgado em 17/2/2018. Por sua vez, a ACO 366, julgada em 18/7/2017 (DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 01/02/2018 - ATA Nº 1/2018. DJE nº 18, divulgado em 31/01/2018), com decisão transitada em julgado em 30/8/2018.

<sup>70</sup> Segue a ementa: “*INDENIZAÇÃO – ESTADO – TERRAS INDÍGENAS. Comprovada a histórica presença indígena na área, descabe qualquer indenização em favor do Estado.*”

*obter dictum*, apresentaram importantes contribuições argumentativas acerca dos direitos territoriais indígenas, bem como sinalizaram possíveis mudanças - tendências - interpretativas do que, até então, já se houvera decidido sobre proteção da posse indígena. Ou até mesmo se pode extrair, de forma mais clara, as posições dos ministros quanto ao tema dos direitos territoriais indígenas<sup>71</sup>. Tomemos como referência o julgamento da ACO 362.

Do voto do relator, Marco Aurélio Melo, destaca-se o seu entendimento, no sentido de que, desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas (BRASIL, 2017, p. 2947).

Do voto da ministra Carmen Lúcia, ressalte-se a sua manifestação, clara e expressa, em considerar que a Constituição de 1988 robusteceu a teoria do indigenato (BRASIL, 2017, p. 2976). Entretanto, a ministra não faz maiores distinções entre este instituto e o conceito de posse imemorial, como ilustrou com o caso da ACO 312/BA (BRASIL, 2017, p. 2978).

Do voto do ministro Edson Fachin, extraem-se as seguintes construções argumentativas<sup>72</sup> e referenciais doutrinários que orientam o pensamento do ministro sobre a temática indígena: “A posse indígena não se iguala à posse civil; ela deságua na própria formação da identidade da comunidade de índios, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra”. Desta forma, afasta o conceito civil de posse para fins de baliza da extensão territorial a ser demarcada, asseverando o imperativo de ser realizar a investigação da posse indígena, com todos os atributos normativamente estabelecidos (art. 231 da CF/88) (BRASIL, 2017, p. 3001-02).

Do voto de Luís Roberto Barroso, colhem-se importantes reflexões cujas premissas rompem com alguns entendimentos esposados em julgamentos pretéritos. Releva mencionar que é a primeira vez, neste julgamento, que se manifesta sobre o marco temporal e sobre o renitente esbulho. Decerto a discussão do marco temporal não está em questão na presente ação, até porque a demarcação do complexo territorial do Xingu data da década de 1970. Mas o

---

<sup>71</sup> Esclarece-se que essa análise dos votos dos ministros - suas posições, seus entendimentos, seus referenciais teóricos - será devidamente aprofundada no próximo capítulo, razão pela qual optou-se por transcrever-los nesta oportunidade. Inclusive, optou-se, em alguns trechos, reproduzi-los em maior extensão, porque são de extrema relevância para compreender a integralidade do entendimento dos ministros, a exemplo do voto do ministro Roberto Barroso.

<sup>72</sup> Utiliza, como referência para a construção de suas premissas, Edilson Vitorelli: ““A posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial.” (VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 189).

ministro externa sua posição quanto ao tema, sob a forma de *obter dictum*. Seguem, então, suas considerações<sup>73</sup>:

[...] deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650. Nessa mesma matéria, tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições. Portanto, deixo consignada a minha posição, inclusive porque, na ação em que esta matéria é discutida, o ocupante anterior da minha cadeira já se pronunciou e, por consequência, eu não teria a possibilidade de votar. Por ser esse um tema institucionalmente relevante, e penso que a análise dessa matéria deve ser sistêmica, deixo consignada a minha posição. (BRASIL, 2017, p. 3006-3007)

[...]

Por fim e último plano que me parece importante, Presidente, que é o plano da interpretação constitucional, da metodologia da interpretação constitucional, que diz respeito a uma categoria que a teoria constitucional tem denominado de capacidades institucionais. Embora o Judiciário tenha a competência formal para dar a última palavra sempre que se estabeleça um conflito de interesses judicializado, o fato de ter a competência para dar a última palavra não significa que ele deva dar a última palavra quanto ao mérito que esteja sendo discutido. Quer dizer, nem sempre o Judiciário será o árbitro mais qualificado para deliberar acerca de determinadas matérias, sobretudo as questões político administrativas que têm uma dimensão técnica especializada muito relevante, como acho que é o caso aqui em discussão. Portanto, temas como demarcação de terras indígenas, transposição de rios e outros temas que exigem uma *expertise* diferente daqueles que foram a uma faculdade de Direito, eu acho que o que nós devemos zelar é pelo cumprimento do devido processo legal e assegurar que todas as pessoas com legítimo interesse tenham sido ouvidas e participado da discussão, apresentando as suas razões. Mas o mérito da decisão técnica, antropológica, de uma questão que envolve *expertise* em formação e tradições indígenas<sup>74</sup>, verdadeiramente, penso que refoge ao tipo de formação que o Judiciário tem. Portanto, acho que, nestas matérias, a melhor postura é uma postura de autocontenção, de deferência para com o ato político praticado pelo Poder competente com base no laudo técnico elaborado, no caso específico, o decreto que criou o parque. (BRASIL, 2017, p. 3008-3009).

O pronunciamento do ministro Barroso, neste caso, afigura-se de grande importância e bastante oportuna. Primeiro, porque critica e rompe com as premissas que foram forjadas na ARE 803.462, pelo ministro Teori, no tocante ao renitente esbulho. Neste sentido,

<sup>73</sup> Esclarece-se que a transcrição, quase que na íntegra, do voto do ministro justifica-se em razão da importância de toda a construção argumentativa ali expendida. No capítulo seguinte, suas considerações serão comentadas e se apresentarão bastante pertinentes no tratamento de algumas questões que lá serão aprofundadas. Em assim, deixa-se logo no corpo da dissertação a densa manifestação do ministro.

<sup>74</sup> É indispensável o estudo antropológico para a comprovação dos pressupostos constitucionais necessários à demarcação de terras indígenas (art. 231 da CF/88). Neste sentido, cita-se trecho do voto do relator Ayres Britto, proferido na PET 3388: [...] O que importa para o deslinde da questão é **que toda a metodologia propriamente antropológica** foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo (...). Afinal, é mesmo ao **profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena.**

Barroso na sua argumentação, aproxima-se do que se pode depreender sobre esse “conceito jurídico” nos termos do decidido na PET 3388 (e que foi desenvolvido no segundo capítulo deste estudo).

Com efeito, ao consignar que “somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram”, alinha-se ao que o relator da PET 3388 assinalou sobre a “retração que deve ser contemporaneamente espontânea”. Defende-se que os desdobramentos da tese do marco temporal e do renitente esbulho, formulado por Barroso, mostram-se mais adequados com o que está normatizado na CF/88.

Valiosas, igualmente, são as considerações acerca da *metodologia da interpretação constitucional*, ao que sobreleva a importância das *capacidades institucionais*, que se relaciona com a postura de autocontenção que deve observar e prezar o STF no trato da questão de demarcação de terras indígenas.

Com efeito, sendo o ato demarcatório de competência do Executivo – envolvendo órgãos como a FUNAI, o Ministério da Justiça e ato do Presidente da República, e considerando também que as decisões anteriormente estudadas – RMS 29.087, RMS 29.542 e ARE 803.462 - implicaram a intervenção judicial do STF, no sentido de anular os atos/processos demarcatórios, que gozam de presunção de veracidade, legalidade, legitimidade, pertinentes se mostra a reflexão sobre quais rumos o STF anda tomando: desconstituindo situações jurídicas firmadas por poderes<sup>75</sup> e órgãos competentes e que detém o conhecimento técnico para tal exame, no caso, a antropologia.

Do voto do ministro Ricardo Lewandowski, merecem ser pontuadas duas coisas: 1) o necessário enfrentamento do marco temporal de ocupação, nos julgamentos de futuros casos judiciais a serem deslindados pela Corte, à luz das normas internacionais que discutem o tema, a exemplo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (BRASIL, 2017, p. 3037); 2) a exemplo do que fez o ministro Barroso, valoriza o trabalho antropológico – no caso laudos técnicos - , que por ser uma ciência, que se instrumentaliza dos cânones científicos, merece a devida consideração (BRASIL, 2017, p. 3038).

---

<sup>75</sup> Defende-se, inclusive, que, em casos tais, de anulação de uma portaria de demarcação de terras indígenas, o STF, mais do que um controle judicial dos atos administrativos (que, de fato, está na esfera de sua competência), exerce um *papel político*, na medida em que invade/controla a atuação de outro Poder, relacionada ao cumprimento de uma política pública. Isto é dizer, caso anule a medida administrativa homologatória, isso implicará num descumprimento ou não efetivação de uma política pública, cujo cumprimento – ato de demarcar terras indígenas – é imperativo constitucional, a teor do art. 231 da CF/88 e art. 67 do ADCT.

Sobre o voto proferido por Gilmar Mendes, neste momento, não será objeto de comentários, tendo em vista que se ocupa um tópico no capítulo seguinte (sobre metodologia decisória), no qual a abordagem do seu voto mostrar-se-á mais pertinente e adequado.

Encerra-se este capítulo com as seguintes considerações. De tudo o que foi visto até agora, verifica-se que as discussões no STF sobre as construções jurídicas, bem como a aplicação em casos subseqüentes, do marco temporal de ocupação, do renitente esbulho e das condicionantes ensejam alguns problemas.

Ora se avança, ora se retrocede na proteção de direitos territoriais indígenas, quando o STF decide um caso concreto. Algumas decisões são casuísticas, revelam que, longe de se empreender uma análise jurídica adequadamente constitucional, na qual se busque resolver uma lide à luz das singularidades do caso concreto, em verdade, apontam como solução opções que estariam na esfera outros Poderes. Neste sentido, os julgamentos dos RMS 29.087 e ARE 803.462, cujas discussões e proposições voltam-se para a desapropriação (“no caso de Mato Grosso do Sul é exatamente essa conflagração que existe, em função de se estar fazendo demarcação de áreas altamente produtivas. Então, por isso que a questão se coloca.”, p. 32 do acórdão do RSM 29.087).

Ao que parece, desde a PET 3388, não se avançou tanto na interpretação desses direitos indígenas, haja vista as decisões aqui tratadas, no caso, os RMS 29.087, RMS 29.542 e ARE 803.462. Decisões essas polêmicas e questionáveis, do ponto de vista processual (por exemplo, existência de causas impeditivas do seu conhecimento, não oportunizar o efetivo contraditório e a ampla defesa, etc.), bem como do ponto de vista substancial, do mérito do que foi decidido, algumas vezes, em flagrante contrariedade ao dispõe o texto constitucional.

Neste sentido, pode-se afirmar equivocada a edição do Parecer Normativo n. 001/2017/GAB/CGU/AGU<sup>76</sup>, que, respaldando-se nessas decisões problemáticas, atribuía como o “entendimento muito consolidado” da Corte sobre o tema. Tanto é equivocada que as decisões posteriores ao advento deste ato normativo infralegal foram enfáticas em afastar suas premissas.

Infere-se, ainda, do examinado neste capítulo, que, nas deliberações colegiadas que ensejaram a anulação de portarias de demarcação de terras indígenas, o STF, mais do que um controle judicial dos atos administrativos (que, de fato, está na esfera de sua competência),

---

<sup>76</sup> Diga-se, ainda, um parecer que publicado sem nenhuma participação de indígenas. Todavia, ao que se noticia na Nota Técnica Nº 012 /2018-6CCR, (ALCANTARA; TINOCO; MAIA; 2018, p. 51), o texto do parecer foi examinado previamente pela Frente Parlamentar da Agropecuária, tendo, o parlamentar Luís Carlos Heinze (PP/RS) divulgado o seu teor antes mesmo de sua publicação no DOU.

exerce um *papel político*, na medida em que invade/controla/substitui a atuação de outro Poder (que, pela divisão das funções estatais, ressalte-se, deve ser o protagonista nesta questão), relacionada ao cumprimento de uma política pública. Sob esta reflexão, caso o STF anule a medida administrativa homologatória, isso implicará num descumprimento ou não efetivação de uma política pública, cujo cumprimento – ato de demarcar terras indígenas – é imperativo constitucional, a teor do art. 231 da CF/88 e art. 67 do ADCT.

Certo é que muito ainda há para avançar. E, para isso, o que se pode aprender com tudo o que se estudou até aqui? O que se pode extrair de aprendizado, a partir da análise dos julgamentos, desde a PET 3388 (2009) até as ACOs (2018), principalmente quando o STF está de novo desafiado a enfrentar essa temática, a partir do RE nº. 1.017.365/SC, com repercussão geral reconhecida? Quais os desafios que se pode lançar? Estas questões serão abordadas no próximo, e último, capítulo.

## 4 A CONSTRUÇÃO DE UM TRATAMENTO JUDICIAL MAIS ADEQUADO AOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

Se a tese do marco temporal não foi suficiente para estabelecer um adequado regramento demarcatório para territórios indígenas, é importante atualizar o tema para verificar em que medida o julgamento do RE nº. 1.017.365/SC, com Repercussão Geral, pode representar uma interpretação evolutiva da decisão do STF na PET 3388/RR.

Desse modo, a problemática geral mais recente que envolve os direitos territoriais indígenas está em torno dos desafios do Judiciário em enfrentar, novamente, a proposta de um estatuto demarcatório. E ainda, qual a melhor medida para atuação da Jurisdição Constitucional, no contramajoritarismo (minorias), com legitimidade democrática. Nesse aspecto, o presente capítulo aborda a construção de uma proposta da realização dessa legitimidade para Jurisdição Constitucional nessa matéria, buscando-se alcançar um máximo de democracia.

Assim, busca-se reexaminar neste trabalho a proposta de estatuto demarcatório, extraindo-se as lições do julgamento da PET. E a partir de então, discutir se o Poder Judiciário *pode* tratar de demarcação e delimitação de direitos territoriais indígenas; e em caso positivo, *como pode decidir*, ou seja, qual seria o modelo decisório que se sugere neste trabalhado.

### 4.1 O Poder Judiciário pode intervir na delimitação de direitos territoriais indígenas?

Considerando que a questão da demarcação de terras indígenas no Brasil é a questão governamental, decerto, mais antiga do país, porque envolve os originários povos habitantes do país, sem resolutividade até os dias atuais, é importante que se compreenda se o Poder Judiciário seria o *locus* para tratar essa questão.

Ademais, destaque-se a existência de um rastro quase sem fim de normas jurídicas destinadas à proteção da posse dos índios (antes chamados silvícolas) sobre as terras que ocupam, tanto no âmbito internacional<sup>77</sup> e quanto nacional.

Internamente, pelo menos desde 1680 (Alvará Régio, de 1º de abril), sendo erigida tal proteção a status constitucional a partir da Carta de 1934<sup>78</sup>, que se repetiu com todas as

<sup>77</sup> A partir dos anos 50, fortaleceu-se, no âmbito internacional, a preocupação com o resguardo dos direitos indígenas, destacam-se, a Convenção nº 107 da OIT e a Convenção nº 169, ambas editadas pela Organização Internacional do Trabalho.

<sup>78</sup> “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

demais Constituições<sup>79</sup> até chegar a de 1988, cuja distinção em relação às anteriores é a amplitude e maior garantia dos seus direitos, com a expressa obrigatoriedade, doravante, de a União demarcar suas terras. E mais, do art. 67 do ADCT, extrai-se, de forma eloquente, a essencialidade e a urgência dos processos demarcatórios em curso, tendo em vista a fixação do prazo de cinco anos para conclusão das demarcações de terras indígenas.

Em que pese a cominação constitucional de finalização demarcatória das terras indígenas, o prazo quinquenal não fora atendido, ao passo em que, ao mesmo tempo em que se arrastavam os processos administrativos de demarcação, a cargo do Executivo Federal, recrudesciam os conflitos fundiários envolvendo esses direitos dos índios. Até que deságua no STF o *leading case* de demarcação de terras indígenas, caso Raposa Serra do Sol (ação popular recebida como PET 3388-RR), como tratado no segundo capítulo.

A abordagem de casos judiciais como esse há, todavia, de se preceder ao exame da intervenção do Judiciário, suas possibilidades e limites, sob a perspectiva da sua legitimidade democrática e do princípio da separação dos poderes, no modelo do Estado brasileiro. Adianta-se que o caminho para a efetivação de políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais de grupos minoritários, a exemplo dos indígenas, está no chamado critério contramajoritário exercido pelo Judiciário.

Nesse aspecto, quais seriam as possibilidades e os limites da intervenção do Judiciário nos demais Poderes, sob a perspectiva da sua legitimidade democrática e o seu papel contramajoritário no trato de determinadas questões?

Como diz Mendonça e Barroso (2013), desdobrando-se os elementos conceituais do constitucionalismo democrático, modalidade contemporânea do Estado brasileiro, tem-se Constitucionalismo e Democracia. O primeiro subjaz a ideia de limitação de poder e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, baseada na soberania popular, no governo do povo, no respeito à vontade majoritária, típicas dos Poderes Executivo e Legislativo.

O Judiciário, por sua vez, não tem seus membros eleitos diretamente pelo povo, todavia está vinculado ao cumprimento da Constituição, sobretudo quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Da sua missão de “dizer o direito” (prestar a jurisdição), somado ao dever de proteger os direitos fundamentais, ambas de cunho constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos do Executivo, delineiam-se o papel

---

<sup>79</sup> Constituição de 1937: art.154; Constituição de 1946: art. 216; Constituição de 1967, art. 4º, IV e art. 186 (de se ressaltar que esta Lei maior estabeleceu expressamente que as terras ocupadas pelos índios são bens da União, e, nestes termos, o STF editou a súmula 480: “Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos do art. 4º, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas”); Emenda Constitucional 1/69: art. 198.

contramajoritário conferido ao Judiciário. Para Barroso (2015), no exercício dessa função contramajoritária, o Supremo Tribunal Federal deve processar em conjunto de questões políticas na linguagem da Constituição e dos direitos fundamentais.

E no exercício da função, destaca-se a atuação da Corte constitucional nas questões judiciais que envolvem as minorias<sup>80</sup>, porque:

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer a realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais *trunfos contra a maioria*, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado quem deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa *a grande invenção contramajoritária*, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia (CAMBI, 2011, p. 206).

Decerto, a sociedade brasileira é plural, multiétnica, multicultural. A Constituição de 1988 reconheceu a diversidade dos segmentos sociais que compõe o Estado brasileiro, mas não só reconheceu: conferiu proteção a essa diversidade, aspirando, ainda, à construção de uma sociedade justa, livre, solidária (art. 3º), e igualitária (art. 5º, *caput*). Neste contexto, a partir da concepção igualitária de direitos, infere-se que democracia não se deduz da vontade da maioria tão somente. À ordem constitucional brasileira, que se propugna justa, igual e solidária, lança-se o desafio ao Judiciário para a proteção das minorias, segmentos sociais destituídos de representatividade parlamentar e política e que sofrem histórico processo de discriminação e violência<sup>81</sup>.

Destarte, em face da possibilidade de o Judiciário absorver e enfrentar (art. 5º, XXXV, CF/88) demandas relativas à concretização de direitos de fundamentais de cidadãos, que não conseguem exercer os seus direitos à participação política (e parlamentar), que lhe é conferida a legitimidade democrática. Não se olvide que a pedra de toque do constitucionalismo democrático é promover efetividade aos direitos fundamentais catalogados na Constituição, e, em muitos casos, a possibilidade de efetivação de tais direitos somente ocorre por intermédio do Judiciário. Nos dizeres de Mancuso (2009, p. 287):

Num ambiente de democracia participativa (CF, parágrafo único do art. 1º), há de entender-se que a participação direta da população não se confina ao voto popular para eleição de governantes e parlamentares, aos projetos de iniciativa popular, ao plebiscito e às audiências públicas, senão que tal participação se faz também por *meio do processo*, visto como um fator de *inclusão social*, na medida em que recepciona e encaminha ao Judiciário [...] os reclamos, os anseios e pretensões da coletividade, os

<sup>80</sup> Dworkin defende a necessidade de que a interpretação promova a inclusão e proteção das minorias. (DWORKIN, 2002).

<sup>81</sup> Eduardo Appio, com esteio na jurisprudência da Suprema Corte americana, designa *minorias* como “determinadas classes de pessoas que não tem acesso à mesma representação política que os demais cidadãos ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade que demarcam a sua singularidade no meio social”. (2008, p. 200).

quais, sem essas formas de expressão, continuariam a fomentar a chamada litigiosidade contida, ao interno da coletividade.

É neste sentido que se volve, doravante, ao caso judicial da PET 3388-RR, com o intuito de se examinar a correção da decisão proferida, pelo menos no que toca ao reconhecimento dos índios como cidadãos efetivos, conquanto integrantes de um segmento minoritário da sociedade brasileira, havendo o Supremo Tribunal Federal, neste particular, atuado de forma consentânea com os valores consagrados na Constituição Federal. Segue excerto do acórdão da referenciada decisão neste ponto:

[...] 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

[...]

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui *no* convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.”

Todavia, em que pese haver reconhecida a identidade, a cosmovisão indígena, formas de expressão, os modos de viver, criar e fazer (art. 216, I, II), em adequação aos normativos constitucionais; no que respeita ao direito fundamental à terra, os indígenas sofreram grave redução na proteção a si conferidos pela Constituição, notadamente pela fixação, no respectivo julgamento, de “condicionantes” e do “conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas”, dentro do qual abordaremos em seguida o “marco temporal de ocupação”.

Ao tratar das questões que envolvem minorias, representando o perfil de o Poder Judiciário também estaria preocupado com a legitimidade democrática ou com a democracia construtiva a partir de suas decisões? O que se propõe é que ao convocar os interessados nos processos de demarcação ao processo, o Poder Judiciário demonstra que sim.

As partes e eventuais terceiros participantes do processo judicial tem o direito de participar da construção, pela via hermenêutica, da decisão judicial que lhes afetem. Prestigia-

se, assim, a legitimidade democrática do direito no Estado constitucional vigente, sobretudo em questões que envolvam minorias, como é o caso dos povos indígenas. Destaca-se ainda a definição de *minorias*, por Luciana Nogueira e Priscylla Joca (2009):

[...] aqueles grupos sociais dos quais é subtraída, em virtude de discriminação, a competência para tomar decisões que alterem os rumos da sociedade, tendo dificuldades em ocupar espaços de poder, embora possam representar a maioria populacional. São grupos humanos cujos direitos são frequentemente negados, embora possam estar assegurados formalmente.

[...]

Assim, em vez de categorizar os grupos minoritários a partir do que reivindicam, o que acabaria absolutizando uma ou outra situação, propomo-nos a compreender minorias como novos movimentos sociais que trazem para a arena pública, o debate sobre identidade, diferença, igualdade, desigualdade, e interculturalidade, sendo suas reivindicações um exercício legítimo na busca pela concretização de uma Democracia plural, solidária, justa e participativa.

A posição adotada neste trabalho é pela possibilidade do STF para resolver a demanda, especialmente porque está enfrentando a questão no seu papel contramajoritário e na defesa dos direitos de minorias. Contudo, essa atuação somente se autoriza se o STF agir com legitimidade democrática, ou seja, com o máximo de democracia possível, o que pode ser alcançado no processo judicial constitucional com decisões judiciais tomadas como produto de um diálogo, de modo que os argumentos das partes devam ser levados em consideração (efetivo contraditório) e ainda que conte com a participação de *amicus curiae*, da academia e da sociedade civil e com a realização de audiências públicas e de diálogos entre Cortes, como será abordado a seguir.

## 4.2. Se pode, então como faz? Como pode decidir?

### 4.2.1. A nova feição do contraditório<sup>82</sup> em cotejo com o dever de fundamentação das decisões judiciais no constitucionalismo democrático.

Conforme assinalado, tendo em vista o modelo estatal desenhado pela Constituição brasileira de 1988, de viés democrático, ganham os princípios processuais novos contornos semânticos para melhor instrumentalizar a prestação da jurisdição. Nesta seção, buscaremos

---

<sup>82</sup> Para aprofundamento do tema: CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO: EVOLUÇÃO, IMPACTOS NO PROCESSO CIVIL E RESTRIÇÕES.. Participative contradictory: evolution, impacts on Civil Procedure and restrictions Revista de Processo | vol. 279/2018 | p. 19 - 40 | Maio / 2018 DTR\2018\12708 - Andre Vasconcelos Roque. OS CAMINHOS E DESCAMINHOS DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A SITUAÇÃO ATUAL Il percorso del principio del contraddittorio: evoluzione storica e situazione attuale Revista de Processo | vol. 294/2019 | p. 121 - 145 | Ago / 2019 DTR\2019\37546. Ravi Peixoto. O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL NO PROJETO DO NOVO CPC, DE BECLAUTE OLIVEIRA SILVA E WELTON ROBERTO

demonstrar que se sobressaem, no contexto da sociedade brasileira reconhecidamente plural étnica e culturalmente, a importância do contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais, e sua necessária correlação, para se conferir legitimidade democrática à atividade jurisdicional.

Como dito alhures, o paradigma do Estado Constitucional brasileiro é democrático. Para ser considerado com tal, mister a efetiva participação dos sujeitos no processo cuja decisão deverá ser por eles construída, guardar uma efetiva ressonância para a fundamentação do provimento<sup>83</sup>. O julgador, ao levar em consideração os argumentos e teses levantados pelas partes (e terceiros<sup>84</sup>), garante a legitimidade na atividade jurisdicional (THEODORO JR.; NUNES, 2009, p. 108). Tal compreensão implica a correlação entre Constituição, Democracia, Jurisdição e processo.

No entanto, o contraditório nem sempre foi assim<sup>85</sup>, concebido pelo adágio *audiatur et altera parte*, sua função era reequilibrar as forças entre os litigantes, além da busca da verdade, oportunizando às partes, paritariamente, a informação e a produção da prova dos fatos que alega ou contesta (direito a bilateralidade de audiência). No período do movimento reformista (processo social), no final do séc. XIX, ganha espaço o ativismo judicial, mitigando ou desmerecendo o contraditório (THEODORO JR.; NUNES, 2009, p. 112-113). Pós 2a Guerra Mundial, a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais e a instituição de Estados Democráticos, novas acepções ganham o contraditório. Para José Roberto dos Santos Bedaque (1998, p. 94):

Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo; reveladoras da existência de diálogo efetivo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional. A participação das partes é fundamental para conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz [...].

Requalifica-se, pois, a relação entre os sujeitos processuais, com o primado do efetivo e ético diálogo e comunidade de trabalho, abrindo caminho para a comparticipação na estrutural procedimental, erigindo-se, portanto, a uma garantia constitucional na qual todos os sujeitos, ainda que potencialmente sejam atingidos, possam contribuir na construção da decisão

---

<sup>83</sup> Segundo Dierle José Coelho Nunes, na doutrina alemã, tal cooperação entre os sujeitos processuais é denominada “comunidade de trabalho”, in *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

<sup>84</sup> Tereza Arruda Wambier recordar que esse contraditório não se dirige apenas às partes, mas também a terceiros que participem do processo, seja através de audiências públicas e/ou *amicus curia*). Wambier chama de contraditório institucional ou com a própria sociedade (in WAMBIER, 2016, p. 75).

<sup>85</sup> Sobre a evolução da concepção do contraditório na legislação italiana, ver Eduardo Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, *Rivista de Diritto Processuale* 21/599.

que lhes afetem (THEODORO JR.; NUNES, 2009, p. 114-115 e 123). Para Augustino Lima Chaves (2016, p. 140-141):

O contraditório é o respeito ao outro. O contraditório nos avisa dos nossos erros e das nossas incompletudes. O contraditório amplia. O contraditório torna melhor a síntese, e qualquer evolução passou pelo seu impulso e pelo seu crivo. [...]. O jogo, por excelência, do contraditório é o xadrez. Para cada lance das brancas, um lance das pretas. E a nota de partida pressupõe dois bons jogadores<sup>86</sup>.

As partes, segundo o CPC<sup>87</sup>, não podem ser surpreendidas com algum fundamento ou tese em que não lhes foi oportunizada a manifestação. Assim, a doutrina contemporânea vem afirmar que não basta a garantia formal do contraditório, é necessário uma garantia efetiva e substancial desta participação dos litigantes na resolução do embate. A releitura do princípio do contraditório, somada a esses novos deveres a dirigir a conduta do julgador, revelam o modelo processual cooperativo adotado pelo CPC de 2015, em que se fomenta o diálogo ético entre os sujeitos processuais, bem como revaloriza a fundamentação judicial, que passa a ser considerada como a efetivação do diálogo entre os participantes no processo (PEIXOTO, 2013, p. 101).

O juiz não pode decidir sobre tese(s) que as partes foram impedidas de se manifestar (vedação à decisão surpresa), se agir de forma contrária, viola a democracia, o procedimento regular do processo, na perspectiva cooperativa. Ravi Peixoto (2017, p. 360/361) prescreve:

A ideia de funcionamento cooperativo depende também da efetiva participação das partes na construção da decisão, argumentando sobre as questões fáticas e jurídicas, situação negada pela decisão surpresa. A proibição da decisão surpresa enseja, ainda, o aumento da confiança do cidadão no Poder Judiciário, na medida em que aquele

---

<sup>86</sup> No estágio de nosso constitucionalismo democrático, defende-se que, mais do que pressupor duas partes igualmente qualificadas, é o julgador levar em respeito e consideração ambas as partes, no mesmo pé de igualdade processual. O que não se tem visto no STF, na medida em que se nega a participação do povos indígenas nos processos judiciais (em todas ações judiciais estudadas nesse trabalho, até agora, não houve participação indígena, não porque não quisessem, mas porque foi-lhe negada pela Corte), ou seja, é negada aos indígenas a própria representatividade processual. Com o advento da CF-88, não é mais sustentável o argumento de que basta a FUNAI. O art. 232/CF não admite esse tipo de argumentação, de exclusão dos indígenas no lócus judicial. O Judiciário é o lugar de fala dos povos indígenas, discursando de si, por si, para juízes e para os outros atores processuais. A voz do índio, igualmente importante à frente das outras partes/terceiros do processo, com mesmo valor e peso, respeito e consideração. Como diz o autor que, como no jogo de xadrez, a nota de partida pressupõe dois bons jogadores: a cada lance da branca, um lance da preta. Mas, em que pese a advertência quanto à *nota de partida*, talvez o que deva ser observado (e criticado) é o caminho, o procedimento para o ponto de chegada, a partir da conduta do intérprete-julgador levar em consideração essa paridade, em nível dos argumentos colocados e à luz da normatividade que regerá a atuação hermenêutica.

<sup>87</sup> No CPC de 2015, a temática é tratada nos seguintes dispositivos: Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. [...] Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. [...] Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

espera, de forma legítima, que as decisões judiciais levem em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito de influenciar o juízo.

Em síntese, o modelo cooperativo parte de um fomento, como dito alhures, do diálogo entre os sujeitos processuais (construção de um ambiente para o diálogo, dialético, “comunidade de trabalho”), sendo necessário atualizar o sentido do contraditório, antes visto como função de bilateralidade de audiência e direito de reação, agora, como um poder de influência na decisão judicial. O exercício da jurisdição nesses moldes atende à concepção de democracia, em que a legitimidade de o julgador se dar por meio do discurso construído a partir da efetiva participação dos sujeitos processuais (CABRAL, 2001, p. 197).

Sob a perspectiva democrática, a questão que se coloca é: um tema de reconhecida relevância social, histórica e cultural não passou pelo amplo debate na sociedade. Não houve contraditório, ampla defesa, nem sequer foi objeto de pedido na ação popular o estabelecimento das condicionantes. Decerto, há um déficit democrático na atuação do STF quanto ao que restou definido na PET 3388.

Ingeborg Maus (2000, p. 184), ao defender que o controle jurisdicional deve se submeter à democracia, tece severas críticas à atuação da Corte Suprema “como verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade”. Esta autora traz reflexões acerca de como o controle normativo judicial pode colaborar para a “perda da racionalidade jurídica ou mesmo para racionalizações autoritárias<sup>88</sup>”

A reflexão que se faz é: como decidir uma questão de reconhecida importância sem que haja a participação efetiva da sociedade, sem que se observe o devido processo legal? Na PET 3388, não se olvidou tal questionamento. Durante os debates realizados na Corte, a advertência neste sentido do Ministro Joaquim Barbosa: “Mas a Corte estará decidindo uma questão séria, que trará constrangimentos a comunidades, sem jamais debater, sem que as partes tenham podido debatê-la, trazer os seus argumentos” (BRASIL, 2008, p. 749).

Sobre o caso judicial em referência, José Afonso da Silva (BRASIL, 2008, p. 749) emitiu Parecer, tecendo críticas, inclusive a respeito do citado marco temporal de ocupação:

13. Diz o texto que ‘A Constituição Federal trabalhou com data certa, a de sua promulgação a 5 de outubro de 1988’. Onde está escrito isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, sem ela nada dizer a esse respeito nem explícita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o caput do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa.

---

<sup>88</sup> Neste sentido, CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Nova hermenêutica constitucional e (in) segurança jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Quaestio Juris**, vol. 08, nº 02, Rio de Janeiro, 2015.

Silva defende que, desde a Carta republicana de 1934, seguindo-se com as demais Constituições, é garantida a posse das terras indígenas. A Lei Fundamental de 1988, portanto, apenas prorrogou a proteção da posse de terras indígenas, deu “continuidade desse reconhecimento constitucional”.

De fato, a “data certa” na Constituição a que refere o STF, não está dita no enunciado do art. 231. O apoderamento pelo Judiciário da voz do Constituinte e do “sentimento constitucional<sup>89</sup>” é algo a ser examinado, porquanto as conclusões a que chegou o STF, a exemplo da “data certa”, não estão explícitas no texto constitucional, como afirma a Corte.

Maus (2000, p. 187) adverte que quando a Justiça se apropria da possibilidade de ditar o direito, na condição de “mais alta instância moral da sociedade”, livra-se de qualquer controle social. A inserção moral no direito, para essa autora, “imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originalmente deveria estar sujeita”.

Neste contexto, a reflexão de Alexandre Araújo Costa (2013) acerca do protagonismo do Judiciário em questões políticas:

Se a função dos juízes é política, ela é estabelecida politicamente, a partir de composições de interesses realizadas no interior da sociedade. Existem limites políticos para a atuação judicial, mesmo que eles não possam ser identificados de forma imediata, com limites jurídicos. O STF tem a função de guardar a Constituição, mas isso não quer dizer que ele tenha completa liberdade para atribuir sentidos ao texto constitucional. No campo estritamente formal, não há limites jurídicos para a sua autoridade de interpretação. Todavia, no campo dos fatos e das interações políticas, há várias limitações ao poder do STF, porque sua efetiva capacidade de influenciar a política é baseada na percepção social da sua legitimidade, que precisa ser reafirmada e reconquistada a cada julgamento.

Tratando da abertura do processo constitucional atual, Anderson Sant'Ana Pedra (2017, p. 307) defende que há uma dimensão comunicativa na atuação da Justiça Constitucional que permite a participação efetiva dos mais diversos atores sociais e políticos nas questões em curso no Tribunal Constitucional, construindo uma legitimação política dessas decisões tomadas pelo Judiciário quando o Legislativo permaneceu silente. Assim, para Anderson Sant'Ana Pedra (2017, p. 307/308):

Essa dimensão comunicativa da Justiça Constitucional, principalmente nos processos cujas decisões terão eficácia erga omnes, admite não só a possibilidade de o Tribunal Constitucional se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para o exercício da curadoria da Constituição, mas também a utilização de alternativas e condições que possibilitem de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional, como o *amicus curiae* e as audiências públicas.

O acesso a essa pluralidade de sujeitos, argumentos e visões por meio do *amicus curiae* e das audiências públicas permitirá que o Tribunal Constitucional tenha acesso aos subsídios técnicos, implicações políticas, sociais, culturais e elementos de

---

<sup>89</sup> Neste sentido, ver VERDÚ, Pablo Lucas. O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

repercussão econômica que deverão ser considerados na sua decisão, promovendo assim um fator de abertura procedimental e de pluralização da Justiça Constitucional. Todas essas informações disponibilizadas possibilitarão ao Tribunal Constitucional uma melhor percepção dos fatos e prognoses referentes aos enunciados normativos que deve editar para exercer a curadoria da Constituição.

Destaque-se que buscar uma defesa real da Constituição é tanto abrir sua interpretação para a sociedade, quanto permitir que essa participação influencie nos julgados. A possibilidade de se ter diálogos interculturais representados nas palavras e nos pareceres do *amicus curiae*<sup>90</sup> e influenciadores da interpretação constitucional aumenta a legitimação política das decisões da Corte Constitucional.

Quando se tratam de questões que demandam influências multiculturais, como é o caso das demandas em torno das terras indígenas, há que se destacar ainda o necessário olhar que os instrumentos de participação da comunidade envolvida podem representar para a formação de uma atmosfera que alcance um pluralismo jurídico. Nesse aspecto, tanto quanto possível, com a participação de *amicus curie* ou da comunidade em audiências<sup>91</sup> públicas<sup>92</sup>, fornece-se ao Estado juiz o conhecimento sobre a valoração e o alcance, inclusive jurídicos, dados pelos agentes envolvidos àquela demanda.

Para Ocampo e Sánchez (2018), o reconhecimento do pluralismo jurídico em questões interculturais, não objetiva negar o Direito estatal, mas refletir que ele é apenas uma das muitas formas jurídicas e, assim, “desprenderse de la primacía fáctica, política y analítica del Derecho estatal, como la expresión de la soberanía y construye al discurso crítico en relación a las realidades culturales hegemónicas.”

Abordados aspectos que conferem maior legitimidade às decisões judiciais em matérias de grande alcance para minorias, especialmente naqueles casos em que a questão se refere à tutela de bem relevantemente caracterizador da comunidade destinatária da decisão judicial, como é o caso da demarcação de terras para os povos indígenas, segue-se com a construção de argumentos para uma decisão judicial adequada e analisa-se, a seguir, as ferramentas de diálogos entre Cortes.

---

<sup>90</sup> A Lei n° 9.868/99, em seu art. 7º, § 2º, permite que a Corte admita a intervenção no processo de outros órgãos ou entidades, denominados *amicus curiae*, para que estes possam se manifestar sobre a questão constitucional em debate. Esta modalidade de intervenção de terceiros amplia, por intermédio da pluralidade de sujeitos, as visões, pontos de vistas, argumentos acerca de questões constitucionais.

<sup>91</sup> Destaca-se a relevância das audiências públicas que foram realizadas na ADI n° 3.510/DF, cujo discussão perpassava o polêmico tema da pesquisa científica com embriões humanos, bem como na ADPF n° 54, na qual se discutiu aborto de fetos anencefálicos.

<sup>92</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 49.

Neste sentido, defende-se neste estudo que o STF deve buscar as razões de decidir da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente no que concerne à interpretação evolutiva que a Corte tem dado às questões territoriais indígenas, com ênfase em elementos imaterias, como o legado cultural e a relação de pertença à terra.

Ademais, a abertura da decisão judicial para posições que possam contribuir com a atuação em sede de garantia de direitos de minorias é medida importante e, portanto, deve ser considerada pelo Supremo Tribunal Federal para que possa fazer uma interpretação evolutiva dessas questões, como tem feito a Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às questões indígenas. Outrossim, como já concluído por Correia (2016):

‘as questões internacionais e nacionais, na medida em que se confundem, criam zonas cinzentas entre as estruturas jurisdicionais. Isso faz com que cortes em variados níveis interagem em questões comuns.’ E ainda, o mesmo autor destaca que esse duplo processo – nacional e internacional – permite uma ampliação temática e normativa e ainda é capaz de aproximar as normas de âmbito interno e de direito internacional, em verdadeiro ‘contato argumentativo entre as partes’.

Essa possibilidade de utilização dos argumentos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos ministros do STF auxiliaria, também, na construção de decisão mais adequada em matéria de direitos territoriais indígenas. O fundamento institucional para essa aproximação é o Acordo de cooperação<sup>93</sup>, firmado entre o Conselho Nacional de Justiça, na pessoa do Presidente, o ministro Ricardo Lewandowski, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por seu representante, José Jesús Orozco Henríquez, em 2015. Ainda a possibilidade de utilização foi renunciada de um antecedente decisório da Corte, por ocasião do julgamento das ACOs 362 e 366, vaticinado pelo ministro Ricardo Lewandowski:

Não tratamos aqui de questões complexas do ponto de vista teórico, não está em jogo o marco temporal. Oportunamente, este Plenário se debruçará sobre esse momentoso tema com base nos documentos internacionais mais avançados, que tratam sobre esse assunto, como por exemplo, a Convenção OIT 169, internalizada pelo Decreto 2004. (p. 4215).

Adicionalmente, defende-se que a principal justificativa para utilização dos precedentes da CIDH pelo STF é que em questões territoriais indígenas, a Corte desenvolve,

---

<sup>93</sup> Firmou-se, por intermédio de uma *carta de intenções*, o compromisso de capacitar e desenvolver o Judiciário brasileiro na temática de Direitos Humanos. Segundo o então Presidente, Ricardo Lewandowski: ““O primeiro ponto a ser aprofundado é a divulgação, entre os 16 mil magistrados brasileiros, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, das decisões da Comissão, da linha de pensamento que domina esses órgãos, as grandes questões discutidas, e mostrar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como o sistema internacional, liderado pela ONU, se interligam”. Disponível em [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque\\_pt\\_br&idConteudo=285224](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=285224)

através de uma interpretação evolutiva, um conceito coletivo de propriedade/posse; enfatizam os elementos imaterias; o legado cultural; da relação de pertença à terra.

Com o objetivo de ver essas decisões da CIDH influenciadoras de decisões judiciais no Brasil, há quem defenda que caso não se produza o diálogo efetivo entre as Cortes, devido ao confronto entre a adoção do critério do marco temporal de ocupação com a interpretação da Corte que se aproxima mais de uma tese de marco tradicional de ocupação (material e imaterial), que haja responsabilização internacional do Estado brasileiro, com base nos compromissos internacionais assumidos, especialmente no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. (PEGORARI, 2017)

A fim de contribuir com o debate, reporta-se a algumas decisões da CIDH que o STF<sup>94</sup> pode dialogar, como o caso o caso *Moiwana vs. Suriname* (2005), que tratou de propriedade comunal e deslocamentos forçados.

Comentando sobre a decisão da Corte nesse caso *Moiwana vs. Suriname*, Bruno Pegorari (2017) identifica que a Corte buscou demonstrar os direitos territoriais como um marco de tradição existente entre os povos indígenas e que:

A estreita relação que estabelecem com a terra, como base de sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sobrevivência deve ser reconhecida e compreendida. Assim, a relação com a terra para os povos indígenas, no olhar da Corte, não é meramente uma questão de posse, mas uma conjunção dos elementos material e espiritual do qual devem gozar plenamente inclusive para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras (§ 149). A Corte ainda estabeleceu que o direito costumeiro destes povos deve ser considerado especialmente no que toca à desnecessidade de um título para que sua propriedade seja reconhecida (§151).

Esse tratamento é bem diferenciado do dado pelo STF quando adota a tese do marco temporal, que trata a terra indígena como mera posse ou ocupação civil em um dado período de tempo.

Também no caso **Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay** (2006) identifica-se um contrapondo frontalmente à tese de um “marco temporal em 1988”, tendo em vista que a Corte Interamericana já decidiu no sentido de que a relação de identidade existente entre os índios e as suas terras garante o direito de recuperação dos seus territórios, independentemente de prazo, enquanto perdurarem os laços espirituais e culturais. Nesse caso

---

<sup>94</sup> Não se olvida que em várias passagens do voto vencedor da PET 3388, bem como de outros votos, encontram-se plasmadas essas compreensões. O que se busca, neste sentido, não é tanto um reforço argumentativo (no sentido de reforçar um argumento já adotado); em verdade, o diálogo vai além: possibilidade a ampliação de pontos de vistas, a complementação de princípios; a busca da diferenciação dos casos tratados também enriquece a decisão. Nem sempre, em nível de argumentação jurídica, se enriquece na soma, mas, precipuamente, nas distinções que possam ser divisadas. Neste sentido, colhem-se as lições de Pierre Legrand (2018, p. 13), quando trata do “paradigma da alteridade”, o autor defende a “ética da comparação”, que se baseiam no reconhecimento em respeito. Para Legrand: “a comparação fundada na alteridade jurídica é ‘a comparação que, em vez de si, abre espaço para o outro Direito, que lhe dá a palavra. É a comparação da divergência, que, se for articulada em torno das ideias de ‘reconhecimento’ e de ‘respeito’, só pode ser a comparação da escuta.”

específico, consignou a Corte que a posse não seria requisito para o exercício do direito de recuperação das terras.

Bruno Pegorari (2017) aponta que “sobre a questão temporal, muito importante para a análise dos casos brasileiros, a Corte buscou responder se o direito de recuperação das terras tradicionais permanece indefinido no tempo ou encontra nele um limite.”

Já no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* (2005), decidido em 17 de junho de 2005, a Corte observou que “a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial” (CIDH, 2005, p. 115)

Portanto, o entendimento já consolidado pela CIDH exige que o Estado Brasileiro busque garantir os territórios, inclusive mediante retorno para aqueles que tenham sido objeto de esbulhos pelo próprio Estado ou por particulares. E ainda que a análise das questões que envolvem demarcação de terras indígenas perpassa o vínculo que aquele povo tem com a terra, com suas bases espirituais e materiais. Ademais, é ainda de se reconhecer que o STF deve vislumbrar importante advertência feita pela Corte que, na leitura de Bruno Pegorari (2017, p. 259), traduz-se ainda no fato de que “perda da propriedade pode afetar irremediavelmente a identidade cultural dos povos indígenas.”

Ou seja, o diálogo com as decisões já produzidas no âmbito internacional tanto afastariam responsabilização do Estado brasileiro, como defeririam maior legitimidade às decisões do STF, uma vez que estariam em consonância com as decisões no âmbito do sistema interamericano, que já se encontram mais avançadas em termos de concretização e visualização de um caminho mais adequado para tratamento do tema de direitos territoriais indígenas, percebendo-os como direitos materiais e imateriais.<sup>95</sup>

#### **4.2.2 Como o julgamento da ADI 3239 pode servir de parâmetro argumentativo para a análise do RE nº 1.017.365/SC?**

---

<sup>95</sup> Vale conferir o trabalho: ANÁLISE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DO MARCO TEMPORAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL Rodrigo Clemente de Brito Pereira (ALCANTARA; TINÓCO; MAIA; 2018, p. 265-298).

Além de dialogar com as decisões da CIDH, mister também que o STF perpassasse seus antecedentes decisórios, e, assim assuma o compromisso de verificar a cadeia decisória, a evolução da interpretação no tratamento da matéria, o que já foi construído e assentado, mas também aquilo que pode ser reengendrado, complementado. É necessário está a par do arco decisório – coerência e integridade (DWORKIN, 2010). De 2009 (PET 3388) até 2018 (ADI 3239), constatam-se diversas alterações na interpretação do marco temporal e do renitente esbulho, mas também algumas premissas argumentativas já assentadas, pelo menos, pela maioria dos ministros (quais? A de que as condicionantes só se aplicam à PET). Doravante, passa-se a analisar o último caso apreciado pelo STF, que, muito embora não trate especificamente de povos indígenas, e sim de remanescentes quilombolas, as ilações podem se aplicar àqueles, porque espécie do gênero comunidades tradicionais<sup>96</sup>.

#### 4.2.2.1 Breve histórico processual

O Partido da Frente Liberal – PFL (atualmente denominado Partido Democrata – DEM) ingressou, em 25 de junho de 2004, com ação de declaração de inconstitucionalidade contra o Decreto nº 4.887/2003 (que regulamenta o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação de terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas/art. 68 do ADCT).

Com ingresso de considerável participantes, na qualidade de *amici curiae*, o julgamento se iniciou, em 18 de abril de 2012, com o voto do relator, Cezar Peluso, que julgava procedente a ação. Pediu vista dos autos a ministra Rosa Weber. Julgamento retomado, em 13 de março de 2015, com o voto-vista da referida ministra, que conhecia da ação para julgá-la improcedente. Após pedido de vista do ministro Dias Toffoli, a sessão de julgamento foi reaberta em 9 de novembro de 2017, que se manifestou pela procedência parcial da ação, para se dar interpretação conforme à Constituição ao § 2º ao art. 2º do Decreto n. 4.887/2003.

Ministro Edson Fachin pediu vista dos autos, retornando-se o julgamento, em 7 de fevereiro de 2018, que resultou, por maioria, em se julgarem improcedente os pedidos, nos

---

<sup>96</sup> Neste sentido, veja o teor do artigo 3º do Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007: [...] Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

termos do voto da ministra Rosa Weber (voto vencedor). Vencidos os ministros Cezar Peluso (relator), e, parcialmente, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Alexandre não votou (sucessor de Teori Zavascki, que sucedera o então relator). Última atualização processual corresponde à notificação das partes embargadas acerca dos declaratórios, interpostos por Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana, Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul, Malungu, Fetagri, Justiça Global, Terra de Direitos e Instituto Socioambiental (atuação na qualidade de *amici curiae*).

#### 4.2.2.2. *Dos votos e debates por ocasião do julgamento*

Segundo o relator Cezar Peluso, o caso não enseja “complexidade técnica”, e trata de matéria de direito. Assevera a existência de inconstitucionalidade formal, porque o art. 68 do ADCT deve ser complementado por lei, em sentido formal (BRASIL, 2019, p. 3462). Aponta também o relator inconstitucionalidade material, sustentando que a norma impugnada inova e desvirtua o art. 68 do ADCT (BRASIL, 2019, p. 3474). Ao fim, julga procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/03. Entretanto, modula os seus efeitos de sua decisão para, em razão da segurança jurídica e da boa-fé manter válidos os títulos, emitidos de 1988 até a presente decisão.

Pede vista dos autos a ministra Rosa Weber. Seu voto é divergente, e torna-se o vencedor (em razão disso, a ministra foi a redatora do acórdão). Para Rosa Weber, o art. 68/ADCT prescinde de integração legislativa, é “**norma definidora de direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário**, dotada, portanto, de **eficácia plena e aplicação imediata**”. Para a ministra:

Decomposto analiticamente o texto, extraio duas categorias de enunciados constitucionais: (i) uma disposição substancial assentando um direito fundamental – um direito de propriedade qualificado (“**aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva**”); (ii) uma ordem ao Estado para que pratique determinado ato necessário ao direito fundamental assentado – a expedição dos títulos respectivos (“**devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos**”) (p. 3543 do julgado).

[...]. **A dimensão objetiva do direito fundamental que o preceito enuncia, enfatiza, impõe ao Estado o dever de tutela – observância e proteção –, e não o dever de conformação (p. 3544);**

Tenho, pois, que, **levada a sério**, à norma constitucional –especialmente a definidora de direito fundamental – não pode ser atribuída exegese que lhe retire toda e qualquer densidade normativa (p. 3546).

No que se refere ao critério de autoatribuição étnica, assevera ser uma “opção política pública legitimada” pela CF-88, que rompe com o “processo de negação sistemática da

própria identidade aos grupos marginalizados” que, segundo adverte, é uma “injustiça em si mesmo” (BRASIL, 2019, p. 3561).

Quanto ao marco temporal, olvida tecer qualquer comentário, “ainda que em *obiter dictum* a respeito”, pela falta de “deliberação do Plenário”<sup>97</sup>. Todavia, entende que a data de 13 de maio de 1888 não ostenta critério metodológico para a definição do *status* dos quilombos. (BRASIL, 2019, p. 3572). Quem vem a introduzir o tema do marco temporal é o próximo ministro a votar, Dias Toffoli, que se pronunciou nestes termos:

Questão de fundamental importância é a necessidade de se esclarecer a exata identificação do alcance da expressão constitucional “estejam ocupando suas terras”, contida no art. 68 do ADCT, cuja compreensão é essencial para a identificação das terras que serão objeto de titulação. (BRASIL, 2019, p. 3604);

Diante dessa perspectiva, em meu sentir, a partir da leitura do dispositivo constitucional, **foram contemplados com a titularidade aqueles remanescentes que estavam ocupando suas terras no momento da promulgação da Constituição de 1988**. Não foram estabelecidos limites máximos ou mínimos para a titulação, mas a locução verbal “estejam ocupando suas terras”, contida no texto constitucional, acaba por delimitar o aspecto temporal do direito, reconhecendo uma **ocupação presente, não passada**, e, como veremos a seguir, nem futura. Já adianto que não se trata de uma interpretação meramente literal do dispositivo. Para além de uma interpretação gramatical, busca-se o alcance do direito a partir de uma interpretação igualmente sistemática e teleológica da Constituição. (BRASIL, 2019, p. 3606)

Bem se sabe que a questão da terra se apresenta historicamente conflituosa, cercada de fortes interesses e expectativas. Buscou a Lei Maior promover a paz fundiária, transformando as posses precárias dessas comunidades em domínio. Mas, para tanto, exigiu-se precisa definição dos limites territoriais das terras a serem reconhecidas.

Nesse sentido, como já salientado, **o art. 68 do ADCT estabeleceu critério objetivo de definição da propriedade, ou seja, a ocupação das terras em que se localizavam os quilombos na data da promulgação da Constituição Federal de 1988**. (p. 3612) [...] a ausência de um marco temporal de ocupação servirá, nesse caso, de **estímulo ao agravamento de conflitos fundiários** (BRASIL, 2019, p. 3613);

[...] como o decreto foi silente em relação à data de ocupação/utilização das terras, para evitar interpretações como aquela conferida pelo mencionado parecer, **deve-se conferir interpretação conforme à Constituição ao § 2º do art. 2º do Decreto nº 4.887/03, de modo a esclarecer que somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), salvo comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, da suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros**. (grifos nosso, BRASIL, 2019, p. 3613)

Distingue Dias Toffoli a situação dos povos indígenas que, na CF-88 promoveu-se “o resgate histórico, cultural e patrimonial”, com o devido reconhecimento dos seus direitos originários, com a previsão constitucional de nulificar os “títulos de domínio particulares

<sup>97</sup> Não se vislumbra sensatez neste argumento, de não enfrentamento do marco temporal, pela falta de deliberação plenária, primeiro porque a tese em comento está na causa de pedir da petição inicial, logo, haveria de a julgadora se expressar a respeito (tanto é que, como se verá, será objeto de embargos declaratórios no sentido de suprir a omissão quanto a este ponto). Segundo, porque, até então, só havia se pronunciado o relator que sequer enfrentou o tema, inaugurando a ministra a divergência ao colega; portanto, a votação encontra-se no início.

incidentes sobre as referidas glebas, excluindo os direitos a qualquer tipo de indenização pela terra nua, ressaltando as benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”. Prossegue o ministro:

Tal entendimento foi atestado pela Corte no célebre caso Raposa Serra do Sol. Naquela assentada, ressaltou-se o **caráter de ancianidade dos direitos dos povos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas**, os quais remontam historicamente ao período anterior à colonização portuguesa. (BRASIL, 2019, p. 3617)

Pede vista do processo o ministro Edson Fachin, sob o fundamento de que:

[...] o fundo desta questão que, a rigor, diz respeito a um debate sobre a própria compreensão da Constituição na relação entre o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o texto constitucional, a própria compreensão da Convenção 169 da OIT, bem como um conjunto de interesses legítimos, tanto das comunidades quilombolas quanto de outros interesses igualmente legítimos que se colocam subjacentes, ou até mesmo no primeiro plano do debate e, portanto, desta controvérsia. (p. 3623). [...] há temas como este de índole estrutural que demandam mesmo um amadurecer-se das reflexões quando dizem respeito a essa verticalidade sobre a própria sociedade, o Estado brasileiro e a Constituição (BRASIL, 2019, p. 3624).

Em seu voto, Fachin acompanhou a divergência inaugurada pela colega Rosa Weber, com ressalva de um ponto, ao que passa a explicitar:

É um direito fundamental que, embora não inscrito no rol contido no Título II do texto constitucional (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), também carrega consigo a nota de fundamentalidade, por assegurar a uma minoria étnica o direito de propriedade e, por meio deste, o resgate do exercício dos demais direitos de cidadania, inclusive a garantia do respeito à sua identidade comunitária, embasado em considerações sociais, históricas e culturais (BRASIL, 2019, p. 3636);

[...] a questão encerra complexidade naquilo que se pretende como fixação definitiva de sentido ao dispositivo constitucional, é certo também que as complexidades inerentes à interpretação e aplicação das disposições constitucionais não se esgotam em critérios meramente normativos, mas se inserem num plano hermenêutico a reclamar atuação dos mais diversos intérpretes, sem que se possa atribuir exclusividade dessa tarefa ao Legislador, nem mesmo imprescindibilidade de sua atuação. (BRASIL, 2019, p. 3640)

O ponto de divergência de Fachin quanto ao voto da ministra Weber, divisa-se nos seguintes trechos:

[...] acompanho a divergência inaugurada pela Min. Rosa Weber no que concerne à conclusão pela constitucionalidade da previsão impugnada, mas apresento ponto de vista distinto em relação à utilização do conceito de marco temporal em relação à definição dos destinatários da norma constitucional. Portanto, manifesto-me, no ponto, de maneira oposta àquela sustentada, com a devida vênia, pelo I. Min. Dias Toffoli, que proferiu voto pela necessidade de interpretação conforme ao dispositivo impugnado. Apresento, portanto, os argumentos que me levam a discordar, na fundamentação, porém não na conclusão, da proposta divergente apresentada pela Ministra Rosa Weber. (BRASIL, 2019, p. 3647);

Uma visão constitucionalmente apreensiva da totalidade do fenômeno ora em análise precisa considerar que a tutela constitucional equaciona-se à proteção de um modo de vida distinto daquele da sociedade envolvente, uma relação distinta com a terra e com a natureza, que é constitutiva da própria identidade dessas comunidades. (BRASIL, 2019, p. 3651);

O elemento definidor, portanto, é a relação tradicional da comunidade negra com a terra, nesse intercâmbio entre terra, identidade e preservação da cultura. A ideia de resistência, de uma comunidade que, ao longo dos anos, apesar da invisibilidade e das

dificuldades em relação ao meio, sobrevive e mantém suas tradições, é inseparável da atribuição da condição de quilombola e, nesse sentido, a atribuição externa de requisitos para a configuração da proteção constitucional mostra-se nefasta e em desacordo com os propósitos da norma protetiva. [...] O que se transfere é o ônus probatório que recai sobre o terceiro, que deve provar o direito que alega demonstrando não se tratar de ocupação tradicional de comunidade quilombola. Nesse ínterim, apresento minha discordância pontual a um fundamento constante de ambos os votos divergentes já prolatados, acerca da aplicação do marco temporal de 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 2019, p. 3652);

Quanto ao marco temporal<sup>98</sup> na questão indígena assinala este ministro:

Pedindo vênias aos entendimentos em sentido contrário, compreendo que, se já em relação à questão indígena a aplicação do marco temporal enseja questionamentos de complexa solução, até mesmo em virtude da positividade do direito em diversas Leis e Constituições anteriores à vigentes [...] (BRASIL, 2019, p. 3653)

Citando Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega:

[...] atores da jurisdição, em geral os afrodescendentes, seus defensores, os juizes, procuradores e outros representantes do Estado juiz ou do executivo não articularam essas categorias no espaço da jurisdição antes de 1988. Constroem-se os conceitos e as categorias a partir dos vestígios e dos rastros, por meio de hipóteses e métodos das diversas áreas do conhecimento [...] (BRASIL, 2019, p. 3655)

Prossegue em seu voto:

Assim, dentro de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à interpretação e aplicação de um direito fundamental que surge, pela vez primeira, na Constituição de 1988, não depreendo da redação do artigo 68 do ADCT a restrição do direito à titulação de propriedade apenas àqueles remanescentes de comunidades quilombolas que estivessem na posse mansa e pacífica da área na data da promulgação do texto constitucional.

Respeitosamente às opiniões contrárias, compreendo que referido dispositivo constitucional não afasta apenas pela redação textual no tempo presente a concessão do direito ao reconhecimento enquanto comunidade quilombola a essas realidades ainda desconhecidas, ainda invisíveis ao conhecimento do Estado. Nem a topologia da norma tem o condão, no meu sentir, de restringir o direito dessas comunidades, por meio do estabelecimento de um marco temporal objetivo que limita a aquisição e o exercício do direito ali proclamado. (BRASIL, 2019, p. 3655) [...] por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à sua aplicação deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais. (BRASIL, 2019, p. 3657)

[...] não parece coerente com uma hermenêutica que vá ao encontro dos objetivos da Constituição interpretar-se o conteúdo do artigo 68 do ADCT de modo a compreender que apenas aquelas comunidades que consigam comprovar a efetiva ocupação das terras utilizadas para sua sobrevivência, na exata data de 05 de outubro de 1988, estão contidas na proteção da norma, levando-se em consideração o tempo verbal utilizado e a topologia da norma dentro do texto constitucional.

Não se trata de assegurar fraudes ou de possibilitar a titulação de comunidades que não estejam vinculadas a esse passado de resistência e a um modo de vida característico e tradicional. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a esse grupo étnico significa, com todo o respeito aos posicionamentos em sentido contrário, fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania. (BRASIL, 2019, p. 3657).

<sup>98</sup> Vale a conferência acerca do tema do trabalho: MARCO TEMPORAL COMO RETROCESSO DOS DIREITOS TERRITORIAIS ORIGINÁRIOS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS, Liana Amin Lima da Silva e Carlos Frederico Marés de Souza Filho (ALCANTARA; TINOCO; MAIA; 2018, p. 299-325).

Deduzo, ademais, também inexistir autorização constitucional à desconsideração da ocorrência de situações de esbulho, violências, desocupações forçadas, que, notoriamente, como se depreende do conjunto de relatos juntados pelo *amici curiae* no feito<sup>99</sup>, acometeram as comunidades quilombolas ao longo de todos esses anos, uma vez que nem a posse e nem o domínio das terras estava albergada pelo ordenamento jurídico. (BRASIL, 2019, p. 358-59).

[...] enquanto direito fundamental de uma minoria étnica, compreendo que dela não se deve extrair nem menos nem mais de sua potencialidade em conferir a integralidade dos direitos de cidadania aos remanescentes das comunidades quilombolas; por essa razão, entendo inexistir fundamento constitucional para a incidência da teoria do marco temporal na hipótese presente. (BRASIL, 2019, p. 3659).

Em seguida, vota o ministro Roberto Barroso que assinala que o marco de 05 de outubro de 1988 é o *ponto central* do debate. Em suas palavras:

[...] fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT: 1 - As comunidades remanescentes de quilombos que estavam na área quando da promulgação da Constituição. E, nesse ponto, também estamos todos de acordo [...] além dos que lá se encontravam, Presidente, também aquelas comunidades que haviam sido forçadamente desapossadas, isto é, que foram vítimas de um esbulho renitente, mas cujo comportamento, à luz da sua cultura, aponta para sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupavam e desde que sua vinculação cultural com ele tenha sido preservada, o que pode ser objetivamente demonstrado por laudos antropológicos. Portanto, se a comunidade tiver sido desapossada à força, mas tiver conservado vínculos econômicos, sociais ou culturais com aquela área, eu penso que o direito subsiste.

O conceito central aqui, portanto, é um conceito que foi ventilado, pela primeira vez, quando o Tribunal julgou - e eu ainda não estava aqui - a questão da Raposa Serra do Sol, mas, depois, eu já estava aqui quando nós julgamos os embargos de declaração - eu mesmo fui o Relator -, e nós até limitamos o sentido e alcance daquelas condicionantes estabelecidas no julgamento da Raposa Serra do Sol. (BRASIL, 2019, p. 3662-63).

Sobre o renitente esbulho, assinala Barroso:

Mas um conceito importante é o de esbulho renitente. O nosso querido e saudoso Ministro Teori Zavascki, num caso superveniente, ao interpretar o que significava esbulho renitente, exemplificou a ideia de esbulho renitente, mas de preservação de vinculação com a área, a existência, por exemplo, de ações possessórias, ou pelo menos de conflitos possessórios. Acho que esse é um ótimo critério, porém não acho que deva ser um único critério, porque muitas vezes recorrer ao Poder Judiciário, ou mesmo a conflitos físicos - a violência pode não ser da índole dessa comunidade. Parece óbvio e natural para nós que vivemos neste universo, mas é muito distante para pessoas que vivem em um universo distinto. De modo que eu penso, conforme o Ministro Teori, que a existência de resistência física ou a existência de ações possessórias claramente demonstram a subsistência do vínculo, mas não só essas circunstâncias. Portanto, é perfeitamente possível que, tendo havido o desapossamento forçado, injusto e tendo permanecido o vínculo, ao menos cultural com a área, entendo que essas comunidades preservam o direito de serem reconhecidas, de terem as suas áreas reconhecidas como Comunidades Quilombolas. (BRASIL, 2019, p. 3663-64).

Conclui seu voto, aportando a seguinte tese e proposta de ementa acerca do tema:

[...] por fim e o mais importante, fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT: 1. As comunidades que ocupavam suas áreas quando da promulgação da Constituição; e ainda 2. Aquelas que foram delas desapossadas à força e cujo comportamento, à luz

<sup>99</sup> Aqui, revela-se o papel do *amici curiae*, literalmente: amigo da corte. Um terceiro, que não é parte, ampliando os pontos de vistas, constitucionalmente relevantes.

da sua cultura, indica intenção de retomar a permanência do vínculo cultural e tradicional com o território, dispensada a comprovação de conflito possessório atual de fato ou mediante ajuizamento de ação. (BRASIL, 2019, p. 3664);

[...]

*Ementa:* DIREITO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS À PROPRIEDADE DO SEU TERRITÓRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 4.887/2003. NORMA REGULAMENTAR. IMPROCEDÊNCIA.

[...]

4. Fazem jus ao direito previsto no art. 68 do ADCT: (i) as comunidades remanescentes de quilombos que estavam na área quando da promulgação da Constituição ou, ainda, (ii) aquelas que haviam sido forçadamente desapossadas (vítimas de esbulho renitente), mas cujo comportamento, à luz da sua cultura, aponta para a sua inequívoca intenção de retornar ao território que ocupavam, desde que sua vinculação cultural com ele tenha sido preservada.

5. A comprovação da existência de conflito possessório de fato ou de ajuizamento de ação é desnecessária para configurar o esbulho renitente. Não se pode interpretar o comportamento de uma comunidade pertencente a cultura diversa, com base em critérios e em instituições que lhe são estranhos. [...] (BRASIL, 2019, p. 3667).

Por sua vez, vota o ministro Lewandowski. Para ele, além de ser uma importante garantia o critério de autoatribuição, porque vai de encontro a “categorização unilateral”, de “viés etnocêntrico, pela simples lógica de que não se pode impor uma identidade étnica ou cultural a quem quer que seja por terceiros” (BRASIL, 2019, p. 3696-97):

[...] cumpre empregar a metodologia hermenêutica que lhe empreste a máxima efetividade, mormente por tratar-se de direito fundamental assegurado a uma minoria, cuja relação estabelecida com a terra que ocupa está diretamente ligada à preservação de sua identidade cultural. (BRASIL, 2019, 3700);

À guisa de conclusão, tenho que a questão central deste debate, não pode apartar-se da ideia de que é preciso conferir-se o máximo de efetividade aos direitos assegurados originariamente pela Carta Magna aos chamados grupos minoritários.

Em um Estado Democrático de Direito exige-se mais do que a simples concretização dos interesses da maioria. É preciso respeitar também os direitos fundamentais de todos, componham eles a maioria ou não. (BRASIL, 2019, p. 3702)

Interrompe o julgamento, para esclarecimentos, o ministro Dias Toffoli:

[...] penso que está havendo uma interpretação equivocada de meu voto. Porque eu nem sequer exijo o esbulho. É muito menos do que isso. Eu vou ler, então, o dispositivo de meu voto, porque, com a devida vênia do Ministro Luís **Roberto Barroso** se eu não estou entendendo equivocadamente Sua Excelência, penso que meu dispositivo é até mais abrangente que o de Sua Excelência.

[...] somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, salvo comprovação, por todos os meios de prova. Não é só judicial, Ministro **Barroso**, que eu coloquei, não é só em caso de esbulho. Salvo comprovação por todos os meios de prova juridicamente admitidos - todos - de suspensão ou perda da posse - portanto não é só esbulho, porque o esbulho exige uma violência - em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros. (BRASIL, 2019, p. 3703)

Justifica que a interpretação conforme é “para evitar que haja a continuidade dos conflitos, para explicitar a abrangência, senão vai haver conflitos eternos” (BRASIL, 2019, p. 3704), ao que intervém no debate Gilmar Mendes ponderando que:

Até porque, na verdade, parece-me que aqui há um misto de confusão entre o conceito de quilombos, terras ocupadas por quilombolas e terras ocupadas por indígenas. O texto constitucional é bem diferente no trato do tema. O trato do tema é bem diferente. Mesmo em se tratando de terras ocupadas por indígenas, não há essa obrigação de desapropriação. Pode-se até discutir isso, mas não há essa obrigação. (BRASIL, 2019, p. 3704-05)

Dias Toffoli responde: “Grande parte do o meu voto, Ministro **Gilmar**, foi exatamente fazendo essa distinção” (BRASIL, 2019, p. 3705), e prossegue nos seus esclarecimentos:

Foi fazendo essa distinção e citando o parecer de um grande jurista, que serviu a magistratura no Tribunal Regional Federal, recentemente serviu o Supremo Tribunal Federal, no gabinete do saudoso Ministro Teori Zavascki, o eminente Dr. Wolkmer de Castilho, que, quando foi Consultor-Geral da União, sob o Advogado-Geral Álvaro Ribeiro Costa - também outra personalidade da defesa dos direitos humanos, um ícone na defesa dos direitos humanos do Ministério Público da União -, proferiu parecer que foi aprovado pela Presidência da República. Portanto, esse parecer tem efeito vinculante na Administração Pública Federal no sentido de que as terras de quilombos se equiparam a terras indígenas. Ocorre que não estão só analisando aquilo que era ocupado historicamente, mas também aquilo de que vai se precisar no futuro. E mesmo que se demarque uma terra hoje, amanhã vai se reabrir a discussão. Por isso que Vossa Excelência – Sra. Presidente - bem acertou quando disse: a minha interpretação conforme não é para impedir o passado, é exatamente preventiva, uma interpretação para o futuro que a Advocacia-geral Geral da União já deu. Tanto que, em meu voto e também no voto da Ministra **Rosa**, citamos o parecer da Advocacia-Geral da União. Exatamente por quê? Porque, senão, nós vamos ter a seguinte situação: se reconhece um quilombo hoje, com ocupação de, vamos supor, mil metros quadrados, dez mil metros quadrados, amanhã esse quilombo, daqui a dez, quinze, anos vai falar: "de acordo com a interpretação que foi dada pela a AGU e depois placitada pelo Supremo, eu também agora preciso aumentar o quilombo porque a comunidade cresceu. Então, eu preciso ir expandindo minha área". E essa área é particular, essa área não é da União, como a área da terra indígena é. Por isso que, em meu voto, faço toda essa distinção. O meu voto não excepciona as terras que foram atingidas, muito pelo contrário, inclui as terras que não estavam ocupadas no momento da promulgação da Constituição. E, historicamente, já ocorreu, após esse decreto, a demarcação de terras nesse sentido, o que se previne na interpretação conforme - eu faço interpretação conforme exatamente para evitar conflitos futuros, não é para rechaçar o passado, muito pelo contrário. E não insiro apenas as áreas que foram esbulhadas, eu digo: qualquer área da qual, por qualquer motivo, eles foram desapossados quando veio o marco de 5 de outubro de 1988. (BRASIL, 2019, p. 3705-06).

O ministro Lewandowski ingressa na discussão, asseverando não haver compreendido a posição de Dias Toffoli. Mas, se o objetivo era imputar o ônus da prova da perda ou suspensão da posse, em face de ilícitos praticados por terceiros, assevera ser tal prova difícil ou impossível de ser produzida. Toffoli replica: “Esses conflitos já estão acontecendo na realidade, nas instâncias ordinárias. Se nós não colocarmos marcos claros aqui, os conflitos vão continuar.” (BRASIL, 2019, p. 3706). Em tréplica, finaliza a discussão Lewandowski com a seguinte colocação:

Os remanescentes dos quilombolas são descendentes daqueles que estão fugindo há mais de quinhentos anos. Como é que se vai fazer uma prova de fatos que ocorreram há quase meio século atrás? Evidentemente, essa prova é impossível. Não se pode admitir aqui, num grupo claramente hipossuficiente, que assumo o ônus da prova, que

se inverta o ônus da prova. Portanto, eu penso que essa Corte tem que decidir se o pedido é procedente ou é improcedente, ou parcialmente procedente.

Gilmar Mendes, em seu voto pondera sobre algumas questões: diz que a decisão colegiada tem de ter uma dimensão prática<sup>100</sup> que tem de ser levada em consideração. Ao fim, ao aduzir que Toffoli propõe uma interpretação do Decreto que tenta ajustá-lo à realidade institucional, acompanhou integralmente o seu voto. (BRASIL, 2019, p. 3710-11):

E disse então: que o que o decreto faz e o que há de fazer é tomar como data marco a data da Constituição de 88. Desde já, Sua Excelência, claramente repudia a interpretação, que aparentemente foi sustentada em pareceres da AGU, de que são a mesma coisa: quilombola e terras indígenas. Nós todos, que temos alguma experiência de vida, sabemos que são coisas diferentes. E que os conceitos, inclusive de posse, tema que aqui já foi muito discutido, no Supremo Tribunal Federal, e remonta há tempos já bastante antigos. Se nós pegarmos os primeiros casos, discutidos com tanta ênfase, por exemplo, da relatoria de Victor Nunes Leal, o próprio conceito de posse indígena, que nada tem a ver com a ideia da posse tal como definida no artigo 68 do ADCT. Ah, mas há de se prever também essa possibilidade de expansão. E nós sabemos, hoje, que já há debates e conflitos quase que incontornáveis em determinadas áreas. Nós temos a questão, por exemplo, colocada toda vez que se conversa com os militares, em relação à Base de Alcântara, no Maranhão, e Marambaia, aqui no Rio de Janeiro, em que a interpretação sobre uma ou outra compreensão leva a conflitos e impasses.

Então **é preciso que tenhamos também a dimensão prática da nossa decisão**, uma vez que, aqui, não se trata, como no que diz respeito à terra indígena, de declarar nulos os títulos incidentes sobre a dada área, trata-se de fazer uma expropriação, para a qual nós temos um procedimento administrativo complexo, a partir de atos da Administração, de pagamento da propriedade privada, portanto de mobilização da máquina pública nesse sentido.

Eu fico a imaginar que as Forças Armadas, a Aeronáutica, daqui a pouco, a prevalecer o parecer da AGU, encerre as suas atividades em Alcântara, a partir da nossa decisão, ou certamente o Ministro da Defesa vai levar uma proposta de alteração do Decreto ao Presidente da República.

Então essa questão é relevantíssima para o desate. E fez muito bem o Ministro Toffoli no sentido de dizer que é preciso que se declare parcialmente a inconstitucionalidade do Decreto, seja no sentido de uma interpretação conforme, no sentido substancial, seja no sentido de definir claramente o que nós estamos falando, mas não venha a pelo, é herético até, dizer que basta decreto para regulamentar direitos fundamentais, não no sistema da Constituição de 88, não no sistema do constitucionalismo brasileiro, até foi sob a Constituição de 1937, decretos regulamentavam realmente a Constituição, mas não sob esta Constituição, decreto regulamentar a Constituição sob a Polaca, é uma interpretação autoritária do texto constitucional.

De modo, Presidente, que eu vinha até preparado para acompanhar o voto do Ministro Cezar Peluso, mas, diante dos esclarecimentos feitos pelo Ministro Toffoli e considerando que Sua Excelência se louva em fundamentos legais para justificar a edição do Decreto e propõe uma interpretação do Decreto que tenta ajustá-lo à realidade institucional, eu vou acompanhá-lo integralmente. (BRASIL, 2019, p. 3710-11). (grifo nosso)

Em aparte, o ministro Barroso externa as seguintes reflexões:

<sup>100</sup> A preocupação com essa “dimensão prática”, diga-se, não é estranha ao modo de julgar do ministro Gilmar Mendes. Como se viu no capítulo anterior, os votos vazados nas ações lá discutidas, em todas, a tônica do seu discurso é o pragmatismo jurídico (p. exemplo, quando sugere o caminho da desapropriação, nos casos das fazendas do Mato Grosso de “alta produtividade”. Esse fenômeno de modalidade decisória é chamada de *pragmatismo jurídico*, teoria desenvolvida por Richard Posner, “A problemática da teoria moral e jurídica. 2012..(p. 357 e seguintes).

Eu penso que a principal característica de um direito fundamental é o de que ele não depende das maiorias. Um direito fundamental não depende de ser positivado e, muito menos, positivado em lei. E, se estiver na Constituição, no caso brasileiro, pelo artigo 5º, § 1º, ele tem aplicação direta e imediata. Vale dizer: o legislador não pode, por omissão, frustrar o exercício de um direito fundamental. (BRASIL, 2019, p. 3714-15) [...] para ficarem claras as posições divergentes, direito fundamental é direito que não depende da vontade do legislador; é direito que não depende da vontade da maioria; basta que esteja na Constituição. E, em certos casos, mesmo que não esteja na Constituição, o direito fundamental existirá. É assim que penso e acho importante pontuar isso em um Tribunal cujo principal papel é proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Esses são os grandes papéis de um Tribunal Constitucional. Nós é que fomos atirados nesse universo de paixões desenfreadas e indevidas, que é exercer jurisdição penal de primeiro grau, que nenhum tribunal constitucional do mundo exerce, e que nos traz os problemas que nós enfrentamos. Porque, quando defendemos os direitos fundamentais ou a democracia, as coisas se passam bem. (BRASIL, 2019, p. 3715).

Em rechaço às considerações de Barroso, pronúncia Gilmar Mendes:

[...]o direito de propriedade aqui envolvido também é direito humano e direito fundamental.

[...]eu gostaria de ver a aplicação desse direito, previsto no artigo 68, sem alguma regulamentação. Eu queria conhecer o gênio que seria capaz de fazê-lo, e, ao fazê-lo, não invocar a base legal para fazer uma desapropriação, num sistema de intervenção no direito de propriedade. É disso que se trata, é isso que se discute.

[...]aqui nós estamos falando do direito de propriedade, gostemos ou não, ele integra a cadeia de direitos em alguns casos, inclusive é a base de todo o sistema.

[...] eu não estou contra, acho que deve se regulamentar essa questão de se encontrar uma equação para esse tema, mas não dizer que se executa por decreto, porque, por decreto então, se poderia suprimir a propriedade. Por que não extinguir a propriedade? Por que não confiscar? Por isso que o Ministro Toffoli buscou base legal para isso. Porque é evidente que, mais do que inclusive no que diz respeito às terras indígenas, não se falou em anulação de títulos, mas em desapropriação, o que pressupõe o pagamento prévio e justo da indenização, tem que ter base legal. Então isto precisa realmente ser muito bem assentado para este caso e para que nós não nos metamos em outras aventuras.

Por decreto, Presidente, repito, se operou sob a Constituição de 37! (BRASIL, 2019, p. 3718-19).

O ministro Luiz Fux também enfrenta o tema do marco temporal, nos seguintes

termos:

O eventual estabelecimento de um *marco temporal*, uma data certa que se valha de insubstituível referencial para a ocupação de um determinado espaço geográfico por uma comunidade, não se coaduna com a literalidade, nem com a teleologia da proteção constitucional assegurada aos remanescentes das comunidades quilombolas. É que a interpretação gramatical do texto constitucional não encontra qualquer referência em datas ou outro parâmetro temporal; ao contrário, vê “reconhecida” a propriedade definitiva. O dispositivo *declara* – e não *constitui* – o direito de propriedade, sem delimitar marcos temporais. Da mesma forma, a referência àqueles que “estejam ocupando” demonstra a atualidade e a continuidade da ocupação, incluindo no campo semântico da garantia, por exemplo, aqueles que outrora foram removidos forçosamente de suas terras, mas já presentemente conseguiram reavê-la. (BRASIL, 2019, p. 3754-55).

[...]o marco temporal também exclui uma comunidade remanescente que, quando da promulgação da Constituição, talvez ainda não contemplasse os requisitos

socioculturais objetivos suficientes, mas, somados os quase trinta anos transcorridos desde então, atualmente já fortaleceu suas raízes<sup>101</sup>.

Tal exegese tampouco se ilide com o argumento topográfico. Extrair da mera topologia um marco temporal equivale a limitar os efeitos e o alcance da vontade do constituinte a uma fotografia da situação, inexoravelmente pretérita e datada<sup>102</sup>. É fato que a topologia indica que a disposição constitucional inserida no ADCT se pressupõe transitória.

Assim teria sido, caso houvessem sido criados os procedimentos administrativos necessários quando da promulgação da Constituição. No entanto, a vontade do constituinte não preclui por inércia do poder público ou haveria um incentivo espúrio para que fosse indefinidamente adiada a regulamentação da matéria.

Mais relevante, o aspecto teleológico afasta a exegese que reduz o alcance e o propósito de norma notoriamente protetiva. O direito à propriedade titularizado pelos remanescentes de comunidades quilombolas foi *reconhecido* pelo constituinte, sem limitações temporais ou outras reservas. Caracterizada a condição objetiva de “remanescentes das comunidades dos quilombos”, fazem jus à tutela estatal. (BRASIL, 2019, p. 3755)

Não cabe ao intérprete refazer a ponderação de princípios com a segurança jurídica ou propriedade privada de terceiros, ao mais já promovida pelo constituinte e, sob tal pretexto, criar restrições - apriorísticas e em abstrato - que *obstem* a tutela constitucional assegurada aos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Por tal razão, acompanho a divergência aberta pela Ministra Rosa Weber, em belíssimo voto, com a ressalva de que o elemento objetivo, empírico, a que se refere – “a reprodução da unidade social que se afirma originada de um quilombo há de estar atrelada a uma ocupação continuada do espaço ainda existente, em sua organicidade” - não encontra limitações

temporais. Caracteriza-se, outrossim, a “efetiva atualização histórica das comunidades dos quilombos” por uma atávica identidade étnico-cultural, que se une visceralmente à terra e à tradição comum, independentemente de lá estarem em uma data qualquer arbitrária. (BRASIL, 2019, p. 3756)

Fux, mais adiante, citando a decisão proferida nos EDs, da PET 3388, afastou o caráter vinculativo do marco temporal, “porquanto razões de decidir, não possuem efeitos vinculantes, valendo-se quando muito como diretrizes para casos em que se rediscuta o sentido das mesmas normas constitucionais.” (BRASIL, 2019, p. 3757). Neste sentido, ainda preleciona:

Assim como não se aplica o marco temporal da promulgação da Constituição Federal – ou qualquer outro – à presente hipótese, tampouco seria suficiente a ressalva de “*renitente esbulho*” instituída no julgamento da Pet 3.388. À ocasião, ressalvaram-se do marco temporal os casos em que, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação não tivesse ocorrido por efeito de “*renitente esbulho*”, que não se confunde com ocupação passada ou desocupação forçada. (BRASIL, 2019, p. 3758)

A exceção, no entanto, mostra-se excessivamente restritiva ao exigir a comprovação de configuração de situação de efetivo conflito possessório que “*ainda persista até o marco demarcatório temporal (...), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada*” (ARE 803462 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014). Dadas a belicosidade das questões fundiárias e a dificuldade de as comunidades remanescentes dos quilombolas reagirem jurídica e tempestivamente às lesões possessórias, a existência em si de um marco temporal tende a cancelar os efeitos de posses ilegais e muitas vezes violentas.

<sup>101</sup> É interessante esse argumento do ministro, com o olhar para o futuro, efeitos prospectivos... pesquisar

<sup>102</sup> Pode-se fazer um paralelo com a chamada “chapa radiográfica”, sustentada pelo relator da PET 3388, congelando situações fundiárias à data da promulgação da CF-88.

Vê-se, assim, que a delimitação das terras quilombolas não devem ser prisioneira do passado nem refêm do anacronismo de datas. Como já ressaltado, a proteção conferida pela norma constitucional volta-se para o futuro, pretende criar condições para preservação da cultura e da identidade afro-brasileira ligada aos quilombos (CRFB, arts. 215 e 216), contribuindo para incluir e afirmar uma minoria *atual* historicamente marginalizada.

É esse olhar *finalístico-prospectivo* que deve presidir a interpretação do art. 68 do ADCT. Para tanto, não se pode perder de mira que a terra, para comunidades tradicionais, integra a sua própria identidade étnica. Dessa maneira, a efetiva preservação e afirmação de cultura quilombola – objetivada pela Constituição – pressupõe a **garantia do espaço territorial necessário para a reprodução e permanência de seus costumes e tradições, em todos os seus aspectos.** (BRASIL, 2019, p. 3759)

Em face desse quadro, entendo que a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.887/03 é, além de *juridicamente incorreta, empiricamente perversa*, comprometendo todos os avanços já conquistados e impedindo, de imediato, progressos futuros. [...] Não é isso que se espera da Corte, a quem cabe, *“precipualemente, a guarda da Constituição”* (CRFB, art. 102, *caput*). Devemos atuar como *catalisadores* da efetividade constitucional, e não como *freios* à concretização da Lei Maior. (BRASIL, 2019, p. 3764).

O ministro Marco Aurélio faz uma interessante e instigante reflexão:

Passados trinta anos, praticamente trinta anos, considerados os ares democráticos que surgiram com a Constituição Federal de 1988, e ainda se tem dúvidas, ante a ação ajuizada, quanto à eficácia, à concretude do que se contém no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (BRASIL, 2019, p. 3765).

Celso de Mello, em um voto de sete linhas, acompanhou o voto da ministra Rosa Weber<sup>103</sup>, com a observação do ministro Fachin. (BRASIL, 2019, p. 3768). Por fim, a ministra Cármen Lúcia, adota o marco temporal, asseverando a par do critério subjetivo, deve ser observado o critério objetivo “pertinente à existência orgânica da comunidade como subsistência essencial da comunidade existente na data da promulgação da Constituição de 1988” (BRASIL, 2019, p. 3787).

Votos proferidos, iniciam-se os debates, com a indagação da ministra Rosa Weber se o colegiado chancelaria a tese (que ela diz ter aderido) formulada pelo ministro Luís Roberto Barroso. O ministro Marco Aurélio, perplexo, pergunta: “Tese em controle concentrado de

<sup>103</sup> A propósito, no dia 17 de agosto de 2019, o decano Celso de Mello, completou 30 anos de trabalho na Corte, como ministro do STF. Em matéria jornalística, divulgada no dia 19/8, consta a fala do magistrado acerca do texto constitucional de 1988: “representou o *“anseio de liberdade manifestado pelo povo brasileiro”* e permitiu *“situar o Brasil entre o seu passado e o seu futuro”*, por meio de um instrumento jurídico moderno, *“essencial para a defesa das liberdades fundamentais do cidadão em face do Estado”*. Ainda, na matéria, Carlos Ayres Britto elogia a atuação do ex-colega, *“Que coincidência feliz, 30 anos de Constituição brasileira, 30 anos de judicatura suprema, colegiada, do ministro Celso de Mello. Um cultor da Constituição, um intérprete profundo, preciso, da Constituição de 1988, que tem nele um guardião exemplar”*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309150,51045-Celso+de+Mello+completa+30+anos+no+STF>.

Entretanto, ao se analisar os votos do ministro Celso de Mello, nas ações judiciais estudadas nessa dissertação, é de se perceber que, pelo menos em questão de proteção de direitos de segmentos étnicos minoritários: 1) apresenta contradições argumentativas insuperáveis, como foi desenvolvido no segundo capítulo (do RMS 29.087); 2) em diversas ações, o magistrado adere ao voto de algum(a) colega, tecendo elogios ao voto filiado. Não se quer dizer com isso que tal conduta é reprovável, mas, do ponto de vista do aperfeiçoamento argumentativo e do processo deliberativo, pode, em muitos casos de alta complexidade, representar um déficit democrático.

constitucionalidade e concluindo o Colegiado pela improcedência do pedido? Por sua vez, Barroso justifica que a formulação da tese tem a finalidade de explicitar a deliberação, com efeito vinculativo<sup>104</sup>. Após o esclarecimento, a então Presidente do STF, ministra Cármen Lucia instou o colegiado à deliberação. Mas já se manifesta no sentido de que basta a ementa, porque ela é que será vinculativa (BRASIL, 2019, p. 3791). Lewandowski também não se mostra favorável à formulação de tese neste caso<sup>105</sup>. Por fim, a ministra Weber indaga se é para fazer referência, na ementa, ao marco temporal, “porque, no meu voto, eu vou suprimir”, ao que a então Presidente diz não incluir nenhuma referência nesse sentido.

Em face do acórdão, foram interpostos *Embargos de Declaração*<sup>106</sup> por parte da Associação dos Quilombos Unidos do Barro Preto e Indaiá, Associação de Moradores Quilombolas de Santana, Coordenação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas de Mato Grosso do Sul, Malungu, Fetagri, Justiça Global, Terra de Direitos e Instituto Socioambiental (atuação na qualidade de *amici curiae*). Os recorrentes/embargantes postulam, justamente, que a Corte supra a eventual *omissão* quanto à expressa refutação da aplicação do *marco temporal* aos processos de titulação de propriedade de comunidades remanescente de quilombos. Portanto, a questão não está definitivamente julgada, pelo que se aguarda a manifestação conclusiva da Corte acerca dessa matéria, pelo menos no que toca às comunidades remanescentes de quilombos.

Encontra-se apoio nos votos transcritos para a construção da hipótese desse trabalho, especificamente porque sugerem que o marco temporal se referiu ao momento da PET, mas que se precisa avançar.

Apanhando-se a essência desses votos, retira-se que quando se trabalha direitos fundamentais, deve ser buscada interpretação mais adequada, ou seja, que confira máxima

<sup>104</sup>“Deixa eu explicar a razão, Ministro Marco Aurélio. A lei exige tese no caso de repercussão geral, isso é fato. É que, muitas vezes, como os votos são agregativos, você às vezes não sabe exatamente e em rigor qual foi o denominador comum jurídico do voto. Por isso que eu sempre tenho a preocupação de firmar a tese, até porque, neste caso, tem efeito vinculante, e, se tem efeito vinculante, quem for interpretar lá embaixo tem que saber vinculado a quê. Por esse motivo eu acho importante explicitar a tese”. (BRASIL, 2019, p. 3790)

<sup>105</sup> [...] eu queria, com todo o respeito, manifestar-me neste caso contrariamente à formulação de uma tese. É que o Supremo se pronunciou, com muita clareza, pela improcedência desse Decreto. É um decreto complexo, que pode ensejar, depois, em sua aplicação aos casos concretos, algumas dúvidas. E eu temo que uma tese que, necessariamente é sintética, possa trazer alguma dúvida para esse pronunciamento absolutamente inequívoco, retilíneo que nós fizemos hoje. (BRASIL, 2019, p. 3792).

<sup>106</sup>Em que pese não terem sido ainda julgados os EDs, afigura-se pertinente a interposição deste recurso, porque a tese do marco temporal compõe a causa de pedir da ADI. No mais, verifica-se dos votos, que a referida tese foi rechaçada por cinco ministros (Rosa Weber, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Celso de Mello), em detrimento de dois (Dias Toffoli e Gilmar Mendes). Os ministros Cezar Peluso, nada aventou sobre a tese do marco temporal; Ricardo Lewandowski, embora silente acerca da tese, rechaçou os argumentos de Toffoli, que defendia o marco temporal. Por fim, o ministro Alexandre de Moraes não votou porque sucedeu o ministro Teori, que sucedera Cezar Peluso. Com efeito, a questão não está definitivamente julgada, pelo que se aguarda a manifestação conclusiva da Corte acerca dessa matéria.

efetividade ao direito. A construção de uma “chapa radiográfica” de ocupação indígena não confere essa adequada proteção, posto que não analisa a finalidade CF de forma a proteger um segmento minoritário étnico (indígenas, como aqui tratado; ou quilombolas, como tratado na ADI 3229).

Assim, uma perspectiva finalística prospectiva da interpretação constitucional desaconselha o acolhimento da tese do marco temporal, porque ela pressupõe que antes de 1988 todos os índios possuíam uma organicidade grupal, e que poderiam exercer direitos sobre a terra (manter-se ou buscar a restituição – direitos de sequela - típicos de possuidor do bem<sup>107</sup>), e que se não possuíssem, não poderia reivindicar a terra. Ocorre que finalidade da norma do art. 231 da CF não é, como destacou o Ministro Fux, somente para quem estava na terra ou queria retomá-la em 05 de outubro de 1988, sendo, em realidade, preciso presumir a existência de comunidades indígenas tradicionalmente diferenciadas, ou que se formem, ou se construam a partir de 1988.

Nesse rumo, é importante que se faça o questionamento sobre o que se *constitui* de 1988 até agora no que se refere à proteção de direitos territoriais indígenas<sup>108</sup>? Diálogo com a Constituinte e o hoje, o “encontro” com o horizonte de agir traçado e com o hoje (re)construído. Para saber o que *se constitui* é preciso, em primeiro lugar, olhar para o que pré-constituído, ou melhor dizendo, com o que se compromete. É, sobretudo volver o olhar e refletir sobre as “resoluções”<sup>109</sup> por ocasião da promulgação da Constituição do novo Estado do Brasil, que, propugnando-se Estado de Direito, engendrou como seu pilar a Democracia.

---

<sup>107</sup> Defende-se que nada obsta que os povos indígenas utilizem os instrumentos processuais de institutos eminentemente de cunho civil, previstas no Código Civil. A CF-88 reconhece os seus direitos originários sobre a posse das terras de ocupação tradicional. A expressão utilizada na PET 3388 sobre a posse indígena, no sentido de que representa “um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil” (p. 236 do acórdão), não pode ser interpretada como impeditiva de os índios buscarem todos os meios permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro para proteger, assegurar ou reaver seus direitos possessórios sobre as terras que ocupam. Exegese em sentido contrário viola direitos fundamentais, não se coaduna com o grau de proteção conferido pela CF/88.

<sup>108</sup> O desenvolvimento dessa reflexão é resultado da instigação, por parte da professora-orientadora Raquel Coelho de Freitas, a partir do seguinte enunciado: “A lei possui apenas o esboço dos bens futuros e não o modelo real das coisas”. Encontro realizado, em Fortaleza, no dia 29 de janeiro de 2019.

<sup>109</sup> Calha trazer o artigo de Lenio Streck (CONJUR, dia 15/8/2019), nos seguintes termos: “[...] Devemos desidratar a Constituição porque ela é boa demais. Ela exigiu — e já digo isso usando o verbo no passado — demais de nós. [...]a Constituição constitui. Ela obriga. Ela *constitui-ação*, como escrevi há 25 anos. Porque traz junto desses direitos as responsabilidades que eles impõem. A Constituição exige que sejamos uma democracia. Mesmo que não queiramos. Exige que cumpramos o que o país escolheu prometer. Nossa Constituição exige cidadania. Exige de nós que saibamos respeitar o Estado Democrático de Direito. Tudo isso está interligado. É triste, mas eu repito o que venho dizendo junto com autores como Gilberto Bercovici, Martonio Barreto Lima e Marcelo Cattoni: a Constituição está sendo erodida. É exatamente por isso que me permito afirmar: a Constituição exigiu demais dos juristas e políticos brasileiros. Ouso dizer, tristemente, que não fomos e não somos merecedores desta Constituição. [...]Nós não temos o que a Constituição exigiu de nós. Não fomos capazes de, em 30 anos, colocar-nos à altura das exigências constitucionais. [...]Falhamos por não saber ler e compreender o sentido da Constituição, quando nos diz claramente que *o Brasil é uma República que visa a reduzir a pobreza, fazer justiça*

Com o país em clima celebratório, a nova Carta Fundamental, após duas décadas de ditadura, apresenta novo horizonte do agir, desafiando a forjar-se um novo Brasil. Abre-se todo um campo novo de imaginação democrático-constitucional visando à construção de arranjos, solução de conflitos sociais, que melhor possam conciliar a necessidade de respeito mútuo ao pluralismo e aos consensos mínimos nas democracias. Para tanto, mister recordar para os *objetivos* do art. 3º do texto; bem como para os valores constitucionais. Quais são estes?

Ulysses Guimarães, que foi o presidente da Assembleia Nacional Constituinte (empossado em 1º de fevereiro de 1987), inaugurou seu discurso de promulgação da nova Constituição do Brasil (Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no *DANC* de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.), trazendo a síntese, a ideia, a essência da Constituição: *Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia*. São suas primeiras palavras.

Os seres humanos, considerados em sua individualidade e/ou sua coletividade (**Homem**), enquanto tais, somente se autodeterminam para buscar realizar seu projeto de vida, de mundo (**Liberdade**), no ambiente pleno exercício de sua cidadania, ou seja, com participação ativa nas decisões que digam respeito à sua condição humana, à sua história, que lhes afetem de todo ou algum modo (**Democracia**).

Democracia plural, com o desafio de abarcar todas as pretensões, aspirações de todos indistintamente, como disse o Presidente da Constituinte:

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, **de índios**<sup>110</sup>, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. (p. 3)

A Democracia, sem dúvida, afigurava-se o maior desafio a ser enfrentado, é a *chave*, para o Homem e a Liberdade, conforme vaticinado por Ulysses Guimarães. Em outras palavras, a Democracia é a pedra de toque do Estado Constitucional de Direito.

---

*social...* Isso é demais para um país como o Brasil. [...] Sou um jurista de fé. [...] De minha parte, eu não desisto. Desidratar o que nosso Direito produziu de melhor até hoje não é a saída. Fazer isso é capitular diante dessa mesma sanha autoritária que organiza uma cruzada anti-institucional. Insisto: do modo como estamos “levando” o Direito e a Constituição, é possível dizer que, fossemos médicos, estaríamos fazendo passeatas contra vacinas e antibióticos. Médicos contra remédios, juristas contra direitos. Paradoxo dos paradoxos. A saída? É estar à altura do que a Constituição exige de nós. Não desidratemos a Constituição. Tenhamos a coragem de elevar-nos à altura daquilo que ela exige de nós.” Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/senso-incomum-pensando-bem-toffoli-razao-devemos-desidratar-constituicao>

<sup>110</sup> Aqui, a menção a índios. Uma das lideranças de destaque na Constituinte foi Ailton Krenak. É celebre o momento em que discursou na tribunal da Constituinte: à medida que discursava, pintava o rosto com semente de jenipapo, um simbolismo a representar o genocídio e o etnocídio dos povos indígenas do Brasil. Para Ailton Krenak, a condição essencial para os povos indígenas possam conviver, de maneira harmoniosa, com a sociedade envolvente, considerando uma real perspectiva de futuro de vida, e não uma ameaça constante, seria o reconhecimento pela sociedade em geral das formas próprias de manifestação da cultura. (COHN, 2015, p. 32)

A par das considerações acima, contextualizando o tema do presente trabalho com as demais decisões do STF, quais os desafios ao Judiciário para o tratamento e resolução de ações judiciais de demarcação de terras indígenas (que envolve atos/processos no âmbito do Executivo), que tem os *direitos originários* (de alta carga de indeterminação semântica e abstração) na **centralidade** desta questão? Em outras palavras, o STF tem *poder* para decidir *o que, e como* decide? É o que se propôs até o momento o presente trabalho: o enfrentamento de déficits de democracia. E, em breve, esses questionamentos poderão ser investigados a partir de um caso concreto: trata-se do julgamento do RE nº. 1.017.365/SC, que teve repercussão geral admitida pelo Plenário, por unanimidade, em 21/2/2019 (DJe de 11/4/2019), o qual será objeto de análise no próximo tópico.

#### **4.3 Do Recurso Extraordinário<sup>111</sup> N° 1.017.365/SC (Repercussão Geral admitida pelo Plenário, por unanimidade, em 21 de fevereiro de 2019 (DJe 11 de abril de 2019))?**

O questionamento que permeia o último tópico deste trabalho é “O que está para *além* do *quem* pode, e *como* faz, com o que se tem<sup>112</sup>?” Nesse aspecto, serão destacados os aspectos que, sugere-se, devem importar em uma mudança de postura do STF na oportunidade do julgamento do RE 1.017.365/SC, superando-se, dez anos depois, a construção do marco temporal de ocupação.

##### **4.3.1. Breve resumo do caso**

---

<sup>111</sup> O recurso extraordinário é um instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial, prolatada em última ou única instância do Judiciário (CF, art. 102, III, “a” a “d”)

<sup>112</sup> O “estado da arte”: a) da postura governamental. O Executivo, com o presidente dizendo que não demarcar um milímetro de TI<sup>1</sup>; propõe o retorno do assimilacionismo (“o índio quer ser integrado à sociedade brasileira”); quer limitar o usufruto, com abertura à exploração mineral); em material ambiental, postura altamente controvertida, com repercussão internacional). Seguido do alto escalão: General Heleno era o chefe do comando da Amazônia por ocasião do julgamento da PET 3388, exerceu forte influência para o estabelecimento das condicionantes, medidas disciplinativas e restritivas do usufruto pelas comunidades indígenas indígena do RSS. B) o Legislativo – FPA - a bancada ruralista, transpartidária-, de amplo majoritarismo no Congresso Nacional. Logo, o JUD é uma última trincheira do cidadão.... c) mobilização social dos povos indígenas no Brasil: as associações – APIB (Articulação dos Povos Indígenas do Brasil; A 1ª Marcha de mulheres indígenas, com o lema: “Território: nosso corpo, nosso espírito”, realizada no dia 13/8/2019. “Os corações, as mãos e os pés das mulheres indígenas também guardam conhecimento e será nós, mulheres indígenas, com nossos corpos que vamos descolonizar essa sociedade brasileira que têm matado a nossa história e a nossa memória. [...] Esse governo tem nos assassinado com essa política genocida, mas nós mulheres indígenas iremos fazer resistência, porque defender o território é defender a educação” (ativista Célia Xakriabá).

Em 14 de dezembro de 2016, ingressa no STF o recurso ordinário - RE Nº 1.017.365/SC (sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski,) interposto em face de acórdão originário do TRF da 4ª Região<sup>113</sup> (TRF-4).

Em 10/5/2017, submete o então relator o exame de redistribuição da vertente feito à Presidência, face à eventual conexão com a ACO 1.100<sup>114</sup>, de relatoria do ministro Edson Fachin. Vislumbrando a existência de conexão entre as ações, determina Cármen Lúcia, Presidente do STF, em 15 de agosto de 2017, a redistribuição do feito ao relator da ACO 1.100, ministro Edson Fachin.

O ministro Edson Fachin, em 19 de dezembro de 2018, reconheceu a repercussão geral<sup>115</sup> do tema referente à definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do contido no artigo 231 da Constituição da República. Através do plenário<sup>116</sup> virtual<sup>117</sup>, iniciou-se em 1º de fevereiro de 2019, a análise de repercussão geral, pelo Plenário, ao que, em **21 de fevereiro 2019**, o Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão, reconhecendo, portanto, a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 11 de abril de 2019 ATA Nº 12/2019 - DJE nº 75, divulgado em 10 de abril de 2019).

Em sua decisão, o relator assevera que o tema “*a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988*”, ainda não foi definido pelo STF, em sede processo com “*eficácia vinculante*” (BRASIL, 2019, p. 5).

---

<sup>113</sup> Este acórdão confirmou a sentença de primeiro grau, que julgou procedente a ação de reintegração de posse, ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente –FATMA, em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação dos **índios Xokleng**, localizada em parte da **Reserva Biológica do Sassafrás**, Estado de Santa Catarina.

<sup>114</sup> Na ACO 1.100, discute-se a validade da Portaria nº. 1.128/2003 do MJ, que demarcou a reserva indígena de Ibirama-La Klanô. No caso do vertente RE, questiona-se a reintegração de posse promovida pela FATMA – Fundação Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente de área atrelada à reserva demarcada.

<sup>115</sup> A repercussão geral, inaugurada no ordenamento através da EC nº. 45/2004, consiste num requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros”). Tal instituto foi regulamentado pela Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, segundo a qual para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Haverá também repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º). A adoção desse novo instituto deverá ressaltar a feição objetiva do recurso extraordinário.

<sup>116</sup> O plenário virtual nada mais é senão o julgamento pelo sistema eletrônico (de ambiente eletrônico e informatizado), portanto, não presencial. O objetivo desta medida é otimizar a pauta e assegurar um julgamento mais célere, porquanto dispensa a realização de julgamento nas seções presenciais, ordinariamente, ocorrem somente em dois dias da semana, às quartas e quintas-feiras.

<sup>117</sup> Insta consignar que tanto o processamento, quanto o julgamento da repercussão geral dos recursos extraordinários são realizados inteiramente por meio eletrônico (Lei nº 11.419/2006)

Salienta que, do acórdão impugnado, a questão constitucional que se colocou foi: “a interpretação do alcance do art. 231 da Constituição Federal”, no tocante à sua “compatibilização com a previsão constitucional do direito de propriedade” (BRASIL, 2019, p. 7).

Conclui o ministro Fachin pela “necessidade de fixação interpretação constitucionalmente adequada ao estatuto da posse indígena de terras do Brasil, em todos os seus desdobramentos”. Aduz, ainda, que (BRASIL, 2019, p. 23-24): a) as decisões – originária e dos embargos declaratórios - do caso Raposa Serra do Sol – PET 3388 não incidem de forma automática às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional; b) é notória o prolongamento dos conflitos agrários envolvendo índios (se de posse de terra já demarcada ou pendente de demarcação) e não-índios (com titulação dominial ou ainda a pleitear).

Para o relator, em que pese o lastro normativo de proteção à posse indígena, essa questão ainda não se encontra solucionada ou “ao menos serenada”, o que justifica a atuação da Corte, no papel de guardião da Constituição<sup>118</sup>, reexaminar a complexidade da matéria. Vaticina que essa análise, além de perpassar questões de mera posse ou propriedade, deve ser sensível a “própria sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias (sic), línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira.” (BRASIL, 2019, p. 28). Em suas palavras:

**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. (BRASIL, 2019, p. 28)

---

<sup>118</sup> Marcelo Casseb Continentino problematiza a questão da “guarda da Constituição”, na perspectiva subjetiva. A quem compete, quem pode realizar este papel? Entre disputas a quem compete a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional, Casseb, rechaça a “luta de braço” entre os Poderes, sugerindo, em seu lugar, o exercício da jurisdição constitucional que instrumentalizasse o “diálogo interinstitucional”, através de uma relação dinâmica, circular e reflexiva. Para ele, “legitimidade da interpretação constitucional, em “última instância”, resolve-se curiosamente fora do texto da Constituição, resvalando para o contexto político das relações concretamente travadas entre os atores políticos de cada um dos três poderes”. E conclui: “Somente diante do caso concreto, das circunstâncias e das especificidades envolvidas, conseguiremos identificar qual é a interpretação constitucional que deve prevalecer na comunidade política.

Encerra o ministro o seu voto, conclamando a “ampla participação de todos os setores interessados no deslinde de demandas como a vertente, inclusive com a possibilidade de intervenção, pelo *amici curiae*<sup>119</sup> e realização de audiência pública”.

#### 4.3.2 Da questão constitucional afetada ao STF: *O que deve decidir?*

Qual questão foi reputada constitucional? Esta indagação é o *ponto de partida* para o desenvolvimento deste tópico. Portanto, o objetivo desta seção será expor questões e teorias que serão objeto, pelo STF, de investigação constitucional, à luz do que foi desenvolvido ao longo desse estudo.

Na repercussão geral reconhecida, a questão constitucional afetada ao STF é: “a interpretação do **alcance** do art. 231 da Constituição Federal”, no tocante à sua “compatibilização com a previsão constitucional do direito de propriedade”. E quais os parâmetros normativos serão (re)examinados, à luz da Constituição? O acórdão aponta quais são os temas que serão analisados: 1) acolhimento pelo texto da CF do fato indígena (teoria desenvolvida por Menezes Direito); 2) quais os pressupostos para a configuração do renitente esbulho; 3) como conjugar os interesses sociais, comunitários e ambientais em cotejo com o direito de propriedade; e 4) poderes possessórios índio *versus* dever demarcatório das terras indígenas.

Passa-se então a analisar esses elementos conceituais, à luz do que já se discutiu neste trabalho acerca destas temáticas, bem como com esteio em outros trabalhos acadêmicos sobre tais assuntos. Assim, sistematizando as questões constitucionais que estão em tratamento pelo STF no RE 1.017.365/SC, identifica-se que deverão ser enfrentados quatro eixos principais.

##### 4.3.2.1 Enfrentamento constitucional 01: Teoria do fato indígena e CF/88<sup>120</sup>

<sup>119</sup> Até à data de fechamento da dissertação, ingressaram com pedido de intervenção, seja na qualidade de terceiros (“*amici curiae*”) ou de listisconsorte: 1) Alexandre Tavares Bussolatti (26/2/2019); 2) Comunidade Indígena Xlkeng, Terra Indígena Kľaño, por intermédio de seus caciques Jonas Popô Ka-Mirêm, Gedevaldo Moncona, Deoclécio Tschucambang Priprá, Gleiton Leandro Benzi; Elias Caxias Popo, Pattê Juvei e Aginaldo Vomble Farias (24/4/2019); 3) Conselho Indigenista Missionário- CIMI (24/4/2019); 4) Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB (10/6/2019); 5) Conselho Nacional de Direitos Humanos – CNDH; 6) FIAN Brasil (2/8/2019); 7) Instituto Socioambiental – ISA (9/8/2019).

<sup>120</sup> Brunna Grasiella Matias Silveira, em dissertação, esboça as teorias fundamentadoras do direito à terra indígena. Com proficiência, percorre o Indigenato, o Fato Indígena, e a Territorialização, ao final, rechaça a segunda, e acolhe a primeira e a terceira, em complementariedade, como o fundamento constitucional dos direitos originários.

É uma construção jurídica jurisprudencial, invocada na PET 3388, pelo ministro Menezes Direito, em substituição ao indigenato (p. 381 do acórdão). Ao acolher a tese do marco temporal de ocupação, assevera ser necessária, para os fins de demarcação de TIs, a averiguação do fato indígena em 5 de outubro de 1988. Com isso, explica, a par de se prestigiar a segurança jurídica<sup>121</sup>, afastam-se as dificuldades prática de uma investigação imemorial da ocupação indígena. Fato indígena cuja verificação deve se basear no método científico, de cunho antropológico. É um fato que deve ser observado e comprovado, cientificamente. E o que deve ser comprovado? A presença – “constante e persistente” - dos índios nas terras disputadas em 05 de outubro de 1988.

Mesmo reconhecendo o ministro que o histórico normativo de proteção da posse, ressalva que ser afigura desnecessário realizar-se uma conformação jurídica a estes marcos normativos. Logo, qualquer averiguação antes de 1988 é despicienda, pouco importando a situação fática jurídica anterior (posses, ocupações, etc.): “o fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta” (p. 384 do acórdão).

Ocorre que a proposta de suplantiar a discussão da imemorialidade pode olvidar a análise de situações juridicamente relevantes. Discorda-se do ministro, no sentido de que se deve “deixar para trás” todo o arcabouço normativo de proteção à posse indígena, máxime quando muitas vezes as retiradas dos índios de suas terras eram praticadas contra sua vontade, com violenta expulsão, até mesmo com matança. Não se deslembre as atrocidades denunciadas no período da ditadura (com 25 anos de duração), reveladas contra os povos indígenas do Brasil, a partir do contido no Relatório Figueiredo<sup>122</sup>, e Relatório da Comissão Nacional da Verdade<sup>123</sup>. Descortinar essa “página infeliz da nossa História”, faz brotar, além de um novo olhar sobre a questão indígena (povos injustiçados e invisibilizados ao longo dos séculos), uma nova postura

---

<sup>121</sup> Em sentido oposto do exposto pelo relator Ayres Britto: “Regras que se voltam para a proteção de uma posse indígena pretérita, visto que a Constituição mesma é que desqualifica a alegação de direito adquirido e em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios com intransponível (sic) óbice à **tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios**” (BRASIL, 2019, p. 321)

<sup>122</sup> O denominado Relatório Figueiredo é de autoria do procurador Jader Figueiredo, tendo sido esse documento encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic e veio a público em abril de 2013, em reportagem de Felipe Canedo, do jornal *Estado de São Paulo*, intitulada “A história que o Brasil escondeu”. Relatório disponível em: <<http://www.direitosocioambiental.com.br/relatorio-figueiredo/>>.

<sup>123</sup> A Comissão Nacional da Verdade (CNV), criada pela Lei n. 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, entregou em dezembro de 2014 seu relatório final à sociedade, identificando as violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado no período de 1946 a 1988. No volume II do relatório, foram incluídos os povos indígenas nas discussões oficiais da justiça de transição, ao se constatarem as diversas violações sofridas por muitas etnias nesse período: esbulhos, extermínio, mortes causadas por grandes obras, contágio por doenças infectocontagiosas, prisões, torturas e maus-tratos. Pelo menos 8.350 indígenas foram mortos no período. (BRASIL, 2014c, p. 204-205). BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Volume I. Parte IV. Capítulo 14. Item C. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo14/Capitulo%2014.pdf>>.

do Judiciário, doravante, mais responsável, sobretudo a de não negação da realidade que circunda a dramática condição indígena.

Assim, entende-se que uma interpretação adequada constitucionalmente, para o fato indígena é aquela trazida pelo ministro Luís Roberto Barroso, em *obiter dictum*, nas ACOs 362 e 366, nos seguintes termos:

[...] possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. (p. 3006-07 do acórdão da ACO 362).

Trilhou-se, no capítulo segundo deste trabalho, o mesmo caminho do depreendido por Barroso no tema. Decerto, *o não estar presente nas terras em 5 de outubro de 1988, não ter os índios a posse da terra reivindicada é circunstância que impõe investigação, juridicamente relevante.*

#### 4.3.2.2 Enfrentamento constitucional 02: Da caracterização do esbulho possessório em terras indígenas

Neste tema, mister fazer um apanhado da questão desde a PET 3388. Nesta ação, como se abordou no capítulo primeiro deste trabalho, forjou-se o que se denominou por renitente esbulho. O relator naquela ação, olvidando definir, apresentou as características do que se compreendia de tal teoria. Defendeu-se no capítulo 1 que, a par de uma dimensão específica às condições e complexidades daquele caso concreto, a única ilação possível para aplicação desta tese em ações subsequentes, era no sentido de que: a) verificada a presença indígena em 05 de outubro de 1988, não se há falar de esbulho em detrimento dos povos indígenas; b) todavia, não estando fisicamente no espaço geográfico, na data da promulgação da CF/88, *há (hã) de se investigar a(s) razão(ões) da não presença indígena nas terras que reivindicam como suas* (observe-se a aproximação com a teoria do fato indígena).

Em que pese o decidido na PET 3388 e do que foi explicitado no capítulo introdutório, certo é que, em 2014, na ARE nº 803.462, o STF (2ª Turma, relatoria de Teori Zawascki), numa decisão altamente polêmica, ampliou a interpretação (para desproteger direitos indígenas, diga-se) acerca do renitente esbulho para assinalar que este:

não pode 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. (p. 14-15 do voto)

Todavia, em 2017, na AC0 362, novamente o ministro Barroso, em *obiter dictum*, rebate o sentido e alcance do que restou delineado na ARE 803.462, para consignar que:

Nessa mesma matéria, tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições.

Entendeu-se, quando se problematizou no tema no segundo capítulo, que a interpretação dada por Barroso se mostra mais alinhada com o que se assentou na PET 3388<sup>124</sup> (e que foi desenvolvido no capítulo 2 deste estudo). Defende-se que os desdobramentos da tese do marco temporal e do renitente esbulho, formulado por Barroso, compatibilizam-se com o sistema constitucional. Aliás, neste sentido, também trilharam a maioria dos ministros, por ocasião do julgamento da ADI 3239 (decisão que foi objeto de estudo neste capítulo, em tópico antecedente). Destaca-se desse julgamento o voto do ministro Fachin (então relator da vertente RE):

[...] não parece coerente com uma hermenêutica que vá ao encontro dos objetivos da Constituição interpretar-se o conteúdo do artigo 68 do ADCT de modo a compreender que apenas aquelas comunidades que consigam comprovar a efetiva ocupação das terras utilizadas para sua sobrevivência, na exata data de 05 de outubro de 1988, estão contidas na proteção da norma, levando-se em consideração o tempo verbal utilizado e a topologia da norma dentro do texto constitucional. Não se trata de assegurar fraudes ou de possibilitar a titulação de comunidades que não estejam vinculadas a esse passado de resistência e a um modo de vida característico e tradicional. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a esse grupo étnico significa, com todo o respeito aos posicionamentos em sentido contrário, fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania. (BRASIL, 2019, p. 3657)

Como dito alhures, a Constituição Federal de 1988 rompe com todo esse paradigma que oprimia e anulava a condição de existência indígena, trazendo a plena cidadania ao índios, seja considerado em sua individualidade ou na coletividade de pertencimento, o Estado brasileiro tem o dever de fazer todo o “conserto” das distorções históricas de desproteção e, mais ainda, “corrigir” seu olhar, sua escuta para esse novo “índio constitucionalizado”, detentor de plena cidadania, e, por isso, deve ser levado com respeito e consideração por toda a comunidade não indígena. Neste contexto, é correto e adequado, constitucionalmente, dizer que

<sup>124</sup> Com efeito, ao consignar que “somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postularam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram”, alinha-se ao que o relator da PET 3388 assinalou sobre a “retração que deve ser contemporaneamente espontânea”.

tem direito à restituição das terras aqueles que nelas não estavam em 05 de outubro de 1988 e cuja reocupação só não ocorreu por causa de *esbulho possessório* por parte de não índio<sup>125</sup>.

#### 4.3.2.3 Enfrentamento constitucional 03: a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais vs. direito de propriedade

Como visto no terceiro capítulo, o plenário do STF julgou dois processos (ACO 362 e 366), em 2017, em que o Estado do Mato Grosso postulou indenização por desapropriação indireta, sob o fundamento de que existiriam dentro da reserva do Parque Indígena do Xingu, *terras devolutas* que lhes pertencem, sem o atendimento do devido procedimento de expropriação. Do voto vencedor (ou seja, o aclamado pela maioria), do ministro Marco Aurélio Melo, destaca-se o seu entendimento, no sentido de que, desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas (BRASIL, 2019, p. 2947). Daí, infere-se que são bens da União desde 1934.<sup>126</sup>

Importa repassar, para o exame deste tópico, o voto do ministro Edson Fachin neste julgamento. Ao replicar o entendimento já assentado pelo STF de que “a posse indígena não se iguala à posse civil”, afirma ser um uso especial e peculiar do direito ao uso da terra, porque tal uso da terra permeia a própria formação identitária da comunidade indígena. E, neste sentido, cabe defender ser a posse da terra para um índio um direito da personalidade, e não um direito patrimonial<sup>127</sup> (BRASIL, 2019, p. 3001-02).

Na mesma senda argumentativa seguiu o ministro Fachin, na ADI 3239, quando assinalou que, para a tutela constitucional adequada, mister a apreensão da realidade totalizante

---

<sup>125</sup> Ainda desse julgamento, segue o voto de Barroso sobre o tema: “Mas um conceito importante é o de esbulho renitente. O nosso querido e saudoso Ministro Teori Zavascki, num caso superveniente, ao interpretar o que significava esbulho renitente, exemplificou a ideia de esbulho renitente, mas de preservação de vinculação com a área, a existência, por exemplo, de ações possessórias, ou pelo menos de conflitos possessórios. Acho que esse é um ótimo critério, porém não acho que deva ser um único critério, porque muitas vezes recorrer ao Poder Judiciário, ou mesmo a conflitos físicos - a violência pode não ser da índole dessa comunidade. Parece óbvio e natural para nós que vivemos neste universo, mas é muito distante para pessoas que vivem em um universo distinto. De modo que eu penso, conforme o Ministro Teori, que a existência de resistência física ou a existência de ações possessórias claramente demonstram a subsistência do vínculo, mas não só essas circunstâncias. Portanto, é perfeitamente possível que, tendo havido o desapossamento forçado, injusto e tendo permanecido o vínculo, ao menos cultural com a área, entendo que essas comunidades preservam o direito de serem reconhecidas, de terem as suas áreas reconhecidas como Comunidades Quilombolas.” (p. 3663-64).

<sup>126</sup> Para Gilmar Mendes (1998), as terras de ocupação indígena não integram as terras devolutas estaduais bem antes da Constituição de 1934.

<sup>127</sup> Baseia-se em Edilson Vitorelli (2016, p. 189), para quem a posse indígena se vincula à “vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa”. É, neste sentido, que assevera ser posse territorial para o índio um direito da personalidade, e não um direito patrimonial.”

que circunda a peculiar e singular relação “com a terra e com a natureza, que é constitutiva da própria identidade dessas comunidades” (BRASIL, 2019, p. 3651).<sup>128</sup>

Desse contexto, depreende-se as razões pelas quais o ministro Fachin entendeu por divisar a necessidade do enfretamento da harmonização de interesses sociais, comunitários e ambientais, em cotejo com o direito<sup>129</sup> de propriedade<sup>130</sup>.

#### 4.3.2.4 Enfrentamento constitucional 04: A configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação

Em primeiro lugar, destaca-se a locução nominal eleita pelo ministro Edson Fachin que ao invés de consignar *direitos* possessórios, divisou *poderes* possessórios. O que se pode inferir dessa preferência vocabular? Considerando que as escolhas de palavras, a forma de articular argumentos, pontos de vistas e ideias implicam a produção de perspectivas, certo é dizer que a atividade interpretativa é também uma atividade de *performance* (de criação), forjam-se realidades, ou seja, transformam aquilo que interpreta.<sup>131</sup>

Neste sentido, Pierre Legrand (2018, p. 65) aduz que toda linguagem está “embutida” em uma cultura, portanto decisões judiciais são “fabricadas” por pessoas institucionalizadas “*no*” Direito, isto é, o discurso jurídico se sintoniza com o “discurso cultural ambiente”, para

<sup>128</sup> Assim, possuir, ocupar e usar a terra não é um dado aleatório da vida de um índio, mas um dado inerente à cosmologia de uma determinada etnia. A terra, portanto, é o meio básico de produção e o sustentáculo da identidade étnica (PACHECO DE OLIVEIRA, 1998, p. 17).

<sup>129</sup> Compreende-se este entendimento de Fachin, na perspectiva de uma atuação democrática, aquilo que Boaventura de Sousa Santos defende como “constitucionalismo plurinacional”. De um lado, a sociedade civil, sem ser descartada, é recontextualizada, a partir do reconhecimento da existência de comunidades, povos, nações e nacionalidades. De outro lado, o território nacional assume um marco geoespacial de unidade e integridade que organiza as relações entre diferentes territórios geopolíticos e geoculturais, segundo os princípios constitucionais da unidade na diversidade e de integridade com reconhecimento de autonomias assimétricas (p. 93). Ainda, dele, a configuração da “democracia intercultural”, como o reconhecimento de direitos coletivos dos povos como condição de efetivo exercício de direitos individuais. Na questão da terra: a cidadania cultural como condição para a cidadania ativa (p. 98). *Refundación del Estado en América Latina ... epistemologia do Sul*

<sup>130</sup> Neste diapasão, a lição de José Afonso da Silva: Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu *habitat*. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado. Parecer disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentose-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentose-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf)... No mesmo sentido, Gersem dos Santos Luciano: Território “(...) é o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva.” (LUCIANO, 2006, p. 101). Por esse motivo, alerta Gersem Luciano (2006) que “A territorialidade indígena não tem nada a ver com soberania política, jurídica e militar sobre um espaço territorial, como existe em um Estado soberano. Tem a ver com um espaço sacionatural necessário para se viver individual e coletivamente” (LUCIANO, 2006, p.103).

<sup>131</sup> Neste sentido, “A linguagem só pode adquirir sentido a partir dos fatos sociais, das expectativas e das formas em que está presente, um fato sintetizado no tosco mas conhecido *slogan*, segundo o qual a chave do significado está no uso” (DWORKIN, 2010, p. 57).

ele, a hermenêutica sempre ressalta, evidencia a natureza “*situada*” do intérprete (LEGRAND, 2018, p. 41). É nessa perspectiva que desenvolve o que chama de “intertextualidade”, que define com a existência de ligações entre os diversos discursos (inclusive, dentro do mesmo texto) que, inexoravelmente, envolvem outros conhecimentos. Para ele, cultura conota a ideia de uma “coesão” ou de “cimento” comunitário. Adverte, ainda, este autor que cultura nenhuma é estática, especialmente em razão de influência de ideias vindas de outros lugares. Daí, falar que a cultura está em constante mutação, afastando a vinculação a ideias de “progresso ou evolução”, porque nem toda mudança implicará necessariamente progresso ou evolução (LEGRAND, 2018, p. 69-70).

Voltando à palavra eleita: temos *poder* possessório. Segundo Alexandre Araújo Costa (2013) poder envolve autoridade, que autoriza o sujeito a impor sua vontade (amparada normativamente) em face de terceiros. Logo, não há autoridade sem norma. Sintetiza a ideia na expressão: “o exercício do poder é o exercício de uma autoridade constituída normativamente”.

No caso sob exame, que *poder possessório* seria esse, a que eventualmente se referira Fachin? O poder de ter a posse garantida e, em razão do qual, poder-se exigir a sua observância (ou o cumprimento, por intermédio, por exemplo da jurisdição) por parte de terceiros. Sendo esse *terceiro* o Estado brasileiro, caso o espaço geográfico ainda não se encontre demarcado, gera um dever/obrigação de demarcar a terra indígena. Caso já esteja demarcada, implica o dever proteção e garantia em caso de turbação ou esbulho dessa posse e dos bens que lá se encontrem (art. 231 da CF/88).

Se se tratar de reivindicar as terras em face de terceiros não-indígenas, pode-se buscar, inclusive por intermédio da Jurisdição, a devida proteção da manutenção ou restituição de sua posse, independentemente de a terra se encontrar demarcada ou não (já que a demarcação é de cunho declaratório, e não constitutivo do direito).

Do que ora foi dito, observa-se que, esse entendimento guarda compatibilidade com o que decidido, recentemente, na ADI 3239, em relação ao reconhecimento do direito dos remanescentes de quilombos às terras que ocupam<sup>132</sup>. Nada obsta que, como se trata de povos

---

<sup>132</sup>Veja-se o excerto ementado: “4. O art. 68 do ADCT assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos de ver reconhecida pelo Estado a propriedade sobre as terras que histórica e tradicionalmente ocupam – direito fundamental de grupo étnico-racial minoritário dotado de eficácia plena e aplicação imediata. Nele definidos o titular (remanescentes das comunidades dos quilombos), o objeto (terras por eles ocupadas), o conteúdo (direito de propriedade), a condição (ocupação tradicional), o sujeito passivo (Estado) e a obrigação específica (emissão de títulos), mostra-se apto o art. 68 do ADCT a produzir todos os seus efeitos, independentemente de integração legislativa.”

igualmente tradicionais, segmentos minoritários-étnicos, estendam-se as mesmas premissas lá traçadas ao exame de casos similares de indígenas<sup>133</sup>.

A título de conclusão deste tópico, tecem-se as algumas considerações. Daquilo que foi divisado acerca do eixo temático da questão constitucional afetada ao STF, traçou-se a evolução interpretativa temporal, a partir da PET 3388, que se diga, para o caso concreto, foi positiva aos povos indígenas porque manteve a demarcação contínuas das terras do complexo Raposa Serra do Sol.

Algumas decisões subsequentes - fala-se das decisões da RMS 29.087, RMS 29.542 e ARE 803.462 - foram desastrosas, pois, ao imprimirem uma interpretação bastante restritiva, fizeram retroceder a proteção aos direitos territoriais indígenas. O julgamento das ACOs 362 e 366 já indicava uma postura de mudança, no sentido de retomar o avanço da proteção desses direitos.

Por sua vez, o julgamento da ADI 3239 representa um marco evolutivo importante, pois trouxe perspectivas, argumentos e teses consentâneas com a CF-88; e, embora tenha tratado de direitos territoriais dos remanescentes de comunidades quilombolas, muitas das premissas lá desenhadas servirão de parâmetro argumentativo para as demarcações indígenas. Desta forma, espera-se que esse novo julgamento – do RE 1.017.365 - represente um avanço significativo na proteção dos direitos territoriais indígenas.

#### 4.3.3 Da questão constitucional afetada: *Como e o que deve decidir?*

Após o levantamento das questões já tratadas neste trabalho, importante que se destaquem os direitos territoriais indígenas sob a ótica dos direitos originários. Isso porque

---

<sup>133</sup> **Destaca-se o voto do ministro Fachin:** “É um direito fundamental que, embora não inscrito no rol contido no Título II do texto constitucional (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), também carrega consigo a nota de fundamentalidade, por assegurar a uma minoria étnica o direito de propriedade e, por meio deste, o resgate do exercício dos demais direitos de cidadania, inclusive a garantia do respeito à sua identidade comunitária, embasado em considerações sociais, históricas e culturais (BRASIL, 2019, p. 3636); [...] a questão encerra complexidade naquilo que se pretende como fixação definitiva de sentido ao dispositivo constitucional, é certo também que as complexidades inerentes à interpretação e aplicação das disposições constitucionais não se esgotam em critérios meramente normativos, mas se inserem num plano hermenêutico a reclamar atuação dos mais diversos intérpretes, sem que se possa atribuir exclusividade dessa tarefa ao Legislador, nem mesmo imprescindibilidade de sua atuação. (BRASIL, 2019, p. 3640); [...] Uma visão constitucionalmente apreensiva da totalidade do fenômeno ora em análise precisa considerar que a tutela constitucional equaciona-se à proteção de um modo de vida distinto daquele da sociedade envolvente, uma relação distinta com a terra e com a natureza, que é constitutiva da própria identidade dessas comunidades. (BRASIL, 2019, p. 3651). O elemento definidor, portanto, é a relação tradicional da comunidade negra com a terra, nesse intercâmbio entre terra, identidade e preservação da cultura. A ideia de resistência, de uma comunidade que, ao longo dos anos, apesar da invisibilidade e das dificuldades em relação ao meio, sobrevive e mantém suas tradições, é inseparável da atribuição da condição de quilombola e, nesse sentido, a atribuição externa de requisitos para a configuração da proteção constitucional mostra-se nefasta e em desacordo com os propósitos da norma protetiva [...] (BRASIL, 2019, p. 3652).

desde a PET 3388, que foi decisão emblemática e paradigmática para ações futuras, a questão dos direitos territoriais indígenas vem sendo focada no marco temporal, no renitente esbulho e nas respectivas condicionantes. Essas teses foram construídas sem debates junto às partes interessadas na PET 3388, mas foram capazes de permear todas as decisões subsequentes em que o STF teve que retornar a esse assunto.

Assim, quando o STF reconhece a repercussão geral do RE, o Ministro Edson Fachin delimitou o que se buscava resolver, ou seja, qual interpretação que se pode dar ao art. 231 da CF de modo a compatibilizá-lo com o direito de propriedade. Nesse sentido, analisando a “filtragem” do Ministro, a questão perpassa outros temas, como bens da união, demarcação de terras indígenas, direitos de propriedade, função social da propriedade e direitos originários. Desses elementos que terão que ser eventualmente discutidos no RE em questão, o que teve menor tratamento até então em termos de discussões e ressignificações nas decisões do STF, entre 2009 e 2019, foi o instituto dos direitos originários, embora possa ser visto como o mais importante sob o aspecto de fundamentar o direito territorial indígena. Assim, enquanto as discussões em 2019 reproduzem aquilo que em 2009 fez sentido aos ministros do STF (marco temporal, renitente esbulho e condicionantes), mesmo não sendo institutos relatados no texto constitucional, o enfrentamento da singular posse indígena como *direito originário* tem recebido pouca atenção nos debates (entre 2009 e 2019) no STF, mesmo estando expressamente contido na CF/88.

Ocorre que como se está buscando uma atuação do Judiciário com legitimação democrática, espera-se que outros atores sociais possam fazer parte da construção do sentido e do conteúdo normativo relativo aos direitos originários, ou seja, além das teses construídas por juristas, é imprescindível que se oportunize no curso do processo a participação desses atores – os índios e as comunidades indígenas -, seja com parte, *amicus curiae*, com audiências públicas, enfim, que os demais intérpretes da Constituição, possam falar no processo e informar sobre o que para eles consiste os direitos originários. Assim, o maior desafio do Poder Judiciário é oportunizar que os índios digam o que são direitos originários para o seu povo, e então, ao perpassar a questão de cidadania (o direito a ter direitos<sup>134</sup>), avançando ainda a um direito de

---

<sup>134</sup> Aqui, destacar a participação indígena no movimento da Constituinte em 87-88, que resultou na normatização de seus direitos em capítulo próprio da Constituição. Os índios no discurso de Ulysses Guimarães ao apresentar ao povo brasileiro a Constituição Cidadã (qual o recado?). os índios mobilizados: os movimentos sociais – APIB, ..... os índios em Brasília, ocupando espaço da “cúpula” dos Poderes (onde se encontram a sede do STF, do CN e da Presidência da República): os acampamentos terra livre; as marchas; a 1ª Marcha das Mulheres... as narrativas ...

saber que tem o direito e de poder lutar por ele, ou ainda, exigir que outro (Poder Judiciário) lhes garanta esses direitos.

É importante que nesse RE sejam considerados argumentos introduzidos no processo por essa via dialógica. A perspectiva parece ser otimista nesse ponto, considerando que nesse RE já há sete pedidos de habilitação de *amicus curiae*, dos quais cinco são de representatividades indígenas, no sentido de conferir interpretação que se aproxime de seus interesses.

Ademais, deve-se no exercício da jurisdição constitucional, tratando de minoria, efetivar o diálogo com as outras Cortes, não enfrentados nas outras decisões que tratou do tema de direitos territoriais indígenas. Na ADI 3239, tratou-se da matéria com certo diálogo com as decisões da CorteIDH, o que deve ser repetido também no RE 1.017.365/SC, por trazer similitude com a matéria da citada ADI, tendo em vista que ambas se referem a povos tradicionais, indígenas e quilombolas, respectivamente. Especificamente quanto às influências das decisões da CorteIDH, importante destacar a ampliação do conceito de propriedade utilizado, a fim de que o STF traga a perspectiva cultural, comunal, valorizando questões culturais e ancestrais que o índio mantém com a terra.

A análise dos argumentos para decisão judicial não pode observar apenas questões produtivas ou econômicas das terras, mas em coerência com o contexto social que importa aquele pedido de “dizer o direito”. Desse modo, adotando-se adequadamente os conceitos de fato indígena, renitente esbulho e a complementariedade entre o direito possessório indígena a terra e o dever Estatal de demarcação, o STF terá mais condições de proferir decisão que supere a construção do marco temporal e que possa vislumbrar a realização dos direitos originários.

E por que de falar de direitos originários? Desde 2009, nas discussões no âmbito do STF em torno de direitos territoriais indígenas, tem-se falado de marco temporal, renitente esbulho e condicionantes. Ocorre que nenhum desses temas está tratado no texto constitucional e são construções jurídicas forjadas para disciplinar o processo de demarcação de terras indígena. Contudo, o cerne da formação dos direitos indígenas (inclusive, direito às terras) está nos direitos originários. No RE 1.017.365/SC, o STF ainda não se falou dos direitos originários. Para melhor tratar do tema, indispensável a presença dos detentores desses direitos, que lhes são inerentes. Nesse passo, podem os índios exercer seus direitos e mais especificamente ter direitos a explicar e reivindicar seus direitos, em uma construção plena de cidadania: *Nesse aspecto, questiona-se se essa não seria a “chave” para melhor compreender os direitos originários?*

#### 4.4 Índios constitucionalizados: qual o atual cenário?

Este trabalho, como dito alhures, tem por tema central *índios no discurso judicial*. Recortando o tema: os direitos territoriais indígenas e o STF.

O ponto de partida foi a análise da PET 3388-RR. A decisão deliberada pelo STF, em si considerada, foi até favorável aos interesses indígenas, na medida em que confirmou a demarcação contínua de todo o complexo geográfico Raposa Serra do Sol. Mas essa decisão tinha sérios problemas: votos com posições diametralmente conflitantes, argumentações dentro do mesmo voto com insuperáveis contradições; adesão majoritária ao voto vencedor (logo, condutor do julgamento), do relator, voto longuíssimo, com acréscimos de premissas trazidas em outro voto, do ministro Menezes Direito. Alguns ministros que aderiram ao voto condutor, trouxeram fundamentos diversos.

Os debates plenários revelaram, em alguns pontos, dúvidas relevantes no lugar da clareza do argumento e da deliberação. Como diz Conrado Hubner Mendes (2010) a “nossa jurisprudência constitucional, contudo, é quase obscurantista, refém das idiosincrasias enciclopédicas de cada um dos ministros do STF.” Todavia, o maior problema, dentre tantos outros, era o déficit democrático: decisão construída à revelia das partes e terceiros intervenientes na causa.

De se esperar, vieram os Embargos Declaratórios, julgados mais de quatro anos depois do julgamento originário, metade do quadro de ministros da Corte renovada.

Vieram outras ações judiciais, ora retrocedendo, ora protegendo, mas o déficit democrático persistia. Discursava-se sobre índios, sem a participação destes. Para alguns ministros, a representação pela FUNAI afastava o argumento da violação ao contraditório e à ampla defesa. Algumas decisões fogem a qualquer racionalidade, razoabilidade e justiça (a exemplo da ARE 803.462). Entretanto, novas visões mais consentâneas com o sistema constitucional são lançadas, plasmadas nos julgamentos das ACO 362 e 366 (em *obiter dictum*) e na ADI 3239. Chegamos a RE 1.107.365, com a expectativa de que os déficits democráticos sejam superados, ou minimizados ao que for possível.

Ao que tudo indica, o STF se voltará a centralidade do art. 231 da CF/88, sem olvidar os demais preceitos constitucionais. Mas qual centralidade nos referimos? Do que está contido no caput do art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]”. Como diz Julio José Araujo Junior (In ALCANTARA; TINÔCO; MAIA; 2018, p. 116):

ao reconhecer-se aos povos indígenas o direito às suas terras, costumes e modos de vida, a Constituição os protege de qualquer tentativa de anular, em nome de uma suposta unidade nacional, o direito desses povos de viverem como bem entenderem. **A autonomia é a pedra de toque do novo regime constitucional, em contraponto à perspectiva assimilacionista antes vigente.**

Autonomia que hoje veste a roupa da cidadania. Boaventura de Sousa Santos (2018, p. 250), refletindo a cidadania sob o ponto de vista dos excluídos sociais, afirma que o seu exercício, nos dias atuais, é extremamente valioso<sup>135</sup>. Ao que denominou de “revoltas da indignação”, que não tem cunho partidário, inclui as manifestações, revoltas e ocupações de outros sujeitos que se agruparam de forma espontânea para lutar por dignidade (SANTOS, 2018, p. 284). É sob esta perspectiva e neste cenário de luta, que analisaremos o exercício da cidadania dos índios brasileiros, nos dias atuais. Os índios: o que podem ser<sup>136</sup>?

Os índios de hoje, não são os do ano 1500 (chegada dos colonizadores), nem os de 1934 (índios pela primeira vez na Constituição), nem de 1988 (índios com direitos ampliados na Constituição<sup>137</sup>). O índio, hoje, é alguém, individual e coletivamente pertencido, que se autointerpreta, e, assim, interpreta o mundo<sup>138</sup> e quer lutar no mundo pelos seus direitos. É um ser devidamente situado, individual e coletivamente, no tempo e espaço. Não se admite mais, pós CF/88, a tentativa de **caricaturar, estigmatizar, estereotipar, “marionetar”<sup>139</sup>, ou, ainda, projetar, ou fazer regressar o índio ao longínquo 5 de outubro de 1988.** Ou, ainda, a triste “presença do índio na vitrine”, como nos adverte o professor João Pacheco de Oliveira<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> Para Boaventura de Sousa Santos (2018, p. 250), cidadania é um conceito concebido como um *laço* de pertença a um corpo político (grupo político). A ideia de laço abrange ligação e proteção. Assim, o cidadão é aquele que está ligado a um Estado e que é por ele protegido. Essa concepção, no sentir de Santos, é eurocêntrica e excludente, na medida em que cria excluídos, cria os excluídos sociais (p. 255). Desafia Boaventura a repensar a cidadania sob o ponto de vista de quem não a tem, assim, propõe as epistemologias do Sul como um conjunto de procedimentos epistemológicos e de validação do conhecimento voltados às práticas dos grupos sociais que sofrem, de forma sistemática, as injustiças do capitalismo, do patriarcado e do colonialismo. Afirma que a cidadania na medida em que está cada vez mais precária para quem a tem, está cada vez mais preciosa para quem não a tem (p. 255).

<sup>136</sup> Subtítulo pensado a partir da fala do prof. Babi Fonteles, por ocasião do evento “Seminário: Direitos Indígenas e Linguagens de Resistência”, realizado, no dia 9/8/2019, no anfiteatro da Faculdade de Direito da UFC. O professor Babi, ao falar dos povos indígenas do Ceará e seu contexto quanto à problemática ligada à educação e terras indígenas, nos remeteu à frase “Somos quem **podemos** ser” divisadas da canção do grupo Engenheiros do Hawaii (grifado em razão da ênfase ao verbo dado pelo professor Babi, na ocasião).

<sup>137</sup> Mais do que ampliar direitos, é preciso amplificar, engrandece-los, exaltar sua dignidade e merecimento. O índio tem um capítulo na Constituição de 1988, então deixa o índio contar sua história e tecer sua vida.

<sup>138</sup> Referência ao ciclo gadameriano, “**Em suma, esse constante projetar de novo é o que perfaz o movimento semântico de compreender e de interpretar**”. (GADAMER, 2002, p. 75)

<sup>139</sup> Neologismo para tentar conotar a ideia do índio tal qual uma marionete, tido como um “boneco” cujas expressões, gestos, posturas e condutas são guiadas por outras pessoas que, em regra, ocultam-se por detrás de um palco.

<sup>140</sup> Extraída do discurso de abertura do Programa de Mestrado Associado em Antropologia UFC/UNILAB, realizado no dia 24 de agosto de 2017. O contexto de sua fala estava a indicar o simbolismo da falta de alteridade. Seguem minhas anotações acerca do que apreendi com a fala do prof. João Pacheco de Oliveira: “O índio em exposição, num museu. Pessoas passam e olham as vitrines. Índios representados e, quando muito, são fitados por algum olhar. O olhar aprisiona uma ideia do índio objetificado (como diz no nosso jargão cearense: um índio *coisado*). Não há real e verdadeira interação, reciprocamente considerada. Há só um lado, o lado de quem olha,

A moldura de nação desenhada pela CF/88 - a partir do reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições - coloca o índio como protagonista de sua própria história, com o direito de tecer sua vida<sup>141</sup>.

Neste sentido, no contexto de cidadania preconizada por Boaventura, na luta por dignidade através dos “movimentos de indignação”, ressalto a importância da consciência de seus direitos e da ocupação dos espaços de luta e resistência.

Em primeiro lugar, destaca-se a importância da educação indígena para a tomada de consciência do direito a ter direitos<sup>142</sup> (saber que tem a cidadania plena), e, assim, construir e significar o que sejam seus direitos e, a partir disso, lutar pelos seus direitos (exercício da cidadania plena).

Nesta contextura, as etnogêneses<sup>143</sup>, voltadas a processos de subjetivação, de ressignificação do sentido da ocupação territorial, que não se baseia apenas na tradição e identidade genética, mas por laços outros. É preciso abrir caminho para a apreensão e reconhecimento de novos arranjos sociais, comunitários, cujos vínculos à ocupação territorial perpassam outros elementos, como os contextos de luta e resistência (FONTELES FILHO, 2015). Assim, a questão indígena pode representar um campo aberto, inacabado, de uma normatividade em eterna e constante (re)construção.

Destacam-se, ainda, as frequentes mobilizações por reivindicações de direitos, promovidas pelas associações<sup>144</sup> e pelos movimentos sociais, a exemplo do *Acampamento Terra Livre*, que passou a ser, desde 2003, realizado anualmente durante o mês de abril (“Abril Indígena”). Merece relevo a 1ª Marcha das Mulheres Indígenas, realizada entre 9 a 14 de agosto de 2019, com o tema: “Território: nosso corpo, nosso espírito.”. De atual importância, tem-se, ainda, as narrativas indígenas<sup>145</sup>, recontando a História.

---

que define e que julga. Ao fim, não há afetos, ninguém é afetado por ninguém.”. Posteriormente ao evento, localizei na internet um artigo, de autoria do prof. João Pacheco de Oliveira (2007), “O retrato de um menino Bororo: narrativas sobre o destino dos índios e o horizonte político dos museus, séculos XIX e XXI”.

<sup>141</sup> Neste texto, a autora, tomando como *pano de fundo* um projeto de lei de criminalização do infanticídio indígena, ao defender o “pluralismo histórico”, propõe um desafio ao Estado brasileiro, qual seja, o papel de um “Estado restituidor”, devolvedor do “foro étnico” e garantidor da “deliberação interna” da e na comunidade indígena. (SEGATO, 2014).

<sup>142</sup> Aqui, na perspectiva de Hannah Arendt, a cidadania como direito a ter direitos. Segundo a autora, todos os demais direitos derivam do “direito a ter direitos”.

<sup>143</sup> Ver “As etnogêneses: velhos atores e novos papéis no cenário cultural e político”, de Miguel Alberto Bartolomé (2006), a perspectiva dinâmica inerente aos grupos étnicos, constitutiva não só de um dado do presente, mas relativa a todo processo histórico da humanidade.

<sup>144</sup> “As associações e organizações indígenas surgiram, em várias regiões do Brasil, na década de 1980. Mas foi após a promulgação da nova Constituição Federal, em 1988, que elas se multiplicaram, devido a possibilidade dessas associações se constituírem como pessoas jurídicas.” (POVOS INDÍGENAS NO BRASIL, 2018).

<sup>145</sup> Revista Linguística (PPGL/UFRJ), intitulada “Línguas indígenas: a artes da palavra” (n. 15, v. 1, 2019) E-book que cataloga narrativas orais de indígenas (Projeto Pantan Pia), lançado em 2019. O Projeto “Histórias da Tradição”; o Livro “Mulheres Indígenas da Tradição”, que conta a história de de 11 povos indígenas de

Revela-se, do acima exposto, a expressão da cidadania, viva, pujante, inaugurada desde pela CF/88, do direito de ser índio e de continuar sendo, de reivindicar-se como tal, e de lutar pelos seus direitos. Em 1987, o líder indígena Ailton Krenak discursava perante a Assembleia Constituinte, sua fala, seus gestos e atitudes, sintetizavam o movimento indígena da época. A Constituição Federal de 1988 contemplou, pela primeira vez na história constitucional, um capítulo aos povos indígenas. Passados 30 anos, a mesma liderança indígena diz acreditar no poder da Constituição para manter a demarcação das terras indígenas<sup>146</sup> (CISCATI, 2018).

Dessarte, o Judiciário, bem como todos os demais partícipes do processo judicial *devem levar a sério* os direitos territoriais indígenas<sup>147</sup>, em especial a contrapartida do dever estatal demarcatório, abarcando toda a realidade multifacetada subjacente, sobretudo quanto ao largo histórico colonialista, paternalista e capitalista que moldou a sociedade brasileira durante séculos (SANTOS, 2018). De cidadania plena, os índios chegaram aos 30 anos, após 488 anos de negação, subjugação e não reconhecimento pleno de sua dignidade existencial.

Aos juízes é preciso muito mais do que a mera inquietação, senão uma certa dose de ousadia para enfrentar as complexidades dos conflitos sociais que lhes chegam em forma de processo judicial, em especial os que envolvem direitos *constitucionalizados* de grupos minoritários étnicos. O só fato desses direitos estarem consagrados no texto constitucional é muita coisa.

---

Pernambuco. O O projeto “**Os Brasis e suas memórias: os indígenas na formação nacional**”: <https://osbrasisesuasmemorias.com.br/o-projeto/...> “O projeto “**Os Brasis e suas memórias: os indígenas na formação nacional**” propõe-se a produzir e divulgar dados e interpretações novas sobre um aspecto muito pouco estudado e conhecido na história de nosso país: a continuada e persistente presença da população autóctone não só no período colonial e no século XIX, mas no Brasil Republicano e atual. Com a iniciativa de reunir essas histórias múltiplas e reprimidas, reconstituídas por pesquisadoras e pesquisadores indígenas e não indígenas, gostaríamos de contribuir para viabilizar outra narrativa sobre o Brasil e para implodir os lugares comuns e estereótipos que nela foram atribuídos às populações indígenas, produzindo em seu lugar novas e mais ricas fontes de pesquisa e compreensão. É com esse intuito que estimulamos todas e todos a contribuírem com a construção de outra memória, alimentada pelo movimento de descolonização e conectada com os projetos políticos indígenas contemporâneos. Escolhemos neste projeto abordar a história por meio da construção de **biografias indígenas**. Ao escrever histórias de uma vida, difundimos histórias de outras vidas às quais aquela está entrelaçada, narramos a história de um povo, de um lugar. De fragmento em fragmento, explicitam-se os encadeamentos entre biografias e eventos, podendo brotar daí uma outra história dos indígenas e do próprio país. Uma narrativa que critique os preconceitos e a intolerância, difunda os valores, tradições e estratégias dos povos indígenas, e ajude a criar pontes para um novo Brasil.”

<sup>146</sup> Mais recentemente, em 21 de junho de 2018, em Fóruns Permanentes - 30 anos da Constituição e o capítulo “Dos Índios” na atual conjuntura... TV UNICAMP. Fóruns Permanentes - 30 anos da Constituição e o capítulo “Dos Índios” na atual conjuntura. São Paulo: Unicamp, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ARxNMge-pGs>. Acesso em: 22 ago. 2019.

<sup>147</sup> Sobre a necessidade de que a interpretação promova a inclusão e proteção das minorias, e, ainda, de comportar um conceito do texto constitucional e expressa uma escolha *política* realizada pelo constituinte originário. (DWORKIN, 2002).

Encerro este trabalho, com a advertência de Roberto Armando Ramos de Aguiar, em “O Imaginário dos Juristas”: “os juristas vivem paradoxo: seu cotidiano está marcado pelo contraditório, mas sua ideologia conservadora está sempre reafirmando a harmonia do mundo” (GODOY, 2019). *Harmonia* no mundo que não existe, logo, cuidado ao enveredar para essa ilusória senda, cautela o STF de pretender colocar uma “pá de cal” em questão social, histórica e constitucionalmente tão relevantes.

## 5 CONCLUSÃO

Com o advento do constitucionalismo democrático de 1988, o princípio da separação dos poderes foi ressignificado em face da vinculação do Estado quanto ao cumprimento dos direitos fundamentais na Constituição. Nesse sentido, a relação entre os Poderes sofreu mitigação de exclusividade na distribuição e concretização das tarefas estatais (legislação, execução e resolução de conflitos), sobretudo nas questões de políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais.

Houve, assim, uma expansão da atuação do Poder Judiciário no Estado constitucional democrático brasileiro, inclusive no controle judicial dos atos dos demais poderes, que se justifica, principalmente, em razão da sua vinculação ao cumprimento da Constituição, em especial quanto à concretização dos direitos fundamentais. Neste aspecto, sobressai o papel contramajoritário do órgão jurisdicional na efetivação de direitos fundamentais dos segmentos sociais minoritários, a exemplo da etnia indígena, pois, em sendo a *pedra de toque* do constitucionalismo democrático a promoção e efetivação dos direitos fundamentais catalogados na Constituição, em muitos casos, a possibilidade de efetivação de tais direitos somente ocorre por intermédio do Judiciário. Assim, é no exercício da face contramajoritária que o Judiciário se legitima democraticamente.

No caso Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR), relativo à demarcação de terras indígenas, entende-se que o STF, ao interpretar o art. 231 da CF/88 estabelecendo condicionantes e fixando o “marco temporal de ocupação” indígena, não atuou de forma democrática no exercício do seu papel contramajoritário da sociedade, haja vista haver restringido, pela via interpretativa, o alcance normativo para a concretização dos direitos fundamentais à terra deste segmento minoritário.

Desse modo, buscou-se esclarecer que o modo como o STF entendeu a conceituação de marco temporal, fixando a que tempo o espaço das comunidades tradicionais poderia ser garantida, embora, em um primeiro olhar, não tenha causado prejuízos aos direitos territoriais indígenas, todavia, nos moldes em que foi forjada, sobretudo na ementa, pode prejudicar a resolução de outros conflitos fundiários envolvendo índios e não-índios. Assim, ao discutir as questões que permeiam um julgamento como o da PET 3388/RR e entender que o somatório de votos dos membros da Corte Constitucional, enquanto processo deliberativo, e ainda verificar que esse entendimento pode ser extraído e trasladado para análise de outros casos, apontou-se falhas na legitimidade democrática na decisão do STF, notadamente ao interpretar o *sentido* e o *alcance* do art. 231 da Constituição Federal.

Ademais, atuando como colegiado, apurou-se que o STF realizando a interpretação constitucional com somatório de votos, resultando em um processo deliberativo que influencia outros casos não buscou deixar clara a necessidade de investigar as razões da não presença indígena na região em disputa em 1988, especialmente porque há uma histórica proteção constitucional de garantia da posse indígena desde 1934, contrastando com a dramática e crítica realidade, igualmente histórica, de violação desses direitos, sobretudo nas décadas de ditadura militar (aproximadamente, 25 anos), período anterior à promulgação da Constituição de 1988.

O conhecimento e o debate em torno das características do marco temporal, enquanto critério para definição dos direitos territoriais indígenas, são a base para entender quais os problemas advindos da adoção desse critério pelo STF. Desse modo, explorou-se como as decisões judiciais posteriores ao emblemático caso Raposa Serra do Sol - PET 3388 - foram construídas após a celebração desse julgamento, e ainda quais os desafios e as implicações de aplicar o marco temporal em processos futuros.

A partir do atual estágio de discussões, foi possível identificar que houve certa insegurança jurídica na aplicação do marco temporal nos processos de demarcação seguintes, tendo como provável causa a não vinculação da decisão na PET 3388/RR.

Destaca-se que, como a tese do marco temporal não resolvia as questões de demarcação de terras indígenas, especialmente nos casos em que a (des)ocupação ocorreu de forma heterogênea e diferente do caso pragmático da Raposa Serra do Sol – PET 3388 -, algumas decisões judiciais nesse tema tiveram uma conotação casuística, inclusive visando proteger interesses econômicos do agronegócio; ou ainda consequencialistas e pragmáticas, mediante violação de direitos fundamentais territoriais indígenas ou dos limites legais para a ação eleita, a exemplo de ações em mandado de segurança (que sabidamente não pode revolver prova), em contradição com a jurisprudência do STF que em questões de demarcação, entende não ser cabível mandado de segurança.

Contudo, procurou-se demonstrar ainda uma tendência de resignificação do marco temporal e renitente esbulho, formulados na PET. Outrossim, o próprio STF demonstrou uma maior abertura social nas questões envolvendo os direitos territoriais indígenas, especialmente com a utilização dos instrumentos de participação *amigo da corte* e de audiências públicas, possibilitando que as decisões pudessem refletir a ampliação do debate e a aceitação de outros pontos de vista. Importante a decisão da ADI 3239: depura-se o marco temporal, mitigando-o. Diferentemente da PET 3388, admite-se a ampliação do debate no processo RE 1.017.365/SC, com repercussão geral reconhecida, além da convocação ao *amici curiae*, a comunidade indígena afetada foi *incluída como parte*. Logo, *tempo e espaço* de Democracia no STF.

Por todo o exposto, conclui-se para que o STF profira decisões judiciais que se importem com legitimidade democrática, especialmente diante do exercício da jurisdição constitucional em caráter contramajoritário (minorias indígenas), deve adotar no RE 1.017.365/SC, em curso, a participação com influência dos diversos atores envolvidos (“comunidade de comunicação”), principalmente das partes diretamente afetadas pela decisão. Assim como, considere, no processo deliberativo decisório, as decisões do próprio STF que já evoluíram no tema (como a ADI 3239 dos povos tradicionais remanescentes de quilombos) e ainda das decisões da CIDH, dialogando com a semântica construídas nas decisões da Corte que trazem um conceito de propriedade coletiva indígena, que valoriza questões imateriais, culturais e ancestrais.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gustavo K.; TINÔCO, Livia N.; MAIA, Luciano M. **Índios, Direitos Originários e Territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; MENDONÇA, Eduardo. Consituição, direito e política: o STF e os Poderes da Política. Fundação Fernando Henrique Cardoso, 3 jan. 2013. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/iniciativas/debates/constituicao-direito-e-politica-o-stf-e-os-poderes-da-republica>. Acesso: 20 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. 3 jan. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo>. Acesso: 20 ago. 2019.

BARTOLOME, Miguel Alberto. As etnogêneses: velhos atores e novos papéis no cenário cultural e político. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 39-68, Apr. 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-93132006000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Constituição de 1988, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 44.585 MATO GROSSO**. Recorrente: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Recorrido: Diretor da Quinta Inspetorial Regional do Serviço de Proteção aos Índios. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, DF: 7 ago. 1961. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/sites/default/files/documents/KDD00011.pdf>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3388 de Roraima. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**. Embargante: Ministério Público Federal e outros. Embargado: União e outros. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF: 23 out. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição 3388 de Roraima. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL**. Embargante: Ministério Público Federal e outros. Embargado: União e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF: 23 out. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 14.473 RONDÔNIA. RECLAMAÇÃO. PARADIGMA. PROCESSO SUBJETIVO. TERCEIRO**. Agravante: Ministério Público Federal e outros. Agravado: União e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 7 fev. 2017. Disponível em:

[https://www.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D311244593%26tipoApp%3D.pdf&usg=AOvVaw1k\\_IJRv1sU68NnZ\\_V8cHzP](https://www.stf.jus.br%2Fportal%2Fprocesso%2FverProcessoPeca.asp%3Fid%3D311244593%26tipoApp%3D.pdf&usg=AOvVaw1k_IJRv1sU68NnZ_V8cHzP). Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462 MATO GROSSO DO SUL**. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1o, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. Agravante: Tales Oscar Castelo Branco. Agravado: União e outros. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF: 9 dez. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 29.087 DISTRITO FEDERAL**. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TERRA INDÍGENA DEMARCADA NA DÉCADA DE 1970. HOMOLOGAÇÃO POR DECRETO PRESIDENCIAL DE 1983: REVISÃO E AMPLIAÇÃO. PORTARIA N. 3.588/2009 DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. ALEGADOS VÍCIOS E IRREGULARIDADES NO PROCESSO DEMARCATÓRIO PRECEDENTE. DELIMITAÇÃO DE ÁREA INFERIOR À REINVIDICADA. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DE POSSE TRADICIONAL INDÍGENA (ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPOSSIBILIDADE. CASO RAPOSA SERRA DO SOL (PETIÇÃO N. 3.388/RR). FIXAÇÃO DE REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS IDÍGENAS NO BRASIL. DESATENDIMENTO DA SALVAGUARDA INSTITUCIONAL PROIBITIVA DE AMPLIAÇÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA ANTES OU DEPOIS DA PROMULGAÇÃO DE 1988. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. Requerente: Município de Fernando Falcão e outros. Requerido: União. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Brasília, DF: 30 nov. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218303>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 29.542 DISTRITO FEDERAL**. DEMARCAÇÃO REFERENCIAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. Requerente: Avelino Antonio Donatti. Requerido: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski. Brasília, DF: 16 nov. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DISTRITO FEDERAL**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO No 4.887/2003. PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO, RECONHECIMENTO, DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E TITULAÇÃO DAS TERRAS OCUPADAS POR REMANESCENTES DAS COMUNIDADES DOS QUILOMBOS. ATO NORMATIVO AUTÔNOMO. ART. 68 DO ADCT. DIREITO FUNDAMENTAL. EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA. INVASÃO DA ESFERA RESERVADA A LEI. ART. 84,

IV E VI, "A", DA CF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INOCORRÊNCIA. CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO. AUTOATRIBUIÇÃO. TERRAS OCUPADAS. DESAPROPRIAÇÃO. ART. 2º, *CAPUT* E §§ 1º, 2º E 3º, E ART. 13, *CAPUT* E § 2º, DO DECRETO Nº 4.887/2003. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Requerente: Democratas. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF: 8 fev. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339396721&ext=.pdf>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA**. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. Recorrente: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Reclamado: Fundação do Meio Ambiente. Relator: Ministro Edson Facchin. Brasília, DF: 21 fev. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339909193&ext=.pdf>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 362 MATO GROSSO**. INDENIZAÇÃO. ESTADO. TERRAS INDÍGENAS. Autor: Estado do Mato Grosso. Réu: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 16 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312868594&ext=.pdf>. Acesso: 20 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 366 MATO GROSSO**. INDENIZAÇÃO. ESTADO. TERRAS INDÍGENAS. Autor: Estado do Mato Grosso. Réu: União. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 16 ago. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313574725&ext=.pdf>. Acesso: 20 ago. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo. **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CHAVES, Augustino Lima. **Os olhos do coração**. Fortaleza: Edições UFC, 2016.

CISCATI, Rafael. **Líder indígena acredita no poder da constituição para manter proteção das terras demarcadas**. São Paulo: Época, 24 dez. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/lider-indigena-acredita-no-poder-da-constituicao-para-manter-protecao-terras-demarcadas-23326336>. Acesso em: 22 ago. 2019.

CORREIA, José Evandro Alencar. **Os novos desafios à teoria jurídica como regem na e configuração e no redimensionamento do direito internacional**. 2016. 270 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito e poder. **Arcos**, 2013. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/a-natureza-do-direito/5-direito-e-poder>. Acesso: 20 ago. 2019.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 10, nº 14, jan/dez de 2012.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DE OLIVEIRA, João Pacheco. (Org.) **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

DE OLIVEIRA, João Pacheco. O retrato de um menino Bororo: narrativas sobre o destino dos índios e o horizonte político dos museus, séculos XIX e XXI. **Tempo**, v. 12, n. 23, p. 73-99, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: objetividade, previsibilidade e determinação**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FONTELES FILHO, José Mendes. **Subjetivação e educação indígena**. Fortaleza: Edições UFC, 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin**. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Petrópolis: Vozes, 2002

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Roberto Aguiar, o jurista que desmitificou o imaginário dos juristas**. Consultor Jurídico, 4 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-04/embargos-culturais-roberto-aguiar-jurista-desmistificou-imaginario-juristas>. Acesso em: 22 ago. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Uma teoria da decisão judicial**: fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

JORGE NETO, Nagibe de Mello. **Abrindo a Caixa Preta**: por que a Justiça não funciona no Brasil?. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro*: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje. Brasília: LACED/Museu Nacional, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, v. 58, p. 183-202, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, v. 1, 2010.

MENDES, Gilmar. Terras ocupadas pelos índios. **Revista de Direito Público**. Repositório de jurisprudência autorizado pelo STF sob o n. 005/85, ano XXI, n. 86, abr.-jun. 1988

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo?. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, nº. 73, jan a abr./2013. Porto Alegre.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NÓBREGA, Luciana Nogueira; JOCA, Priscylla. Direito das minorias à luz do direito fundamental à igualdade. XVIII COGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, São Paulo. **Anais eletrônicos**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVIII+Congresso+Nacional+-+FMU->

S%C3%A3o+Paulo+(04%2C+05%2C+06+e+07+de+novembro+de+2009).pdf. Acesso em: 30 jun. 2017

OCAMPO, Eduardo Díaz; SANCHEZ, Alcides Antúnez. El pluralismo jurídico en América Latina: principales posiciones teórico-prácticas. Reconocimiento legislativo. **Revista dos Tribunais**, v. 990, 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Desafios éticos da globalização**. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 2008.

PEDRA, Anderson Sant’Ana. **A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade**: condições e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **ARACÊ–Direitos Humanos em Revista**, v. 4, n. 5, p. 242-262, 2017.

PEIXOTO, Ravi. A vedação à decisão surpresa e a crônica de uma morte anunciada. **Revista Brasileira de Direito Processual –RBDPro**, Belo Horizonte, a. 25, n. 99, p. 359-365. jul./set 2017.

PEIXOTO, Ravi. **Rumo à construção de um processo cooperativo**. RePro, a. 38, v. 219, mai. 2013.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. **Organizações indígenas**. 21 mar. 2018. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Organiza%C3%A7%C3%B5es\\_ind%C3%ADgenas](https://pib.socioambiental.org/pt/Organiza%C3%A7%C3%B5es_ind%C3%ADgenas). Acesso em: 22 ago. 2019.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica judicial. 4 ed. Campinas-SP: Millennium, 2008.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Na oficina do sociólogo artesão**: aulas 2011-2016. São Paulo: Cortez, 2018.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2014. Disponível em [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113546/mod\\_resource/content/1/19-85-1-PB.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113546/mod_resource/content/1/19-85-1-PB.pdf). Acesso em: 22 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SILVA, Jose Afonso da. **Parecer sobre a situação do direito indígena a terra**. 2016.

TAULI-CORPUZ, Victoria. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. Genebra: Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 8 de agosto de 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **RePro**, a. 34, n. 168, fev. 2009.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VITORELLI, Edílson. **Estatuto do Índio**: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.