

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

IGOR BARROS SANTOS

POVOS INDÍGENAS E TERRITÓRIOS ANCESTRAIS:
O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À TERRA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
STF DOS ANOS DE 2009 A 2023

BRASÍLIA

2024

IGOR BARROS SANTOS

**POVOS INDÍGENAS E TERRITÓRIOS ANCESTRAIS:
O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À TERRA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
STF DOS ANOS DE 2009 A 2023**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Prof^a Dr^a Roberta Amanajás Monteiro e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2024

IGOR BARROS SANTOS

**POVOS INDÍGENAS E TERRITÓRIOS ANCESTRAIS:
O CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À TERRA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
STF DOS ANOS DE 2009 A 2023**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Profª Drª Roberta Amanajás Monteiro e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

27 de junho de 2024

BANCA EXAMINADORA

Profª Drª Roberta Amanajás Monteiro
Orientadora

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Profª Drª Luciana Silva Garcia

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Profª Drª Isabella Cristina Lunelli

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Membro Externo

Prof. Dr. Felipe Sotto Maior Cruz

Universidade do Estado da Bahia
Membro Externo

Código de catalogação na publicação – CIP

S237p Santos, Igor Barros

Povos indígenas e territórios ancestrais: o conteúdo jurídico do direito à terra à luz da jurisprudência do STF dos anos de 2009 a 2023 / Igor Barros Santos. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

331 f. : il.

Tese — Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional, 2024.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Roberta Amanajás Monteiro

1. Povos indígenas - Brasil. 2. Direitos territoriais. 3. Territorialidade – aspectos jurídicos - Brasil. 4. Teoria da colonialidade. I. Título.

CDDir 342.12

*“Não é a marcha inelutável e impessoal da história que mata os índios: são as ações e omissões muito tangíveis, movidas por interesses e concretos”
(Cunha, 1987, p. 123)*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, razão de tudo, por ter chegado até aqui.

Aos meus pais, Humberto e Rosiane, por todo amor, apoio e exemplo.

Aos meus irmãos, Italo e Isis, por sempre lembrar do meu propósito e apoiar nos momentos difíceis.

A Lisa, minha amada, pela compreensão, paciência, carinho, incentivo constante e todo amor. Você foi fundamental.

A seu Gonzaga (*in memoriam*) e Dona Rilda (Vô e Vó), Tia Lú, Tio Luizinho e Tia Ana, por todo amor, pelas lições de vida e por incentivarem a sonhar alto.

A minha estimada orientadora, Professora Roberta, que me ajudou a trilhar toda essa longa jornada, por sempre lembrar da minha capacidade e por ser luz em momentos de trevas.

A Professora Isabela Lunelli, Professora Luciana Garcia e Professor Felipe Tuxá, pelos conselhos, advertências, correções e, principalmente, por todo zelo com minha pesquisa e interesse em auxiliar na construção de um trajeto investigativo coerente e claro.

A tia Ângela, pedra fundamental de toda a minha trajetória acadêmica.

A seu Jairo e Dona Fátima, amigos queridos que participaram e acompanharam meu início de carreira e envolvimento com os povos indígenas. Quem diria que de um sótão de uma padaria localizada entre a Av. Leopoldo Machado e a R. Pedro Lazarino sairia a inspiração para uma vida acadêmica dedicada às temáticas relacionadas aos povos originários.

A Zé e Hermes, que me acompanharam por todo este percurso, pelo otimismo, injeções de ânimo, risos e amizade sincera.

A Danila, Rafael, Andrea, Mariana, Renan, Álvaro, Bruno, João e Terence, amigos e referências profissionais, pelo coleguismo, parceria, lições de vida e por ladear-me nas trincheiras. Gratidão por poder contar com vocês.

A Advocacia-Geral da União, minha instituição, cujo fomento à pesquisa e ensino foi determinante para o início dessa jornada.

RESUMO

A tese trata dos direitos territoriais indígenas sob a perspectiva do que o Supremo Tribunal Federal tem decidido. O escrito é norteado pela pergunta que interpela qual o conteúdo jurídico da territorialidade indígena à luz do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal nos anos de 2009 a 2023 e se as ferramentas teóricas adotadas pela corte são suficientes para compreender a realidade dos povos originários diante das demandas que lhes são postas. Num primeiro momento da tese há o estudo da relação histórica do Estado brasileiro com os povos originários. Em seguida, são apresentadas, sem pretensão de esgotar o tema, as construções teóricas produzidas com o fim tratar da questão fundiária indígena. A metodologia eleita foi a análise de conteúdo com base em Laurence Bardin, que permitiu o estudo detido dos acórdãos da suprema corte. Nesse contexto trazemos a discussão dos dados a partir da teoria da Colonialidade de Anibal Quijano articulada com a perspectiva intercultural de análise dos direitos territoriais indígenas. O debate permitiu compreender, diante do que prevê a Constituição Federal, quais os contornos fixados pelo STF no que toca ao exercício desses direitos pelos povos indígenas. Ao fim, são apresentados elementos a partir das inferências extraídas das decisões articuladas com subcidadania dos povos originários, a noção de propriedade e mínimo existencial de modo a avaliar a postura do Supremo e propor um repensar quanto ao sentido e alcance da exegese da matéria.

Palavras-chave: Povos Indígenas; Direitos Territoriais; Supremo Tribunal Federal; colonialidade; interpretação.

ABSTRACT

This thesis deals with indigenous territorial rights from the perspective of what the Supreme Federal Court has decided. The paper is guided by the question of what the legal content of indigenous territoriality is in light of what the Supreme Federal Court has decided between 2009 and 2023 and whether the theoretical tools adopted by the court are sufficient to understand the reality of indigenous peoples in light of the demands placed on them. The thesis first studies the historical relationship between the Brazilian State and indigenous peoples. Then, without intending to exhaust the subject, the theoretical constructions produced to address the indigenous land issue are presented. The methodology chosen was content analysis based on Laurence Bardin, which allowed for a detailed study of the Supreme Court's decisions. In this context, we discuss the data based on Anibal Quijano's theory of Coloniality articulated with the intercultural perspective of analyzing indigenous territorial rights. The debate allowed us to understand, in light of the provisions of the Federal Constitution, the outlines established by the STF regarding the exercise of these rights by indigenous peoples. Finally, elements are presented based on the inferences drawn from the decisions articulated with the sub-citizenship of the native peoples, the notion of property and existential minimum in order to evaluate the position of the Supreme Court and propose a rethinking regarding the meaning and scope of the exegesis of the matter.

Keywords: Indigenous Peoples; Territorial Rights; Federal Supreme Court; coloniality; interpretation.

RESUMEN

La tesis aborda los derechos territoriales indígenas desde la perspectiva de lo decidido por el Supremo Tribunal Federal. El escrito se guía por la pregunta que indaga cuál es el contenido jurídico de la territorialidad indígena a la luz de lo decidido por el Supremo Tribunal Federal en los años 2009 a 2023 y si las herramientas teóricas adoptadas por el tribunal son suficientes para comprender la realidad de los derechos originales. pueblos frente a las exigencias que se les imponen. En la primera parte de la tesis se estudia la relación histórica entre el Estado brasileño y los pueblos originarios. A continuación, se presentan las construcciones teóricas producidas con el objetivo de abordar la cuestión de las tierras indígenas, sin pretender agotar el tema. La metodología elegida fue el análisis de contenido basado en Laurence Bardin, que permitió el estudio detallado de las sentencias de la corte suprema. En este contexto, discutimos los datos basados en la teoría de la Colonialidad de Aníbal Quijano articulados con la perspectiva intercultural del análisis de los derechos territoriales indígenas. El debate permitió comprender, a la luz de lo que establece la Constitución Federal, los contornos establecidos por el STF respecto del ejercicio de estos derechos por parte de los pueblos indígenas. Al final, se presentan elementos a partir de las inferencias extraídas de las decisiones articuladas con la subciudadanía de los pueblos originarios, la noción de propiedad y mínimo existencial para evaluar el posicionamiento de la Corte Suprema y proponer un replanteamiento sobre el significado y alcance de la exégesis del asunto.

Palabras clave: Pueblos Indígenas; Derechos Territoriales; Supremo Tribunal Federal; colonialidad; interpretación.

SUMÁRIO

1	<u>INTRODUÇÃO</u>	13
2	<u>PARA ENTENDER OS POVOS INDÍGENAS E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO BRASILEIRO</u>	Erro! Indicador não definido.
2.1	<u>E FORAM TODOS, POR ELES, CHAMADOS ÍNDIOS</u>	Erro! Indicador não definido.
2.2	<u>POVOS INDÍGENAS E O MOVER DA HISTÓRIA: DO EXTERMINACIONISMO À INTERAÇÃO COM O ESTADO BRASILEIRO</u>	Erro! Indicador não definido.
2.2.1	<u>A Superação do Evolucionismo Unilinear e o Multiculturalismo Para Além da Academia</u>	Erro! Indicador não definido.
2.2.2	<u>Da Colônia à República: Como o Poder Público se Relacionou e se Relaciona Com a Coletividade Indígena</u>	Erro! Indicador não definido.
2.2.3	<u>O Estado Brasileiro e os Povos Indígenas: Um panorama Institucional do que foi e do que é</u>	Erro! Indicador não definido.
2.3	<u>ENTRE O PLURALISMO E ESTEREÓTIPOS: QUEM SÃO, ENTÃO, OS POVOS INDÍGENAS</u>	Erro! Indicador não definido.
2.3.1	<u>O Ser “Índio”: Os indígenas definidos por eles mesmos e o que diz o ordenamento</u>	Erro! Indicador não definido.
2.3.2	<u>O Direito à Diferença e a Dignidade da Pessoa Humana: Um Exercício de Alteridade e Os Desafios Contemporâneos</u>	Erro! Indicador não definido.
2.3.3	<u>A coletividade em evidência: O protagonismo do movimento social indígena</u>	Erro! Indicador não definido.
3	<u>DIREITOS TERRITORIAIS DOS POVOS INDÍGENAS</u>	Erro! Indicador não definido.
3.1	<u>TERRITORIALIDADE E O CONTEXTO ANTERIOR À 1988</u>	Erro! Indicador não definido.
3.1.1	<u>A Terra Indígena no Brasil Colônia</u>	Erro! Indicador não definido.
3.1.2	<u>A Terra Indígena no Brasil Império</u>	Erro! Indicador não definido.
3.1.3	<u>A Terra Indígena no Brasil República</u>	Erro! Indicador não definido.
3.2	<u>A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A TERRITORIALIDADE INDÍGENA NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL ATUAL</u>	Erro! Indicador não definido.

<u>3.2.1</u>	<u>A Constituição Cidadã e Os Direitos Originários Sobre a Terra</u>	Erro! Indicador não definido.
3.2.1.1	<u>A Assembleia Nacional Constituinte: O papel da coletividade indígena e a busca por uma nova visão de mundo</u>	Erro! Indicador não definido.
3.2.1.2	<u>“Colocando No Papel”: A Positivação do Paradigma da Interação e os Direitos Consagrados no Artigo 231 e 232 da CF</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.2.2</u>	<u>Demarcação de Terras Indígenas: Da Natureza da Política Pública e Sua Finalidade.....</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.3</u>	<u>TERRA INDÍGENA E TEORIZAÇÕES SOBRE A POSSE: CAMINHOS HERMENÊUTICOS</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.3.1</u>	<u>Teoria da Ocupação ou da Conquista.....</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.3.2</u>	<u>A Teoria do Indigenato ou do Direito Congênito.....</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.3.3</u>	<u>A Teoria do Fato Indígena ou “Marco temporal”</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.3.4</u>	<u>Teoria dos Círculos Concêntricos</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.3.5</u>	<u>Teorização de Tercio Sampaio Ferraz e a Hermenêutica à Luz do Construtivismo Lógico Semântico</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.4</u>	<u>POR UMA INTERPRETAÇÃO INTERCULTURAL DOS DIREITOS TERRITORIAIS.....</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.4.1</u>	<u>A Colonialidade e o Subalterno: A modernidade e o paradigma da racionalidade.....</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.4.2</u>	<u>A Ideia de Raça na Colonialidade do Poder</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>3.4.3</u>	<u>A Proposta Decolonial.....</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>4</u>	<u>CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À TERRA: A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PELA ATIVIDADE JURISDICIONAL ...</u>	Erro! Indicador não definido.
<u>4.1</u>	<u>DO CONTEÚDO JURÍDICO DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS E O ACERVO SELECIONADO DO SUPREMO: A ESCOLHA DO ITINERÁRIO METODOLÓGICO.....</u>	Erro! Indicador não definido.
4.1.1.	<u>“DA RAPOSA AOS XOKLENG”: A NECESSIDADE DE UM PONTO DE PARTIDA.....</u>	158
<u>4.2</u>	<u>ANÁLISE DO CONTEÚDO: ESTUDO E DESCRIÇÃO DAS CATEGORIAS.....</u>	Erro! Indicador não definido.
4.3.	<u>A HERMENÊUTICA DIANTE DOS CAMINHOS APRESENTADOS: OS DIREITOS TERRITORIAIS EM PERSPECTIVA.....</u>	217
<u>5</u>	<u>CONCLUSÃO</u>	Erro! Indicador não definido.

REFERÊNCIAS	31
APÊNDICE A – DADOS OBTIDOS DA PESQUISA EXPLORATÓRIA	
JURISPRUDENCIAL.....	47
APÊNDICE B – TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A	
CATEGORIA: DIREITOS ORIGINÁRIOS.....	48
APÊNDICE C - TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A	
CATEGORIA: POSSE INDÍGENA.....	57
APÊNDICE D- TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A	
CATEGORIA: MARCO TEMPORAL	79
APÊNDICE E- TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A	
CATEGORIA: TERRITORIALIDADE.....	97
APÊNDICE F - TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A	
CATEGORIA: TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS	101

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como **temática central** a discussão acerca da interpretação dada aos direitos territoriais indígenas pelo Supremo Tribunal Federal considerando o que foi decidido dos anos de 2009 a 2023. A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, com base no princípio da territorialidade. Isso significa que a terra é vista como um espaço físico e culturalmente específico, que está ligado à identidade e à sobrevivência dos povos indígenas (Souza Filho, 2021, p. 221).

Para esses povos a terra é vista como um lugar sagrado onde estão seus ancestrais e onde eles podem viver em harmonia com a natureza, ideia diversa da preponderante na cultura ocidental, onde a propriedade da terra é um direito individual, sendo vista, eminentemente, como recurso econômico. Note-se que a territorialidade indígena transcende as noções civilistas de usufruto e propriedade de modo a compreender outros elementos culturais envolvidos na gestão territorial e nos históricos de ocupação indígena (Ribeiro, 2017).

Essa diferença de visão sobre a terra tem gerado uma série de conflitos ao longo da história do Brasil que se prolongam até os dias atuais. Conforme Souza Filho (2021), a questão indígena é uma questão de terras, isto é, as pautas indígenas têm como causa originária e primordial o reconhecimento do seu direito à terra e a atuação do poder público no sentido de assegurar tal direito em atendimento as exigências constitucionais de um Estado Social, repelindo posturas excludentes sob a justificativa do desenvolvimento econômico do país. Partido do contexto apresentado e dos questionamentos estabelecidos, retomamos a discussão a partir do debate acerca da demarcação de terras e o papel do Poder Público.

A seu turno, o ano de 2009 é marcado pela conclusão do emblemático julgamento que envolveu a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Além de suas especificidades e da longa duração tanto do procedimento administrativo demarcatório quanto do processo judicial, o precedente foi concluído com a consolidação da tese que serviria de base para a atuação do STF no exercício de sua função típica jurisdicional nos anos que se seguiram. E assim, entendemos que o caso se apresenta como dotado da singularidade e da distinção necessárias ao atendimento dos objetivos delimitados na presente pesquisa.

Passados quatorze anos do julgamento ao tempo em que nossa pesquisa se iniciou, a corte tem retornado na matéria para enfrentar casos que envolvem as mais diversas etnias e dinâmicas indígenas pelo país, o que exige a busca por referenciais e precedentes firmados na casa, assim como o exercício do elemento criativo da atividade jurisdicional para construir o direito previsto abstratamente e concretizá-lo. Nesse contexto, a pluralidade de visões e vivências dos ministros se reproduzem em seus votos e nas conclusões das decisões colegiadas que lidam com múltiplos conflitos de interesses e colisões de direitos.

Dessa forma, o **objetivo** da tese é compreender o conteúdo jurídico dos direitos territoriais dos povos indígenas a partir da perspectiva do que o Supremo Tribunal Federal tem decidido nos anos de 2009 a 2023. Para tanto pretendeu-se estudar como se estruturaram as interações entre os povos indígenas e o Estado Brasileiro sob a perspectiva histórico-institucional. Também, apresentar como estão dispostos no ordenamento os direitos territoriais da coletividade indígena e as construções teóricas doutrinárias que visam fornecer alternativas para a interpretação desses direitos. Dentro do escopo da pesquisa buscou-se, ainda, analisar as decisões colegiadas da Suprema Corte dos anos de 2009 a 2023 no que pertine às terras indígenas e a demarcação de terras a partir das categorias estabelecidas.

Para desenvolver a análise, elaborei as seguintes **perguntas problema norteadoras**: Qual o conteúdo jurídico dos direitos territoriais dos povos indígenas à luz do que tem decidido o Supremo Tribunal Federal nos últimos 14 anos? As ferramentas teóricas adotadas pela corte são suficientes para compreender a realidade dos povos originários diante das demandas que lhes são postas?

Com o fim de responder a essas perguntas adotei a **metodologia** de análise de conteúdo (Bardin, 2011) das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal entre os 2009 a 2023. Para tal, inicialmente foi realizada uma pesquisa exploratória de decisões e produções acadêmicas sobre o assunto com a finalidade conhecer as produções teóricas sobre o tema e qualificar o objeto estudado. Este tipo de pesquisa teve como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. A grande maioria dessas pesquisas envolve: (a) levantamento bibliográfico; (b) entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e (c) análise de exemplos que estimulem a compreensão (Gil, 2007).

A pesquisa exploratória consistiu em duas etapas: bibliográfica e de julgados do STF. O estudo exploratório bibliográfico¹ busca identificar o que foi produzido de conhecimento pela comunidade científica sobre esse tema e, ao mesmo tempo, avaliar as principais tendências de pesquisa sobre ele (Gomes, 2010). Portanto, essa abordagem se mostra de grande utilidade quando se inicia uma pesquisa exploratória em áreas de desenvolvimento incipiente. Nessa medida, buscamos compreender o que está sendo discutido e produzido de conhecimento referente a determinada temática de pesquisa, mapeando-se, assim, questões relevantes para a edificação do conhecimento a elas relacionado (Treinta et al., 2014; Treinta, 2011).

Seguindo a pesquisa exploratória, no âmbito acadêmico, por sua vez, recorreu-se aos repositórios da Scielo e ao Banco de Teses e Dissertações da CAPES. Nos referidos bancos de dados, considerando as temáticas de maior relevo no Supremo Tribunal Federal, foi feita consulta por meio dos seguintes descritores: Demarcação e Terra Indígena. Quanto ao Banco de Teses e Dissertações da CAPES foram obtidas 29 (vinte e nove) produções nos últimos 14 (quatorze) anos (2009 a 2023) na grande área do conhecimento “Ciências Sociais Aplicadas” e especificamente na área do Direito, sendo 24 (vinte e quatro) dissertações e 05 (cinco) teses. Dessas produções optamos por promover os estudos dos escritos de Rosa (2017), Silva (2023), Figueiredo (2019), e Osowski (2018) diante da maior aderência ao direcionamento que se quer dar a presente pesquisa.

Já no acervo Scielo, fazendo uso dos mesmos descritores (“demarcação”, “terra indígena” e “povos indígenas”) foram obtidas 05 (cinco) produções quando refinados os últimos 14 anos (2009 a 2023), sendo 01 (um) em duplicidade. Dos resultados selecionamos os escritos de Yamada (2010), Silva (2018) e Gonçalves (2022) diante de sua maior pertinência com a ciência do direito. Ainda no repositório Scielo, fazendo uso dos termos (“Povos Indígenas” e “Terra Indígena”) foram obtidas 09 (nove) produções quando refinados os últimos 14 anos. Tais escritos abordam de maneira profunda a

¹ Conforme Treinta et al. (2014, p. 508), “a pesquisa bibliográfica, para os pesquisadores, é um dos problemas mais sérios a serem equacionados. Em função da disponibilidade dos bancos de dados bibliográficos e da profusão de artigos científicos, torna-se um grande impasse a escolha dos artigos mais adequados na construção da argumentação teórica fundamental às pesquisas e textos acadêmicos. Dessa forma, cabe ao pesquisador estabelecer uma estratégia de pesquisa bibliográfica que tanto facilite a identificação dos principais trabalhos em meio a uma quantidade grande de possibilidades que permeiam a produção científica mundial, como garanta a capacidade de estabelecer as fronteiras do conhecimento advindo dos achados científicos. Para tanto, o uso de uma metodologia de avaliação por meio de um estudo bibliométrico pode ajudar a equacionar esses dilemas”.

temática e permitem reflexões preliminares aptas a direcionar os próximos encaminhamentos desta pesquisa.

Na segunda etapa, buscou-se por meio de consulta ao repositório de jurisprudência da Suprema Corte Brasileira obter informações acerca dos modelos decisórios e posicionamentos desta corte em processos/demandas que envolvessem o direito fundamental à terra pelos povos indígenas e a demarcação de terras indígenas. A pesquisa investigou o período de 14 (quatorze) anos entre as datas de julgamento. A opção pelo período de tempo apresentado se deve, no caso do termo inicial, a data de julgamento da Petição 3.388 e quanto ao termo final o julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 1.017.365.

Por meio de consulta ao sistema de jurisprudência da Suprema Corte Brasileira buscou-se obter informações acerca dos modelos decisórios e posicionamentos desta corte em processos/demandas que envolvessem o direito fundamental à terra pelos povos indígenas e a demarcação de terras indígenas. Para tanto recorremos à cinco variações de palavras-chave relacionadas diretamente com o tema. No total foram identificados 403 (quatrocentos e três) resultados, sendo 370 (trezentos e setenta) decisões monocráticas e 33 (trinta e três) acórdãos entre os anos no período de 19.03.2009 a 21.09.2023 (apêndice A).

Diante do seu caráter não precário e da profundidade da análise colegiada, optamos apenas pelo estudo dos acórdãos. Após consulta individualizada aos precedentes, optamos por refinar novamente a pesquisa, com exclusão daqueles que se repetiam, de modo que os acórdãos foram reduzidos à 14 (quatorze) com a retirada, também, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991 pelo seu sigilo e restrição de acesso aos autos.

Diante dessa delimitação teórico-conceitual, entendeu-se necessária a adoção de uma abordagem qualitativa. Essa opção se deu considerando que a estrutura da pesquisa qualitativa permite uma análise adequada da subjetividade inerente aos sujeitos envolvidos no objeto da pesquisa. A expressão qualitativa denota o interesse da abordagem na investigação das qualidades das entidades ou sujeitos, das significações e dos processos. “Os pesquisadores qualitativos ressaltam a natureza socialmente construída da realidade, a íntima relação entre o pesquisador e o que é estudado, e as limitações situacionais que influenciam a investigação.” (Denzin; Lincoln, 2006, p. 23).

Conforme Ludwig (2014, p. 205), a pesquisa qualitativa “leva em conta a junção do sujeito com o objeto e busca fazer uma exposição e elucidação dos significados que as

pessoas atribuem a determinados eventos”. A “palavra escrita ocupa lugar de destaque nessa abordagem, desempenhando um papel fundamental tanto no processo de obtenção dos dados quanto na disseminação dos resultados.” (Godoy, 1995, p. 62).

Ao desempenhar seu papel nessa história o pesquisador qualitativo ultrapassa a função de mero expectador, isso se deve à proatividade e ao engajamento que a abordagem demanda (Denzin; Lincoln, 2006). Portanto, sabendo que estudo envolve elementos subjetivos e visões doutrinárias e judiciais distintas, a abordagem qualitativa apresenta-se como mecanismo apto a possibilitar que a pesquisa esteja aberta aos valores e experiências com os quais o investigador se depara.

Note-se que o elemento quantitativo existe na pesquisa exploratória e nessa investigação inicial, mas ele não subsiste isoladamente nem é o foco da averiguação metodológica. Nesse ponto, a despeito da construção quantitativa a pesquisa não perde seu viés qualitativo que é o aspecto de maior destaque para implementação das opções metodológicas. O elemento qualitativo evidencia, nesse contexto, maior adequação diante das pretensões dessa investigação no sentido de compreender o conteúdo jurídico dos direitos territoriais dos povos indígenas

Dos dados coletados a partir da pesquisa e consulta ao repositório do Supremo Tribunal Federal, fizemos o tratamento por meio da análise de conteúdo. A metodologia de análise de conteúdo com base em Bardin (2011) é uma abordagem sistemática e rigorosa para analisar dados qualitativos em diferentes tipos de pesquisa. Seu objetivo é extrair significados e inferências a partir de um corpus de dados, tornando-os acessíveis para uma interpretação mais aprofundada.

A **justificativa** da escolha do tema tem relação com inquietações advindas do desempenho de minha atividade profissional e de pesquisas anteriores. Desde meu ingresso nos quadros da Advocacia-Geral da União tenho trabalhado junto a Fundação Nacional dos Povos Indígenas – FUNAI. Foi justamente essa convivência de quase uma década com coletividades indígenas que despertou o interesse por questões afetas aos povos originários. Dentro dessa perspectiva funcional na advocacia pública pude atuar em âmbito local, no estado do Amapá, acompanhando os processos e demandas dos povos indígenas da região do Amapá e norte do Pará.

Em 2021 fui convocado para assumir processos em âmbito nacional e auxiliar a Procuradoria Federal Especializada Junto à FUNAI na fase de nacionalização de sua atividade consultiva e contenciosa em Brasília, o que possibilitou uma visão global da matéria fundiária assim como uma atuação próxima aos tribunais sediados na capital do

Distrito Federal. A atuação local e regional no Amapá e norte do Pará permitiram uma compreensão da realidade indígena e de como a questão da efetividade do direito à terra impacta os coletivos indígenas. No Estado do Amapá as terras indígenas reivindicadas tiveram seus processos de demarcação concluídos o que impactou positivamente as etnias da região (Karipuna, Palikur, Waiapi e Galibi Marworno e o povo Galibi Kalina de Oiapoque). Quanto ao norte do Pará, a atuação da Procuradoria e da Coordenação da FUNAI estavam relacionadas com duas terras indígenas demarcadas: Terra Indígena Parque de Tumucumaque e a Terra Indígena Rio Paru d'Este que envolvem as etnias Aparai (Apalay), Wayana, Tiriyo, Katxuyana e Waiapi.

Apesar das complexidades que acompanham a fricção interétnica (invasões, garimpo, extração ilegal de madeira) e o relacionamento com o Poder Público, a conclusão do procedimento demarcatório trouxe segurança jurídica aos povos ali situados afastando o quadro de precariedade, do ponto de vista jurídico, que historicamente acompanha o exercício de seus direitos da coletividade originária. Já em Brasília/DF, a partir de uma atuação em âmbito nacional exercendo o encargo de Procurador-Chefe Substituto e apoiando a coordenação do contencioso judicial da Procuradoria Federal Especializada junto a Fundação Nacional dos Povos Indígenas, pude ter um contato maior com outras realidades e dinâmicas indígenas. Além de me deparar com uma pluralidade de contextos, sob o ponto de vista técnico restou evidenciada a urgência da conclusão do processo demarcatório para a concretização de direitos.

A pendência de processos demarcatórios amplia a vulnerabilidade dos povos indígenas, acirra os ânimos dos envolvidos e inviabiliza o exercício de direitos outros que decorrem da qualificação de determinada porção de terra com o caráter de indígena. Nesse contexto, também me deparei com um panorama de ampla judicialização da matéria. Se na atuação anterior em âmbito local a questão fundiária apresentava sua importância, mas sem o alto grau de conflituosidade, agora a atuação no regime nacionalizado denota como a matéria tem sido objeto de sistemática litigiosidade, que vai de ações possessórias a demandas de anulação de procedimento demarcatório.

Especificamente quanto a atuação junto aos tribunais, apesar de perceber em determinados casos uma preocupação e até um verdadeiro esforço dos julgadores no enfrentamento da matéria, constatei a reprodução de padrões decisórios que acabavam por ampliar essa insegurança jurídica mencionada com a estrita reprodução da tese do marco temporal ou validando de modo sumário alguns títulos antigos apresentados por particulares. Nesse ponto, também emergiam remédios constitucionais impugnando

procedimentos e discursões sobre a matéria em grau de recurso. Era constante a necessidade de que o(a) magistrado(a) fosse dotado(a) de sensibilidade e interesse sobre a matéria indígena, sob pena de sua decisão se limitar a reprodução do que fora decidido na petição 3388 ou suspensão do feito, o que não resolvia a questão nem amenizava o quadro de violência e vulnerabilidade regional.

Durante o mestrado promovi o estudo da educação indígena e o processo de formação de lideranças. Durante a realização do estudo, em especial nas entrevistas e no estudo histórico do movimento social indígena, a temática territorial e a relação dos povos indígenas com a terra sempre serviu de pano de fundo ou atuava como fator determinante para que houvesse a mobilização e articulação dessa minoria étnica. No processo de articulação dos povos originários, na ritualística de formação de lideranças, seja ela decorrente do repasse de saberes ancestrais, da participação no seio do movimento social ou do interesse pela educação formal; e nas práticas que culminaram com o protagonismo do movimento indígena a questão da terra tem se situado no centro da discussão (Santos, 2023).

A tese se estrutura em **cinco seções**. A primeira seção é a presente **introdução**. A segunda seção é o **primeiro capítulo**, “para entender os povos indígenas e sua relação com o Estado brasileiro”, onde descrevo como se estabeleceu a relação entre os povos originários e o que viria a ser o Estado brasileiro abordando os paradigmas norteadores e o panorama institucional que se estabeleceu. Pretendo com o capítulo atender ao primeiro objetivo da pesquisa, estudando como se estruturou a relação estatal com a coletividade originária de modo a evidenciar os reflexos que se seguem na dinâmica atual. O propósito do escrito também é trazer informações e conhecimentos, de caráter histórico, antropológico e conceitual, que muitas vezes são ignorados pelo estudioso da área jurídica, mas de fundamental importância quando se trata das minorias étnicas.

A terceira seção é o **segundo capítulo**, “direitos territoriais dos povos indígenas”, onde faço uma abordagem descritiva da regulamentação dos direitos dos povos originários e das normativas relacionadas à questão fundiária que acompanharam a coletividade indígena até o paradigma da constituição de 1988. Nesse sentido, apresentei o instituto da demarcação e as disposições que lhes são pertinentes. Além disso, procuro trazer as construções teóricas doutrinárias que se firmaram como caminhos hermenêuticos possíveis para debater o assunto e que, em alguma medida, poderiam ser encapadas pela Suprema Corte. O Objetivo é situar o leitor no contexto da discussão para que conheça o que se debatia em âmbito doutrinário e viabilizar a completa compreensão

da argumentação e dos fundamentos que possam ser veiculados nas decisões a serem estudadas no capítulo seguinte.

No **terceiro capítulo**, quarta seção do escrito, intitulado “conteúdo jurídico do direito à terra a construção do direito pela atividade jurisdicional”, analiso o conteúdo das decisões selecionadas a partir das categorias estabelecidas após a aplicação das etapas iniciais do método com base em Bardin (2011). São apresentadas e discutidas as visões do Supremo Tribunal Federal expostas nos julgados colegiados e sua compatibilidade ou não com a realidade dos povos originários.

Diante das constatações, aprofundamos a discussão para analisar a colonialidade verificada nas decisões e apresentar perspectivas outras para observar os direitos dos povos indígenas. Nesse contexto, avançamos na busca da identificação de elementos para pensar os direitos territoriais da coletividade originária a partir da ótica dos povos indígenas, tendo em vista a necessidade de um olhar que se afaste da reprodução de uma lógica de dominação típica da colonialidade do poder.

A quinta seção é a **conclusão**. Do estudo das decisões depreende-se o reconhecimento do caráter declaratório dos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esse reconhecimento está associado à finalidade de atestar o predicado da anterioridade desse direito, de modo que a terminologia "originários" se traduz numa situação jurídico-subjetiva que antecede as demais, gozando de precedência sobre escrituras públicas e títulos de legitimação de posse dos não indígenas e prevalecendo sobre eles. Embora constate-se a menção constante desse reconhecimento no acervo decisório, os efeitos práticos dos julgados e as definições dispositivas se inclinam para a relativização ou negação desse caráter originário. Essa mitigação foi feita com a criação de um marco da tradicionalidade citado na lista de argumentos que se funda na noção abstrata de segurança jurídica e no direito de propriedade.

Considerando o teor das decisões e delineado o conteúdo jurídico dos direitos dos povos indígenas na ótica da Suprema Corte, é de se concluir por um prestígio à racionalidade moderna e às teorizações que foram alicerçadas no direito à propriedade e na segurança jurídica. Percebe-se uma postura que retoricamente se interessa pela cosmovisão indígena, mas que se materializada de modo diverso. Inclusive, nos casos em que os magistrados se inclinam para manifestações inovadoras ou que busquem oxigenar o repositório argumentativo da corte, a decisão se concretiza de modo a reproduzir os padrões anteriores ou gerar um panorama de indefinição e precariedade.

Tal postura reflete uma visão de mundo onde os princípios legais são vistos como aplicáveis de maneira uniforme, independente das variações contextuais significativas que caracterizam um país multicultural como o Brasil. Esta abordagem, cristalizada também no caso da Raposa Serra do Sol, no qual a Corte adotou uma perspectiva que se aproxima de uma interpretação universalizante ao instituir a tese do marco temporal, desconsidera as complexidades históricas e particularidades culturais das partes envolvidas. Não há como observar essa consistência e constância decisória, articulada num sentido específico, que de variadas formas persiste no corpo do acórdão ou como consequência prática advinda de interpretações arbitrárias derivadas da fundamentação apresentada, sem constatar a necessidade de se promover uma reflexão sobre a matéria na busca por um novo horizonte interpretativo.

O horizonte eurocêntrico tem como limites e aspiração a lógica simplificadora e abstrata, de modo que ele busca sempre o enquadramento derivado da racionalidade. Nessa medida, por uma ótica homogeneizante não seria possível construir uma alternativa que verdadeiramente atenda também aos interesses indígenas. O direito decorrente do Estado se pretende totalizante e apto a regular as mais diversas realidades e, por muitas vezes, perpetua um panorama de desigualdade, segregação e silenciamento. Infere-se que a interpretação dada pela Suprema Corte diante dos anseios da coletividade indígena, apesar de recorrer a distinções conceituais de elevada profundidade e trazer olhares exteriores ao direito para dentro da discussão de modo a enriquecê-la, acaba por reproduzir estigmas e atitudes que expõem a naturalização de uma carga histórica.

Mesmo com o afastamento do marco temporal por parte do STF, muitos aspectos seguem indefinidos na conclusão do julgamento. Se temos a clareza da natureza originária dos direitos territoriais dos povos indígenas, do caráter declaratório do seu reconhecimento, do enquadramento como bem da União das áreas demarcadas, da distinção nítida entre posse civil e posse indígena, dentre outras definições evidenciadas, também persiste a necessidade de esclarecimento do atual conceito de renitente esbulho, dos critérios para redimensionamento em benefício das comunidades indígenas e para a indenização dos proprietários que possuam títulos legítimos sobre as terras.

CONCLUSÃO

Este trabalho pretendeu delimitar o conteúdo jurídico dos direitos territoriais indígenas à luz do que decidiu o Supremo Tribunal Federal. O período selecionado foi de 2009 a 2023, tendo em vista a opção pelo caso Raposa Serra do Sol, com julgamento concluído em 2009, como ponto de partida. Diante da complexidade que envolve a temática indígena, em especial o aspecto fundiário, há um desafio de pensar a ciência do direito e articular esse estudo com outras áreas do conhecimento. A necessidade surge diante da evidência de que simplificações e discussões superficiais sobre a territorialidade acabam dando primazia a perspectivas hegemônicas centradas na racionalidade moderna.

A despeito da perspectiva normativa, a relação dos povos indígenas com o Estado Brasileiro constitui assunto cujo estudo é indispensável para a real compreensão dos conflitos fundiários, sendo objeto de discussão no nosso primeiro capítulo. Trata-se de uma convivência marcada por conflituosidade e por interesses dos mais diversos. Se anteriormente o que preponderava era o extermínio e o assimilacionismo, a Lei fundamental de 1988 trouxe o paradigma da interação que permite uma abertura para a convivência de múltiplas culturas e respeito às diferenças de caráter identitário.

Do estudo das decisões depreende-se o reconhecimento do caráter declaratório dos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esse reconhecimento está associado à finalidade de atestar o predicado da anterioridade desse direito, de modo que a terminologia "originários" se traduz numa situação jurídico-subjetiva que antecede as demais, gozando de precedência sobre escrituras públicas e títulos de legitimação de posse dos não indígenas e prevalecendo sobre eles.

Em matéria de tutela dos direitos e interesses indígenas as normas constitucionais se categorizam como de natureza especialíssima, carregadas que são de uma nítida consciência histórica de compensação e de uma cósmica percepção de que na coletividade originária do Brasil é que iremos encontrar os primeiros elos de uma identidade nacional que urge, mais que tudo, preservar. Ao reconhecer aos povos indígenas os direitos originários sobre as suas terras a constituição garante a posse indígena atribuindo a ela um verniz próprio e digno de sua qualificação.

Embora constata-se a menção constante desse reconhecimento no acervo decisório, os efeitos práticos dos julgados e as definições dispositivas se inclinam para a relativização ou negação desse caráter originário. Essa mitigação foi feita com a criação de um marco da tradicionalidade citado na lista de argumentos que se funda na noção

abstrata de segurança jurídica e no direito de propriedade. O panorama de indefinição que surge é uma preocupação da Corte na medida em que reflete sobre a sociedade não indígena.

O STF faz a utilização da expressão “chapa radiográfica” para indicar o papel desempenhado pela teoria do marco temporal (fato indígena). Conforme o Supremo, a data da promulgação da atual Constituição deveria ser considerado uma chapa radiográfica da ocupação territorial, um indispensável referencial capaz de revelar e permitir a compreensão clara da questão fundiária indígena. Enquanto ponto certo e definido, ele atenderia aos postulados da paz social e da segurança jurídica, já que na qualidade de critério permitiria a análise das condições da ocupação em momento preciso no tempo, afastando tentativas de desconfiguração da tradicionalidade possessória.

De modo contraditório, o que na visão da Corte é uma convivência de direitos, na perspectiva dos povos originários, em especial analisados os efeitos práticos da exigência de demonstração da ocupação indígena em data precisa, desconsiderando tanto o modo de viver e se relacionar com a terra desses sujeitos, se estabelece como uma teorização forjada para negar direitos. Há na prática o prestígio ao direito dos proprietários privados que teriam adquirido seus imóveis de boa-fé em detrimento da coletividade originária.

Da análise do teor das decisões e delineado o conteúdo jurídico dos direitos dos povos indígenas na ótica da Suprema Corte, é de se concluir por um prestígio à racionalidade moderna e às teorizações que foram alicerçadas no direito à propriedade e na segurança jurídica. Percebe-se uma postura que retoricamente se interessa pela cosmovisão indígena, mas que se materializada de modo diverso. Inclusive, nos casos em que os magistrados se inclinam para manifestações inovadoras ou que busquem oxigenar o acervo argumentativo da corte, a decisão se concretiza de modo a reproduzir os padrões anteriores ou gerar um panorama de indefinição e precariedade.

Tal postura reflete uma visão de mundo onde os princípios legais são vistos como aplicáveis de maneira uniforme, independente das variações contextuais significativas que caracterizam um país multicultural como o Brasil. Esta abordagem, cristalizada também no caso da Raposa Serra do Sol, no qual a Corte adotou uma perspectiva que se aproxima de uma interpretação universalizante ao instituir a tese do marco temporal, desconsidera as complexidades históricas e particularidades culturais das partes envolvidas. Não há como observar essa consistência e constância decisória, articulada num sentido específico, que de variadas formas persiste no corpo do acórdão ou como consequência prática advinda de interpretações arbitrárias derivadas da fundamentação

apresentada, sem constatar a necessidade de se promover uma reflexão sobre a matéria na busca por um novo horizonte interpretativo.

Ao indicar que não se deve utilizar o marco temporal a corte deixou em aberto questões como qual o procedimento e critério que serão feitas as novas indenizações, a adequação das condições de redimensionamentos de terra indígena, dentre outros estudados quando da apresentação das categorias da análise de conteúdo. A partir das categorias, depreende-se que emerge das decisões uma flagrante colonialidade. É dizer, dos fundamentos e das articulações trazidas o que se sobressai é a busca pela manutenção de um panorama que deliberadamente desconsidera a visão de mundo dos povos indígenas. A nosso ver, os membros da suprema corte seguem reproduzindo a lógica colonial de dominação típica da colonialidade do poder (Quijano, 2014).

O horizonte eurocêntrico tem como limites e aspiração a lógica simplificadora e abstrata, de modo que ele busca sempre o enquadramento derivado da racionalidade. Nessa medida, por uma ótica homogeneizante não seria possível construir uma alternativa que verdadeiramente atenda também aos interesses indígenas. O direito decorrente do Estado se pretende totalizante e apto a regular as mais diversas realidades e, por muitas vezes, perpetua um panorama de desigualdade, segregação e silenciamento.

O estudo das decisões demonstrou que inexistente um verdadeiro interesse na solução da “questão indígena”, pois o que se percebe é que existe um olhar as comunidades tradicionais que as qualifica como um “problema” a ser resolvido. Pelo que se analisa, por figurarem como supostos obstáculos ao desenvolvimento, faz-se necessário inserir o coletivo em algum lugar na sociedade, mas uma inserção puramente formal. Quando a corte opta por decidir com apego a valores hegemônicos ela escolhe um lado. Ao optar pela segurança jurídica, paz social e estabilidade das relações, muito mais que exercer sua função jurisdicional, o Supremo escolhe se furtar de um debate substancial e profundo sobre o assunto. Nesse sentido, tem-se a utilização dos termos “colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões” ou “chapa radiográfica” para indicar algo definitivo e livre de questionamentos.

Pela perspectiva de Quijano (2014), tal postura atende a lógica de classe e raça e denota um compromisso institucional nesse sentido. Na Modernidade a autoridade se materializa na “pessoa” do Estado-nação, que, além de estrutura, figura como produto do poder. Uma construção dessa colonialidade que comunga de sua essência. Isso, em certa medida, coaduna com a forma crítica de olhar do Supremo Tribunal Federal, que por intermédio de sua autoridade estabelece critério e condições alheios aos povos originários

para configurar a tradicionalidade de sua ocupação. Em outras palavras, o tribunal exerce o controle da subjetividade dos “gentios” ao valer-se do marco temporal.

Nos anos estudados também é marcante a ampla repetição de terminologias superadas conforme narramos e analisamos nas categorias do tópico anterior. Expressões como aborígine, etnia aborígine, índio, tribo, silvícola são repetidas vezes utilizadas. Além disso, associações estereotipadas, elos com cultura primitiva e selvagem compõem o imaginário e o corpo das decisões do tribunal. Dentre as demandas do movimento social indígena há a pretensão de romper com padrões de inferiorização e que conservem essa colonialidade do poder, resquício da colonização/colonialismo. Ocorre que o que se verifica dos trechos estudados é uma visão que rotula e etiqueta o indígena, retomando orientações assimilacionistas que, a seu turno, são totalmente incompatíveis com a Lei Fundamental (Kaiowá, 2023).

Portanto, infere-se do estudo do conteúdo das decisões, delimitado o conteúdo jurídico do direito a terra pelos povos indígenas sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal, que a Corte acaba por reproduzir uma lógica de dominação típica da colonialidade do poder que indica um compromisso com a manutenção de um estado de coisas. Embora reconfigurada a relação de exploração social e dominação, ela se reinventa sob a roupagem de inferiorização e marginalização (Quijano, 2010). Atente-se que a verdadeira igualdade almejada pelos povos originários, referida como fundamento pontual em algumas decisões, passa necessariamente pelo respeito à diferença, mas, principalmente, deve considerar os reflexos dos processos de dominação e opressão. Caso contrário, seguirá perpetuando uma situação de fato e reproduzindo padrões desiguais da colonialidade (Quijano, 2010).

Nessa perspectiva, também se consideram as posturas aparentemente neutras, que reafirmam essa subordinação, como tratamento discriminatório. Portanto, a omissão do poder público diante da constatação de discriminação ou tratamentos que perpetuem subordinação e desigualdades se insere nessa lógica de neutralidade, em flagrante lesão às exigências do princípio da igualdade. Ciente de que a nossa Lei Fundamental fomenta a defesa de grupamentos minoritários como os povos originários, o Ente público ofende a igualdade e a noção de consideração quando não fornece igual respeito à grupos distintos. A omissão estatal nesse contexto, resulta na negação da identidade, na medida em que mitiga o senso de pertencimento e constrói pechas de modo a despertar sentimentos negativos perante o grupamento envolvido e estimulando o consequente movimento de desvinculação (Moreira, 2017).

Tais heranças coloniais necessitam de processos de questionamento e enfrentamento, caso contrário persistirão. À Proporção que as normas dispõem sobre um tratamento igual de maneira a superar o paradigma tutelar e o olhar inferiorizante, essa negação identitária, asfixiada por um padrão moderno e etnocêntrico, volta a respirar por uma reafirmação de seus laços tradicionais e exigência de uma política redistributiva de direitos (Quijano, 2010).

Note-se que essas estratégias refletem também na negação da identidade, na medida em que mitigam o senso de pertencimento e constroem pechas de modo a despertar sentimentos negativos perante o grupamento envolvido e estimulando o consequente movimento de desvinculação. Tais heranças coloniais necessitam de processos de questionamento e enfrentamento, caso contrário persistirão. À Proporção que as normas dispõem sobre um tratamento igual de maneira a superar o paradigma tutelar e o olhar inferiorizante, essa negação identitária, asfixiada por um padrão moderno e etnocêntrico, volta a respirar por uma reafirmação de seus laços tradicionais e exigência de uma política redistributiva de direitos (Quijano, 2010).

O que se verifica na análise das terminologias adotadas nas decisões é certo desinteresse no debruçar-se sobre o assunto, demonstrando conformismo da corte em perpetuar uma situação de negação de direitos e desconsideração de uma visão de mundo que compõe as raízes nacionais. Essa aceitação da realidade fica evidente com a preponderância da preocupação com as repercussões sobre a propriedade privada e a segurança jurídica no centro das decisões. Isso denota uma parcialidade, ou, numa acepção que se insere dentro da discussão, uma “neutralidade do status quo”, com a confirmação de desigualdades (Sustein, 2010).

A proatividade na exegese dos direitos territoriais indígenas também deve estar atenta ao dinamismo e ampla interação dos grupamentos indígenas, haja vista que há grupos que preponderantemente compreendem sua existência sob uma perspectiva coletivista, de modo que a leitura da Constituição, em especial seu artigo 231, a partir de um prisma individualista, direciona o operador do direito para o caminho da negação de identidades e invisibilização. Portanto, nesse ponto, ouvir os indígenas é levar sua cosmovisão para dentro da interpretação, não servindo de mero argumento de passagem ou simples formalidade para legitimar abusos e perpetuar um estado de coisas pautado na racionalidade moderna. Não se trata de acomodar o que convém à “comunhão nacional” (Kopenawa, 2015).

Diante dessas considerações, inferimos que o direito de propriedade privada e a segurança jurídica se situam no centro da discussão da Suprema Corte e o conteúdo jurídico do direito à terra na ótica do STF tem elementos que denotam uma visão que perpetua desigualdades e uma visão muito específica dos povos originários. Note-se que o não enfrentamento e questionamento das assimetrias sociais, nessa medida, perpetuam a exclusão social dos setores subalternos. Seguindo essa linha, mascara-se um suposto projeto descolonial que em sua essência reproduz um discurso demagógico e conveniente. A trajetória da hermenêutica extraída dos julgados evidencia uma interculturalidade de cariz liberal que se conforma com a realidade limitando-se a tratar de especificidade cultural e trazer um discurso de tolerância de aspiração multicultural (Lunelli, 2019).

Para as minorias étnicas, especialmente os povos indígenas do Brasil, o pensamento decolonial oferece uma lente crítica para entender e enfrentar formas persistentes de opressão e marginalização. Ele permite a reivindicação de identidades, reconhecimento de experiências e resistência às estruturas de poder coloniais. A teoria decolonial inspira movimentos de resistência e revitalização liderados por povos originários, fortalecendo ações coletivas para proteger e recuperar territórios, revitalizar culturas ancestrais e construir formas de governança baseadas na autonomia e respeito mútuo. Este texto serve como base teórica para investigar decisões judiciais e entender como a interpretação intercultural dos direitos territoriais pode ser aplicada em contextos práticos.

Nessa linha, a interculturalidade apresenta a necessidade de uma postura específica. Muito além de uma ideologia ou perspectiva teórica, a interculturalidade pretende permitir uma atuação proativa dos integrantes da cultura de estado no sentido de desenvolver uma aptidão de conviver e olhar o outro despida de discriminação e traços de superioridade, nela reside, talvez, o maior desafio desse projeto intercultural.

Esse processo contínuo e de maturação gradual, que demanda uma modificação da atuação dos atores sociais e estatais, também incide sobre os órgãos do Poder Judiciário, de maneira que essa exigência de alteração atitudinal diante da realidade se aplica ao seu modo de decidir, forma de interpretar e se relacionar com as minorias étnicas. Note-se que a imparcialidade e a exigência de equidistância entre órgão julgador e partes não inclui negar identidades e cosmovisões. Uma postura de mero distanciamento e despreocupada com a diferença e com as repercussões concretas do ato decisório configurariam verdadeira exclusão e negação da diversidade cultural.

O que se quer com as abordagens acima é demonstrar como a realidade que consta dos julgados pode ser analisada de diversas perspectivas que inferem a constatação de que seguimos reproduzindo formas de segregação e silenciamento das minorias étnicas. Por mais que se apresentem novas perspectivas ou propostas hermenêuticas, com a conclusão pela inadequação do marco temporal, os resultados práticos e as opções decisórias seguem o caminho do prestígio a valores hegemônicos e a manutenção do status quo.

Imposta aos indígenas até o ano de 1988, a subcidadania é reflexo das políticas indigenistas e do modo como o Estado decidiu se relacionar com essa minoria étnica no passado, de modo que há necessidade de se suplantar essas condições que se estabeleceram considerando que elas concretizam desvantagens sistemáticas como repercussões negativas no reconhecimento de direitos fundiários. Sobre os direitos territoriais, o que se constata como preponderante nesses quatorze anos é uma hermenêutica que transfere ônus e impõe aos povos originários uma ocupação que tenha uma anterioridade com lastro histórico e que condiciona seus direitos ao marco de 05 de outubro de 1988. Marco este que foi mitigado nos últimos anos analisado culminando com sua superação em 2023.

Por conseguinte, a colisão entre a territorialidade indígena e a propriedade privada demandam uma análise fora das soluções convencionais. Se a constatação da pesquisa por meio da análise de conteúdo evidencia um cenário de proteção insuficiente tanto na efetivação do direito quanto sua defesa, há de se observar a questão de maneira mais ampla. E considerando como o caso se apresenta, vislumbramos a possibilidade do seu tratamento a luz da técnica de solução do conflito ou colisão de direitos fundamentais.

Diante da demora conclusiva da demarcação os indígenas que se situem em áreas em processo de demarcação ou que ainda não iniciaram a demarcação tem sua vulnerabilidade social e jurídica evidenciada, em especial se ingressarem em terras tituladas. A omissão e ineficiência estatal traz um ônus amplo aos povos indígenas preservando o direito de propriedade a priori. A nosso ver a postura da Suprema Corte, ao passo que adota uma conduta muito específica que resguarda seu capital social e político, não se debruça sobre a realidade dos povos originários.

A Lei Fundamental ao dispor sobre os direitos originários dos indígenas fixou uma precedência, uma anterioridade a criação do Estado e aos títulos privados sobre essas terras. Nessa medida, como ferramenta vocacionada ao combate a essa subcidadania e mecanismo de rompimento com a aparente imparcialidade desinteressada do STF,

necessária uma interpretação intercultural que considere a cosmovisão indígena na análise dos direitos territoriais associando seu tratamento a uma espécie de propriedade indígena que possa fazer frente à propriedade privada. Se para o Guardião da Constituição a propriedade privada figura como direito caro à harmonia e estabilidade das relações, também o é a propriedade indígena, que, marcada pelas relações ancestrais, sentimentos herdados, pertencimento e situando-se como componente de uma identidade que se insere na gênese da nação e é dotada de maior subjetividade e profundidade em seu conteúdo.

Desta forma, deve-se analisar o caso concreto e interpretar os direitos territoriais indígenas de modo a considerar sua visão de mundo e afastando uma precedência *prima facie* do direito de propriedade privada ante a mera apresentação de um título, isso passa pelo estudo da colisão dos direitos postos e a análise do mínimo existencial a ser assegurado às partes envolvidas, afinal desconsiderar que a carta constitucional reconhece os direitos originários constitui uma negativa clara e escancarada de direitos.

Ao que se percebe, a interpretação dada pela Suprema Corte diante dos anseios da coletividade indígena, apesar de recorrer a distinções conceituais de elevada profundidade e trazer olhares exteriores ao direito para dentro da discussão de modo a enriquecê-la, acaba por reproduzir estigmas e atitudes que expõem a naturalização de uma carga histórica. Mesmo com o afastamento do marco temporal por parte do STF, muitos aspectos seguem indefinidos na conclusão do julgamento.

Se temos a clareza da natureza originária dos direitos territoriais dos povos indígenas, do caráter declaratório do seu reconhecimento, do enquadramento como bem da União das áreas demarcadas, da distinção nítida entre posse civil e posse indígena, dentre outras definições evidenciadas, também persiste a necessidade de esclarecimento do atual conceito de renitente esbulho, dos critérios para redimensionamento em benefício das comunidades indígenas e para a indenização dos proprietários que possuam títulos legítimos sobre as terras.

Some-se a essas indefinições a edição da lei nº 14.701/2023 que, como reação legislativa ao julgamento do Tema 1031 que decidiu pela inaplicabilidade da tese do marco temporal, ao regulamentar o art. 231 da Constituição valeu-se da ocupação em 05 de outubro de 1988 como referencial interpretativo. Em face dessa lei foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs n. 7.582, n. 7.583 e n. 7.586, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão - ADO n. 86 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC n. 87 e a questão, por enquanto, segue indefinida.

Sob a perspectiva prática, o que se verifica é a persistência desse quadro de incertezas que tem acompanhado a coletividade indígena pelos séculos. Se é verdade podemos reconhecer que a chegada do colonizador figurou como um ponto de inflexão história dos povos indígenas do Brasil trazendo a carga da colonialidade e da dominação, também é imperioso constatar a infinita resiliência indígena na luta pela sobrevivência, ocupação de espaços e, principalmente, por suas terras.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Os indígenas [sic] do Brasil [sic], seus direitos individuais [sic] e políticos [sic]**. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1912.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

A colonização alemã no sul do Brasil e o marco temporal. **Survival**, 07 de maio de 2021. Disponível em: <https://survivalbrasil.org/ultimas-noticias/12581>. Acesso em: 26 set. 2023.

ALVEAL, Carmen Margarida de Oliveira. **Identidades e conflitos: convertendo terra em propriedade do mundo Atlântico português. Séculos XVI-XVIII**. Tese (Doutorado em História) – Johns Hopkins University, Baltimore, 2007.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. **Poké'exa Úti: o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local**. 2014. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local). Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014.

APOLINÁRIO, J. R.; AMORIM, M. A. Multiplicidades de análises, escritas e aportes teóricos-metodológicos sobre a história indígena no Brasil entre os séculos XVI e XIX. **História**, São Paulo, v. 40, p. 1-14, 2021.

ARAÚJO JUNIOR, Jose Júlio. **A rodovia transamazônica e os indígenas Tenharim: ontem e hoje**. [S. l.: s. n.], 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11549/83434>. Acesso em: 11 ago. 2023.

ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ARRUTI, José Maurício. Etnogêneses indígenas. *In*: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (ed.) **Povos indígenas no Brasil: 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 50- 54.

AZEVEDO, Marta Maria. Diagnóstico da população indígena no Brasil. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 60, n. 4, p. 19-22, out. 2008. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252008000400010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 30 jan. 2024.

BADIN, Luiz Armando. Sobre o Conceito Constitucional de Terra Indígena. *In*: ARQUIVOS do Ministério da Justiça, Brasília, Ano 51, número 190, jul./dez. 2006.

BANIWA, G. Dos S. L. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: MEC/Secadi; LACED/Museu Nacional, 2006.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Biopirataria e povos indígenas**. São Paulo: Almedina Brasil, 2014. v. 1.

- BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos dos povos indígenas**. São Paulo: Almedina, 2021.
- BARBOSA, J.M.A.; FAGUNDES, M.G. Brasil: uma revoada de pássaros – o protagonismo indígena no processo constituinte. **Revista Brasileira de História e Ciências Sociais**, Rio Grande, v. 10, n. 20, p. 175-196, 2018.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARRETO, H. G. As disputas sobre direitos indígenas. **Revista CEJ**, Brasília, DF, v. 7, n. 22, p. 63-69, jul./set. 2003. Disponível em: <http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/565>. Acesso em: 6 dez. 2023.
- BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.
- BELFORT, Lucia Fernanda Inácio. **A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica**. 2006. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.
- BERGAMASCHI, Maria Aparecida. **Entrevista: Gersem José dos Santos Luciano – Gersem Baniwa**. Revista História Hoje, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 127-148, 2012. Disponível em: <https://rhhj.anpuh.org/RHHJ/article/download/44/34>. Acesso em: 3 jun. 2024.
- BERNARDO, Leandro Ferreira. **Povos indígenas e direitos territoriais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.
- BICALHO, Poliene Soares dos Santos. **Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009)**. 2010. 464 f., il. Tese (Doutorado em História) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.
- BORGES, Antonino Moura. **Terras indígenas e seus conflitos atuais**. Campo Grande: Contemplar, 2014.
- BORGES, Fragmon Carlos. Origens históricas da propriedade da terra – 1958. **Revista de estudos sociais**, [s. l.], p. 159-198, maio/jun. 1958.
- BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO: 312 BA**. Relator: Min. Eros Grau, 2 maio 2012. Brasília, DF: STF, 2013.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 6 dez. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (ANC). **Atas de Comissões**. Brasília, DF: ANC, 1987.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. **Projeto de Constituição**: Primeiro substitutivo do relator. Brasília, DF: ANC, 1987. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>. Acesso em: 8 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito Funai-Incra 2**. Relator: Dep. Nilson Leitão. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/CPI/RELATÓRIO%20CPI%20FUNAI-INCRA%202.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. **Lei de 10 de setembro de 1611**. Carta Régia. Lisboa, 1611. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com/2009/12/lei-de-10-de-setembro-de-1611.html>. Acesso em: 6 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 1017365/SC**. Relator: Min. Edson Fachin, 27 set. 2023. Brasília, DF: STF, 2024. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=774190498>. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus n. 94.016/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello, 16 set. 2008. Brasília, DF: STF, 2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?numero=94016&classe=HC>. Acesso em: 3 jun. 2024.)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3.388-4/RR**. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Relator: Ministro Carlos A. Britto. Brasília, DF: STF, 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3388/RR**. Relator: Min. Carlos Britto, 19 mar. 2009. Brasília, DF: STF, 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 3 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 44.585-MT**. Relator: Ministro Ribeiro da Costa, 30 ago. 1961. Brasília, DF: STF, 1961. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=144244>. Acesso em: 3 jun. 2024.

PERES, Jackson Alessandro et al. **Entre as Matas de Araucárias: cultura e história xokleng em Santa Catarina (1850-1914)**. Repositório Institucional UFSC. Florianópolis, p. 1-159, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92792>. Acesso em: 16 abr. 2024.

BUENO, Eduardo. **Brasil, uma história**. São Paulo: Leya, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZATTO, Cleber César. Paralisação das demarcações, discursos racistas e decisões judiciais fundamentalistas: um rastro de violências contra os povos indígenas. *In*: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório – Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2014**. [S. l.], 2014. Disponível em: <http://cimi.org.br/pub/Arquivos/Relat.pdf>. Acesso em: 25 maio 2024.

CAMBI, E.; PADILHA, E. 2016. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 338-352, dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2016.22151>. Acesso em: 2 jun. 2024.

CARNEIRO, Roberta M.; MACEDO, Silvio Coelho. Franz Boas e o relativismo cultural na antropologia contemporânea. **Sociologias**, [s. l.], v. 20, n. 46, 2018.

CARVALHO, J. M. **O pecado original da República**: Debates, personagens e eventos para compreender o Brasil. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2017.

CARVALHO, Francismar Alex Lopes de. **Lealdades negociadas**: povos indígenas e a expansão dos impérios ibéricos nas regiões centrais da América do Sul (segunda metade do século XVIII). 2012. Tese (Doutorado em História Econômica) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CASTRO, Eduardo Viverios de. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2002.

CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre o colonialismo**. Portugal: Livraria Sá da Costa Editora, 1978.

COHN, Sérgio (org.). **Ailton Krenak**. Série Encontros. Rio De Janeiro: Azougue, 2015.

CONCEIÇÃO, Keyla Francis de Jesus da. **A Invisibilidade do Indígena no Processo Eleitoral Brasileiro**: As Organizações Indígenas e a luta pela representação política. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

CONFLITOS no Campo Brasil 2021. Goiânia: CPT Nacional, 2022. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14271&catid=41&m=0>. Acesso em: 2 jun. 2024

CONFLITOS no Campo Brasil 2022 Goiânia: CPT Nacional, 2023. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/downlods?task=download.send&id=14302&catid=41&m=0>. Acesso em: 2 jun. 2024

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório de Violência contra os indígenas** - Dados 2008. Brasília, DF: CIMI, 2008. Disponível em: http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1242401186_abertura.pdf. Acesso em: 16 nov. 2023.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Sobre Violências Contra os Povos Indígenas no Brasil**: Dados de 2020. Brasília, DF: CIMI, 2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-violencia-povos-indigenas-2020-cimi.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Sobre Violências Contra os Povos Indígenas no Brasil**: Dados de 2021. Brasília, DF: CIMI, 2022. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-violencia-povos-indigenas-2021-cimi.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Sobre Violências Contra os Povos Indígenas no Brasil**: Dados de 2022. Brasília, DF: CIMI, 2023. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil**. [S. l.], 2016. Disponível em: https://cimi.org.br/pub/relatorio/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2016-Cimi.pdf Acesso em: 20 jul. 2023.

CRUZ, Felipe Sotto Maior. **‘Quando a terra sair’**: os índios Tuxá de Rodelas e a barragem de Itaparica: memórias do desterro, memórias da resistência. 2024. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Instituto de Ciências Sociais, Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

CRUZ, Felipe Sotto Maior. Indígenas Antropólogos e o Espetáculo da Alteridade. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, [s. l.], v. 11, n. 2, p. 93–108, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/15949>. Acesso em: 21 dez. 2023.

CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **Legislação indigenista no século XIX**: uma compilação: 1808-1889. São Paulo: Edusp, Comissão Pró-Índio, 1992.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

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

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Unesp, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição na Vida dos Povos: Da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são os Direitos das Pessoas**. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 1984.

DELPÉRÉE, Francis. O Direito à Dignidade Humana. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito Constitucional** -Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna. A disciplina e a prática da pesquisa qualitativa. In: DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna (org.). **Planejamento da pesquisa qualitativa: teorias e abordagens**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DESCOLA, Philippe. **As lanças do crepúsculo: relações jivaro na Alta Amazônia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2006.

DEUS, Zélia Amador de. **Os herdeiros de Ananse: movimento negro, ações afirmativas, cotas para negros na universidade**. 2008. 295 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Belém, 2008.

DIEGUES, A. C. S. ARRUDA, R. S. V. (org.). **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

DUSSEL, Enrique. Eurocentrismo y modernidad. In: MIGNOLO, Walter (org.). **Capitalismo y geopolítica del conocimiento**. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 1995.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

DUSSEL, Enrique. **O encobrimento do Outro: A origem do mito da Modernidade** Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a Assembleia Nacional Constituinte: as Forças Armadas e o capítulo dos índios da Constituição brasileira de 1988. **Revista insurgência**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 142-175, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/download/18881/17534/31753>. Acesso em: 20 dez. 2023.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. A demarcação de terra indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [s. l.], n. 3, 2004.

FERREIRA, Elaine Freitas Fernandes. **Análise comparativa sob a perspectiva de Gadamer da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra Do Sol e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Mayagna Awas Tingni: direito ao acesso às terras indígenas**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Do Estado Do Pará, Belém, 2016.

FIGUEIREDO, Luana Ruiz Silva de. **A propriedade privada, o princípio da livre iniciativa e o direito territorial indígena sob a égide da segurança jurídica**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade De Marília, Marília, 2019.

FONTES, Felipe. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GALLOIS, Dominique T. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades?. *In*: FANY Ricardo (org.). **Terras Indígenas & Unidades de Conservação da Natureza**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

GAMBINI, R. **Espelho Índio: a formação da alma brasileira**. São Paulo: terceiro nome, 2000.

GARCIA, Sylvia Gemignani. Antropologia, modernidade, identidade: notas sobre a tensão entre o geral e o particular. **Tempo Social**, São Paulo, v. 5, n. 1-2, p. 123-143, 1993 (editado em nov. 1994).

GEERTZ, C. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1989.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GODOY, Arilda Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 57-63, 1995.

GOMES, L. **Manufatura ágil e o setor de serviços financeiros brasileiro: uma análise exploratória de práticas de gestão de TI**. 2010. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010.

GOMES, Mércio Pereira. Porque sou rondoniano. **Revista de Estudos Avançados**, v. 23, n. 65, pp. 173-191, 2009.

GONÇALVES, Glaciene Mary da Silva. Demarcação de terra indígena, saúde e novas territorialidades na transposição do São Francisco, no povo Pipipã, Floresta/PE. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, [s. l.], v. 32, p. 1-21, 2022.

GOUVÊA, Maria Cristina Soares de. Estudos Sobre Desenvolvimento Humano no Século XIX: Da Biologia à Psicogenia. **Cadernos de Pesquisa**, [s. l.], v. 38, n. 134, p. 535-557, maio/ago. 2008

GUIMARÃES, Alberto Passos. Quatro séculos de latifúndio-1963. *In*: STEDILE, João Pedro (org.). **A questão agrária no Brasil hoje, o debate tradicional- 1500-1960**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

IANNI, Octavio. Florestan Fernandes e a formação da Sociologia brasileira. *In*: IANNI, Octavio (org.). **Florestan Fernandes**. São Paulo: Ática, 1986. (Grandes Cientistas Sociais).

JECUPÉ, Kaká Werá. **A terra dos mil povos**: História indígena do Brasil contada por um índio. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2020.

JESUS, Adriana do Carmo de; BEZERRA, Maria Cristina dos Santos. Herança colonial e as implicações na educação do campo no Brasil. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n. 50 (especial), p. 238-250, maio 2013.

JOAQUIM, Ana Paula. **Direito Constitucional Indígena** – Uma análise à Luz do Caso Raposa/Serra do Sol. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de pós-graduação em direito do Estado, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

KAIOWÁ, Alvaro de Azevedo Gonzaga. **Decolonialismo Indígena**. 3. ed. São Paulo: Matrioska, 2023.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: Desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

KOPENAWA, Davi. **A queda do céu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KRENAK, Ailton. **Ailton Krenak**. Rio de Janeiro: Azougue, 2015. (Coleção Encontros).

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

LADEIRA, Maria Inês Ladeira. **Espaço geográfico Guarani Mbyá**: Significado, constituição e uso. Maringá: Eduem; São Paulo: EDUSP, 2008.

LEWANDOWSKI, Andressa. Do contrato ao status: as terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal. **Ilha Revista de Antropologia**, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 226–257, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ilha/article/view/2175-8034.2019v21n1p226>. Acesso em: 3 abr. 2023.

LIBERATI, W. D. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. Sobre indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: Considerações sobre a constituição do discurso e da prática da proteção fraternal no Brasil. *In*: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **Sociedades indígenas & indigenismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1987. p. 149-205.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação de Estado no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

LIMA, Lucas Carlos. Uti possidetis juris e o papel do direito colonial na solução de controvérsias territoriais internacionais. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, [s. l.], v. 38, n. 77, p. 121–148, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n77p121>. Acesso em: 6 set. 2023.

LIMA, Tânia Stolze. O relativismo como método: Franz Boas e a antropologia cultural. **Mana**, [s. l.], v. 8, n. 1, 2002.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. (Coleção Educação para Todos. Série Vias dos Saberes, n. 1).

LUDWIG, Antônio Carlos Will. Métodos de Pesquisa em Educação. **Revista Temas em Educação**, João Pessoa, v. 23, n. 2, p. 204-233, 2014.

LUNELLI, Isabella Cristina. **Estado intercultural de direito**: contribuições da antropologia jurídica latino-americana para o direito à autonomia indígena. 2019. Tese (Dissertação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

MALDONADO TORRES, Nelson. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do sul**. Coimbra: Almedina, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zelia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINHO, Duarcides Ferreira. Florestan Fernandes e os aspectos socio-históricos de uma integração híbrida no Brasil. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 21, n. 50, p. 182-209, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/q8V5PLRTcS5xWQYmyTvZ9Pn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 maio 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

MIGNOLO, Walter. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 94, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200507&lang=pt. Acesso em: 12 maio 2023.

MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/Projetos globais**: Colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

MIGUEZ, Samia Feitosa. **Razão ambiental do direito à terra na Amazônia**: dilemas da ordenação fundiária na ALAP BR-319. 2015. 296 f. Tese (Doutorado em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2015.

MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra (Nova edição)**: Índios e bandeirantes nas origens de São Paulo. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

MONTEIRO, John. O escravo índio, esse desconhecido. *In*: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índio no Brasil**. Brasília: MEC, 1994.

MONTEIRO, Roberta Amanajás. “**Qual desenvolvimento? o deles ou o nosso?**”: a UHE de belo monte e seus impactos nos direitos humanos dos povos indígenas. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MOREIRA, Elaine; CASTILHO, Ela Wiecko; SILVA, Tedney Moreira da. Os direitos dos acusados indígenas no processo penal sob o paradigma da interculturalidade. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [s. l.], v. 7, n. 2, 2020. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/463>. Acesso em: 5 dez. 2023.

MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses**: Conversa sobre a origem e a cultura brasileira São Paulo: Global, 2013.

MUNDURUKU, Daniel. **O Caráter Educativo do movimento social indígena brasileiro (1970-1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012.

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

OLIVEIRA, João Pacheco de. Resgatando memórias que são sementes. *In*: BRIGHENTI, Clovis Antonio; HECK, Egon Dionisio (org.). **O movimento indígena no Brasil**: da tutela ao protagonismo (1974-1988). Foz do Iguaçu: EDUNILA, 2021. Disponível em: https://portal.unila.edu.br/editora/livros/e-books/movimento_indigena.pdf. Acesso em: 2 jun. 2024.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: MEC/SECAD; Rio de Janeiro: Museu Nacional/LACED, 2006.

OLIVEIRA, Luiz Antonio de; NASCIMENTO, Rita Gomes do. Roteiro para uma história da educação escolar indígena: notas sobre a relação entre política indigenista e educacional. **Educação e Sociedade**, [s. l.], v. 33, n. 120, p. 765-781, set. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302012000300007>. Acesso em: 2 jun. 2024.

ONU faz recomendações ao Estado brasileiro no caso Raposa Serra do Sol. *In*: INSTITUTO Socioambiental. [S. l.], 14 set. 2007. Disponível em: <https://acervo.socioambiental.org/acervo/noticias/onu-faz-recomendacoes-ao-estado-brasileiro-no-caso-raposa-serra-do-sol>. Acesso em: 11 mar. 2024.

OSOWSKI, Raquel de Souza Ferreira. **Não Mais e Ainda não**: Memória, Esquecimento e o Marco Temporal para Demarcação das Terras Indígenas. 2018. 130 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica Do Paraná, Curitiba, 2018.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. **Pareceres Jurídicos**: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais. Manaus: UEA, 2007.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 115-132.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Inventário da legislação indigenista: 1500-1800. *In*: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 529-566.

PINHEIRO, Victor Marcel. O STF e o mito do legislador negativo. *In*: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

QUIJANO, Anibal. ¡Qué tal lar raza!. *In*: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo (org.). **Aníbal Quijano: Textos de fundación**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014da.

QUIJANO, Anibal. ¿Sobrevivirá América Latina?. *In*: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo (org.). **Aníbal Quijano: Textos de fundación**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014ac.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad del Poder, Eurocentrismo y América Latina. *In*: PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo (org.). **Aníbal Quijano: Textos de fundación**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2014cf.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa e MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do sul**. Coimbra: Almedina, 2010.

QUIJANO, Aníbal. De/colonialidad del poder: el horizonte alternativo. *In*: ACOSTA, Alberto (org.). **Plurinacionalidad: democracia en la diversidad**. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Dom Quixote e os moinhos de vento na América Latina. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 9-31, dez. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 27 maio 2024.

QUIJANO, Aníbal. El “movimiento indígena” y las cuestiones pendientes en América Latina. *In*: QUIJANO, Aníbal (org.). **Cuestiones y horizontes: de la dependencia históricoestructural a la colonialidad/descolonialidad del poder**. Buenos Aires: CLACSO, 2014h.

QUIJANO, Aníbal. Lo público y lo privado: un enfoque latino-americano. *In*: QUIJANO, Aníbal (org.). **Modernidad, identidad y utopía en América Latina**. Lima: Sociedad e política ediciones, 1988ba.

RANGEL, Lucia Helena. *In*: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório de Violência contra os indígenas** - Dados 2008. Brasília, DF: CIMI, 2008. Disponível em: http://www.cimi.org.br/pub/publicacoes/1242401186_abertura.pdf. Acesso em: 16 nov. 2023.

REINACH, Carolina. **O Supremo Tribunal Federal e os conflitos envolvendo demarcação de Terras Indígenas**. 2008. Monografia (Graduação em Direito) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008.

REIS, José Carlos. **As Identidades Do Brasil 1: De Varnhagen A Fhc**. 9. ed, Rio de Janeiro: FGV, 2008.

REIS, Max. A Questão das Terras Indígenas e os Governos Brasileiros do Século XXI. **Revista de Estudos Anarquistas e Decoloniais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/read/article/view/47814/0>. Acesso em: 2 jun. 2024.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Da Posse e Das Accões Possessore Segundo o Direito Pátrio Comparado Com o Direito Romano e Canonico**. Rio de Janeiro: H. Laemmert & C, 1883. Disponível em: sistemas.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/488/66543.pdf?sequence=1. Acesso em: 14 set. 2023.

RIBEIRO, Berta G. Artesanato indígena como bem comerciável. **Ensaios de Opinião**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 68-77, 1977. Disponível em: https://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/biblio%3Aribeiro-1977-artesanato/Ribeiro_1977_OArtesanatoIndigenaComoBemComerciavel.pdf. Acesso em: 2 jun. 2024.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A formação e o Sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização: A integração das populações indígenas no Brasil Moderno**. Rio de Janeiro: Global, 2017.

RODRIGUES, Douglas; ALBERTONI, Lucas; MENDONÇA, Sofia B. M. Antes sós do que mal acompanhados: contato e contágio com povos indígenas isolados e de recente contato no Brasil e desafios para sua proteção e assistência à saúde. **Saúde e Sociologia**, São Paulo, v. 29, n. 3, p. 2-14, 2020.

ROSA, Alexsander Picolo da. **Demarcação de terras indígenas: critérios jurídicos e conflitos sociais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Universidade De Passo Fundo, Passo Fundo, 2017.

SALVADOR, Frei Vicente do. **Historia Do Brasil**. Brasília, DF: Edições do Senado Federal, 2010. v. 131.

SALZANO, Francisco M. O velho e o novo: antropologia física e história indígena. *In*. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, Secretaria Municipal de Cultura, FAPESP, 1992. p. 27-36.

SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [s. l.], n. 63, p. 237-280, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma nova teoria política crítica: reinventar o estado, a democracia e os direitos humanos. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Samara Carvalho. **A Judicialização da questão territorial indígena: uma análise dos argumentos do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na (des)demarcação de terras indígenas no Brasil**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

SARLET, I. W.; SOARES, F. R. Reflexões sobre a dignidade da pessoa humana como fundamento de postulações indenizatórias no direito do trabalho. **civilistica.com**, [s. l.], v. 6, n. 2, p. 1-34, 30 dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) Humana e os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva fundamental**. 12. ed. rev. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015b.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Rio de Janeiro: Fórum, 2020.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Direitos Fundamentais Sociais: A Dignidade Humana e os Direitos Fundamentais Sociais como Referentes do Estado Democrático de Direito**. Joaçaba: Unoesc, 2016.

SEGATO, Rita. Que cada povo teça os fios da sua história. **Revista da Universidade de Brasília**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 65-92, jan./jun. 2014.

SILVA, Brisana do Brasil de Macêdo; MACEDO, João Paulo. Povos Indígenas no Brasil e a Descolonização da Psicologia. **Psicologia: Ciência e Profissão**, [s. l.], v. 41, p. 1-16, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003221362>. Acesso em: 5 dez. 2023.

SILVA, Carlos Renato da. **Política pública de demarcação das terras indígenas e a efetivação do direito fundamental dos povos indígenas**. São Paulo: Dialética, 2023.

SILVA, Cristhian Teófilo da. A homologação da terra indígena Raposa/Serra Do Sol e seus efeitos: uma análise performativa das 19 condicionantes do STF. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s. l.], v. 33, n. 98, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/339803/2018>. Acesso em: 27 maio 2024.

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. **Serviço Social & Sociedade**, [s. l.], n. 13, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282018000300480&lang=pt. Acesso em: 5 out. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Sâmela Ramos da; VASCONCELOS, Eduardo Alves. Reflexões sobre a educação escolar indígena. *In*: SARDINHA, Antonio Carlos; TENÓRIO, Adriana; REIS, Marcos Vinicius de Freitas. **Diversidade e o campo da educação: (re) leituras e abordagens contemporâneas**. Macapá: UNIFAP, 2016. p. 161-173.

SILVA, T. T. "A produção social da identidade e da diferença". *In*: SILVA, T. T. (org.). **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Petrópolis: Vozes, 2000.

SILVA, Tédney Moreira da; MONTEIRO, Roberta Amanajás. Dissonância e polifonia no processo penal brasileiro: o direito ao intérprete de línguas indígenas como garantia do sistema acusatório. **Direito e Práxis**, [s. l.], v. 14, n. 2, p. 1186–1215, abr./jun. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/S58GZPTkZKksMBZGgJhHY4R/#>. Acesso em: 2 jun. 2024.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2021.

SOUZA, Jessé. **A Construção Social da Subcidadania: Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

SOUZA, M.L.P. de. Mortalidade por suicídio entre crianças indígenas no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 15, jan. 2019.

SOUZA, Marcelo Lopes de. Relativismo cultural: uma abordagem antropológica. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s. l.], v. 16, n. 46, 2001.

STÉDILE, João Pedro (org.). **A Questão Agrária no Brasil 1: O debate tradicional: 1500- 1960**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

SUEYOSHI, Tabir Dal Poggetto Oliveira. As Sesmarias Nas Ordenações do Reino. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 695 - 711 jan./dez, 2007.

TAPEBA, Weibe. Terra e povos indígenas. *In*: Chakaruna (blog). [S. l.], 2011. Disponível em: <https://hernehunter.blogspot.com/2011/04/terra-e-povos-indigenas.html>. Acesso em: 11 out. 2023.

TEIXEIRA, Francimar Martins. Fundamentos teóricos que envolvem a concepção de conceitos científicos na construção do conhecimento das ciências naturais. **Ensaio**, Belo

Horizonte, v. 8, n. 2, p. 146-156, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/epec/a/TbzqJKFjQqdtTVvRhG4dy7q/?format=pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

TERENA, Luiz Eloy. Povos indígenas, judicialização e políticas públicas: contextualizando a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 709 no Supremo Tribunal Federal (STF) e no enfrentamento da pandemia. *In*: ALARCON, Daniela Fernandes; PONTES, Ana Lucia de Moura. **A gente precisa lutar de todas as formas**: povos indígenas e o enfrentamento da Covid-19 no Brasil. São Paulo: Hucitec, 2022.

THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**: 1500-1640. São Paulo: Loyola, 1981.

TODOROV, Tzevetan. **A conquista da América**: a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TREINTA, F. **Novas Oportunidades de Negócio com Impacto Social através da Inovação**: Proposta de Modelo de Negócio Social. 2011. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2011.

TREINTA, Fernanda Tavares *et al.* Metodologia de pesquisa bibliográfica com a utilização de método multicritério de apoio à decisão. **Production**, [s. l.], v. 24, n. 3, p. 508-520, jul./set. 2014. Disponível em: [scielo.br/j/prod/a/9BprB4MFDXfpSJqkL4HdJCQ/?format=pdf](https://www.scielo.br/j/prod/a/9BprB4MFDXfpSJqkL4HdJCQ/?format=pdf). Acesso em: 5 dez. 2023.

VAINFAS, Ronaldo. **A heresia dos índios (Nova edição)**: Catolicismo e rebeldia no Brasil colonial. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

VARNHAGEN, F. A. de. **História geral do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: E. & H. Laemmert, 1877.

VERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. Tradução de Dias, Jamille Pinheiro; Camargo, Raquel. São Paulo: Ubu Editora, 2019.

VICENTE, M. Felipe. Territorialidades e direitos indígenas no Ceará na primeira metade do século XIX: agências indígenas paiakus em Monte-Mor-o-Velho. **Acervo**, [s. l.], v. 34, n. 2, p. 1–20, 2021. Disponível em: <https://revista.arquivonacional.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/1674>. Acesso em: 9 ago. 2023.

VIEGAS, Daniel. P. **A tradicionalidade da ocupação indígena e a constituição de 1988**: A territorialização como instituto jurídico-constitucional. Manaus: UEA Edições, 2017. v. 1.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 29-51, 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/18794>. Acesso em: 25 ago. 2023.

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

WALLERSTEIN, Immanuel. **O sistema mundo moderno**: A agricultura capitalista e da economia mundo européia do século XVI. Porto: Afrontamento, 1974.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad en la educación**. Lima: Ministerio de Educación, Programa FORTE-PE, 2001.

WEHLING, Arno. **Estado, história, memória**: Varnhagen e a construção da identidade nacional. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. **À escuta da aldeia: marcadores sociais e a memória nas comunidades indígenas no Brasil Meridional**. Editora Unoesc, Xanxerê, SC, p. 1-88, 2019. Disponível em:https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/miolo_a_escuta_da_aldeia.pdf. Acesso em: 21 nov. 2023

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

YAMADA, Erika Magami. **International Human Rights Law in the context of Indigenous Peoples: Moving From Legislation To Implementation: Lands rights' cases at the Brazilian Federal Supreme Court**. Dissertação SJD apresentada na University of Arizona, Rogers E. College of Law, 2009.

**APÊNDICE A – DADOS OBTIDOS DA PESQUISA EXPLORATÓRIA
JURISPRUDENCIAL**

Palavras-Chave	Acórdãos	Decisões Monocráticas	Informativos	Nº de Documentos
Terra Indígena; Demarcação Povos Indígenas (Termos 01)	14	125	04	143
Terras Tradicionalmente Ocupadas; Demarcação; Povos Indígenas (Termos 02)	07	52	0	59
Ocupação Tradicional; Demarcação; Povos Indígenas (Termos 03)	03	53	0	56
Direito Originário; Terras Indígenas; Demarcação (Termos 04)	01	66	04	71
Posse Permanente; Demarcação; Terras Tradicionalmente Ocupadas (Termos 05)	08	74	04	86
Total de Documento Por Tipo	33	370	12	

APÊNDICE B – TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A
²CATEGORIA: DIREITOS ORIGINÁRIOS

² A tabela foi elaborada com base nos julgados mencionados ao lado. São trechos que expõem fundamentos e argumentos utilizados pela Corte. Tais informações são públicas e foram referenciadas na bibliografia e, quando citadas recuadas no corpo do texto foram também referenciadas. Os julgados transcritos são citados na metodologia, na segunda coluna da tabela e se mencionados como citação recuada também são referenciados de modo exaustivo.

Direitos Originários		
Nº	Processo/Demanda	Fundamentação
1	ADI 6062 MC-Ref	<p>14. No que respeita à finalidade da norma de reorganização ministerial, chama a atenção o fato, já destacado pelo requerente, de que se transferiu o poder de manifestação em processo de licenciamento ambiental e de demarcação de terras indígenas justamente ao Ministério da Agricultura, Pesca e Abastecimento - MAPA, responsável pelo fomento do agronegócio e da atividade pesqueira[3]. Muito claramente, a demarcação de terras indígenas e a preservação do meio ambiente são interesses que podem se contrapor e limitar a expansão das atividades que o MAPA deve promover.</p> <p>15. Por outro lado, como é de conhecimento geral, a FUNAI foi o órgão incumbido das demarcações de terras dos povos indígenas por mais de 50 anos. Detém expertise na tutela dos interesses de tais povos, expertise esta que pressupõe a compreensão do seu universo cultural e existencial e da sua relação com a terra. A terra é o bem do qual o indígena retira o alimento, a subsistência e a saúde. É o lugar em que exerce seu direito à moradia. É o espaço em que realiza seus ritos, seus cultos, onde estão enterrados seus antepassados, onde é produzida a sua arte, onde se estabelece sua relação com a transcendência. A terra é, portanto, o elemento nuclear essencial à proteção do modo de existir e de viver do indígena. Atenta a tais aspectos, a Constituição de 1988 garantiu aos povos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, atribuindo à União o dever de demarcá-las (art. 231). Confira-se: "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. [...]" (Grifou-se)</p>
2	MS 28541 ED-AgR	<p>Repisando o caput do artigo 231 do texto constitucional, São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Portanto, e em se considerando que, nos termos do artigo 20, XI da Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de domínio da União, trata-se de procedimento administrativo da União, a identificar essas terras e demarcá-las no interesse das comunidades indígenas que ocupam de modo tradicional essas áreas. Direitos originários sobre as terras que ocupam A fim de melhor compreender os requisitos da configuração da posse indígena tutelada pelo ordenamento constitucional, rememoro que o caput do artigo 231 reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Explicitando o conceito de ocupação tradicional, o §1º do referido artigo dispõe que São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em</p>

		caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
3	MS 28541 ED-AgR	Sendo assim, e estando completamente alijadas do modo de vida ocidental, de que modo farão prova essas comunidades de estarem nas áreas que ocupam em 05 de outubro de 1988? Se muitas dessas comunidades sequer são conhecidas pelo órgão indigenista, sendo meramente estimadas sua existência e quantidade de indivíduos, como assegurar com exatidão suas terras por meio do fato indígena? Portanto, assegurar aos índios os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam não se confunde com uma usucapião imemorial, que exigisse, de forma automática, a manutenção da presença indígena na área na data exata de 05 de outubro de 1988, considerando-se a ausência de descontinuidade da proteção constitucional e legal desse direito ao longo da história brasileira, bem como os constantes abusos, invasões e desterritorializações ocorridos, à margem da legislação, mas que não considero tenham sido legitimados pelo ordenamento jurídico. 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 tradicional indígena (...) Pelas razões acima elencadas, concluo que a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.
4	ADC 42	Surge impróprio, contudo, a pretexto de viabilizar a produção econômica de entes federados com significativa porção do território alcançada por restrições ambientais, descaracterizar espaços especialmente protegidos. Observem a organicidade do Direito, sobretudo o ambiental. Territórios indígenas, reservas legais e unidades de conservação desempenham funções distintas. Os territórios indígenas não guardam relação com a tutela ambiental, embora naturalmente nessas áreas haja maior nível de preservação ambiental, considerada a relação dos povos indígenas com a natureza. O fundamento da demarcação desses territórios é o reconhecimento, pelo Constituinte, de direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, conforme previsto no artigo 231 da Constituição Federal. É impertinente reduzir a recomposição de área de reserva legal com base na existência de territórios indígenas na região, protegidos a partir de outro preceito constitucional. Vale notar que as áreas de reserva legal e unidades de conservação não desempenham a mesma função. Apesar de ambas promoverem o abrigo da fauna silvestre e da flora nativa, as áreas de reserva legal, ao contrário das reservas biológicas, por exemplo, preveem a intervenção humana no respectivo espaço. A ressaltar essa óptica, relativa à distinção entre os mencionados espaços, as áreas de reserva legal envolvem dever de proteção implementado pelo particular na respectiva propriedade, enquanto as unidades de conservação referem-se ao dever do Estado de promover diretamente espaços especialmente protegidos.

5	ADPF 709 MC-Ref	14. Como já mencionado, a Constituição de 1988 assegura aos povos indígenas o direito à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (CF, art. 231). Na mesma linha, a Convenção 169 da OIT, vinculante para o Brasil, assegura o direito dos povos indígenas à autodeterminação e à identidade cultural (artigos 2º, 1; 4º, 1 e 2; 5º e 7º)[13]. Já no plano interno, a Constituição de 1988 consagra o direito dos povos indígenas à sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, bem como os “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (CF, art. 231), além de proteger seus direitos fundamentais à vida (art. 5º, caput) e à saúde (arts. 6º e 196).
6	ACO 312	6. Observo desde logo que, no Brasil, disputa por terra indígena entre quem quer que seja e índios consubstancia algo juridicamente impossível. Pois quando dizemos disputa aludimos a uma oposição entre direitos e, no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum. 7. O que pretendo neste ponto afirmar é que hoje, ao reconhecer aos índios direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o artigo 231 da Constituição do Brasil consubstancia desdobramento normativo do Alvará de Io de abril de 1680. No caso não é preciso contudo recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o indigenato, mesmo porque ela deve ser acatada com alguns temperamentos, como anotou, percucientemente, o Ministro Marco Aurélio no RE 219.983. Ainda que seja assim, aqui se impõe breve alusão à evolução da legislação atinente ao tema de que cogitamos.
7	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF) . 5.2 . Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinde qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.
8	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 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.
9	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura pré-européia ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que "os direitos originários" sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, "reconhecidos" (parte inicial do art. 231, caput); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 <i>não</i> restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. Daí a regra de que "São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé". Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. Também assim o prefalado absurdo jurídico de se afirmar que "índio atrapalha o desenvolvimento", pois o desenvolvimento que se fizer sem os índios, ou, pior ainda, contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, será o mais rotundo desrespeito ao objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da nossa Constituição, assecuratório de um de um tipo de "desenvolvimento nacional" francamente incorporador da realidade indígena.
10	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	Em suma, a carga de proteção constitucional que se extrai do reconhecimento de "direitos originários" é logicamente maior do que a defluente da simples outorga de direitos que não gozam de tal qualificação. É a diferença que existe entre norma especial e norma geral, esta a sucumbir perante aquela. Quanto mais que, em matéria de tutela dos "direitos e interesses indígenas", as normas constitucionais se categorizam como de natureza especialíssima, carregadas que são de uma finalmente clara consciência histórica de compensação e de uma cósmica percepção de que nos índios brasileiros é que vamos encontrar os primeiros elos de uma identidade nacional que urge, mais que tudo, preservar.
11	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	se, para os padrões culturais dos não-índios, o imprescindível ou o necessário adquire conotação estrita, no sentido de que "somente é dos índios o que lhes for não mais que o suficiente ou contidamente imprescindível à sua sobrevivência física", já sob o visual da cosmogonia indígena a equação é diametralmente oposta: "dêem-

		<p>se aos índios tudo que for necessário ou imprescindível para assegurar, contínua e cumulativamente: a) a dignidade das condições de vida material das suas gerações presentes e futuras; b) a reprodução de toda a sua estrutura social primeva. Equação que bem se desata da locução constitucional "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", pela cristalina razão de que esse reconhecimento opera como declaração de algo preexistente. Preexistente, por exemplo, à própria Constituição. Como também preexistente, enfatize-se, à transformação de um Território Federal em Estado-membro. Pois o que se tem, nesse tipo de transformação de Território em Estado-membro é apenas a concessão ou o deferimento de um <i>status</i> de ente federado a quem não o detinha. Daí o § 1º do art. 14 do ADCT bem assinalar que a instalação dos Estados do Amapá e de Roraima ocorreria (somente ocorreria, entenda-se)"com a posse dos governadores eleitos em 1990". Por conseqüência, o novo Estado <i>já</i> nasce com seu território jungido a esse regime constitucional da preexistência de direitos à ocupação de terras que, por serem indígenas pertencem à União. É a diferença entre o "doravante", favorecedor dos novos Estados, e o "desde sempre", superiormente favorecedor dos indígenas. Não cabendo falar, então, frente a "direitos originários", de coisas como redução do patrimônio ou subtração do território estadual a cada ato de demarcação de terras indígenas.</p>
12	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>A Constituição falou de "índios", na forma plural, também para dar conta de mais de uma centena de etnias autóctones já conhecidas no território brasileiro por ocasião dos trabalhos constituintes de 1987/1988 (227 etnias e 180 línguas ou dialetos, segundo dados oficiais da Fundação Nacional do Índio - FUNAI). Sendo assim, não há como refugar o juízo de que os índios foram normatizados numa dada situação socialendógena (<i>intra</i> ou <i>monoétnica</i>, destarte) e num concreto ambiente fundiário, porquanto coletivamente considerados de permeio com as terras por eles tão originária quanto permanentemente possuídas e tradicionalmente ocupadas. Exatamente porque dessa espécie de perdurável relação orgânica entre cada etnia indígena e o seu ainda rústico <i>habitat</i> é que se pode falar de direitos originários. Como também se pode falar de uma cultura tão diferenciada quando geradora de todo um perfil coletivo. Tudo a ser documentado em criteriosos laudos antropológicos, pois a sociedade "pluralista" de que trata o preâmbulo da nossa Constituição é do tipo social genérico, e, por isso mesmo, copiosa o bastante para alcançar as próprias diferenças entre os índios de uma etnia e de outra.</p>
13	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>Se não índios invadiram essas terras, quebrando-lhes a continuidade, formando áreas de ocupação não-indígena, isso significa usurpação dos direitos originários dos índios contra as normas constitucionais que os reconhece. Logo, admitir uma demarcação que <i>ressalve essas 'ilhas' usurpatórias o mesmo é que praticar um ato inconstitucional e nulo. Primeiro, porque essas usurpações, se aceitas no processo demarcatório, constituem formas de aquisição de terras inalienáveis e indisponíveis, conforme dispõe o § 4º do art. 231 da Constituição. Segundo, porque essas inserções são atos que têm por objeto a ocupação, o domínio e a posse daquelas terras, por não índio, pelo que, nos</i></p>

		<i>termos do § 5º do art. 231, são atos nulos, extintos, que não produzem efeitos jurídicos. Terceiro, porque as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, conforme o art. 231 e seus §§ 1º e 2º são bens do domínio da União, ou seja, são terras públicas, não devolutas, porque têm destino específico e, por isso, não podem ser objeto de apropriação por via de ocupação, já que os direitos sobre elas - dos índios e da União - são imprescritíveis, o mesmo é dizer, não são usucapíveis, portanto, por aí também se reafirma que são inserções, ocupações ou usurpações nulas e sem nenhum efeito, e muito menos podem condicionar a fragmentação das terras indígenas. pelos índios têm que ser demarcadas na sua integridade e continuidade" (Parecer, ps. 12 e 13 - grifos nossos).</i>
14	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	7. Daí porque não é mais necessário recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o indigenato ² . A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupavam na data da sua promulgação. Direi, pois, ainda outra vez: disputa entre agentes econômicos e índios, por terra indígena, consubstancia disputa juridicamente impossível; em situações como tais não há oposição de direitos; ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum. Em termos gentis, embora plenos de vigor: a suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol houvesse disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configuraria evidente tolice, rematada insensatez.
15	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.
16	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol.	[...] E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão. Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". O termo "originários" a traduzir uma situação jurídicosubjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. [...] Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal.
17	RE 1017365 – Caso Xokleng	4. Ao reconhecer aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas, anteparo em face de majorias eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso. 5. O texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais originários dos indígenas, que lhe preexistem, logo, o procedimento

		administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver da comunidade.
18	RE 1017365 - Caso Xokleng	8. As terras de ocupação tradicional indígena foram objeto de tutela legal desde a colônia e pelas Constituições desde a Lei Magna de 1934, razão pela qual não se justifica normativamente que a Constituição de 1988 constitua termo para verificação dos direitos originários dos índios, pois ausente fratura protetiva em relação à tutela de seus direitos territoriais, a autorizar a apropriação particular dessas áreas. 9. A proteção constitucional aos “ <i>direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam</i> ” independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.
19	RE 1017365 - Caso Xokleng	16. Há compatibilidade constitucional da dupla afetação da área como terra indígena e como de proteção ambiental, assegurando-se às comunidades o exercício dos direitos originários de acordo com seus usos, costumes e tradições.
20	RE 1017365 - Caso Xokleng	III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição
21	RE 1017365 - Caso Xokleng	Ao reconhecer “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o artigo 231 tutela aos indígenas brasileiros direitos individuais e coletivos a ser garantidos pelos Poderes Públicos por meio de políticas que preservem a identidade de grupo e seu modo de vida, cultura e tradições.
22	RE 1017365 - Caso Xokleng	assegurar aos indígenas os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam não se confunde com uma usucapião imemorial, que exigisse, de forma automática, a manutenção da presença indígena na área na data exata de 05 de outubro de 1988, considerando-se a ausência de descontinuidade da proteção constitucional e legal desse direito ao longo da história brasileira, bem como os constantes abusos, invasões e desterritorializações ocorridos, à margem da legislação, mas que não considero tenham sido legitimados pelo ordenamento jurídico. 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 tradicional indígena. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.
23	RE 1017365 - Caso Xokleng	A atual Carta da República entende como fundamentais os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ao Estado brasileiro cabe a promoção do processo demarcatório delas, de modo a garantir os direitos, imprescritíveis, à posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos das áreas reconhecidas como de ocupação tradicional. Após a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e tribais, o Brasil promulgou o Decreto n. 5.051/2004,

		reconhecendo a relação especial desses povos com a terra, base de sua sobrevivência cultural e econômica.
24	RE 1017365 – Caso Xokleng	Portanto, acompanho o Relator, Ministro Edson Fachin, quanto à racionalidade do cerne do seu voto, reafirmando que a escolha do Constituinte originário foi no sentido de que a proteção constitucional dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas independe da existência de um marco temporal em 5/10/1988. Ainda, comungo do entendimento do Relator quanto ao direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, nos termos do art. 231, § 6º da Constituição.
25	RE 1017365 – Caso Xokleng	O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos indígenas direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, desde que demonstrado o vínculo de tradicionalidade atual com a terra por meio de perícia antropológica, cabendo à União e à Funai proteger tais terras enquanto em curso o processo de demarcação. Assim eu resolvia, com essa tese, o caso concreto. Simples assim, porque o caso me parece muito simples. É uma mera contraposição da norma constitucional que assegura o direito às terras originárias indígenas a um suposto direito de propriedade do Estado de Santa Catarina, que, evidentemente, não se sobrepõe, nas circunstâncias, ao direito originário das comunidades indígenas.
26	RE 1017365 – Caso Xokleng	A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988, ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição Federal.
27	RE 1017365 – Caso Xokleng	III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal; IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

**APÊNDICE C - TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A
CATEGORIA: POSSE INDÍGENA³**

Posse Indígena		
Nº	Processo/Demanda	Fundamentação
1	ADI 3239	De fato, a posse indígena sobre as terras que ocupam é reconhecida pelo ordenamento jurídico incidente no Brasil desde o Alvará Régio de 1680, e vem sendo positivada nos textos constitucionais desde a Carta de 1934. Ademais, o artigo 231 é expresso ao prever a nulidade de quaisquer títulos possessórios ou de domínio nas terras de ocupação tradicional indígena: 52. Veja-se que noção semelhante – mas não exatamente igual – está contemplada no próprio Caso Raposa Serra do Sol, em que o Supremo observou que a saída que rompe a continuidade e a tradicionalidade de uma posse indígena é aquela espontânea, e não a decorrente de renitente esbulho, praticado por não índios. No caso, reconheceu-se que a população fora retirada da área contra a sua vontade, que não retornou ao território porque foi impedida, mas que permaneceu a ele vinculada, tanto assim que ainda faz uso de seus recursos ambientais e naturais, praticando a caça e a coleta na região[19]. 53. Ocorre que, no julgamento do Ag. Reg. no RE com Agravo 803.462, rel. Min. Teori Zavascki, manifestou-se o entendimento de que para a configuração do esbulho renitente haveria a necessidade de comprovar a existência de "situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual, vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988". Afirmou-se, ainda, que o conflito deveria se materializar "por circunstâncias de fato ou, pelo
2	ADI 3239	Entende Sua Excelência, que há base legal para se emitir o regulamento, dentro de marcos legais já definidos, inclusive da convenção internacional. 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

³ A tabela foi elaborada com base nos julgados mencionados ao lado. São trechos que expõem fundamentos e argumentos utilizados pela Corte. Tais informações são públicas e foram referenciadas na bibliografia e, quando citadas recuadas no corpo do texto foram também referenciadas. Os julgados transcritos são citados na metodologia, na segunda coluna da tabela e se mencionados como citação recuada também são referenciados de modo exaustivo.

		Maranhão, e Marambaia, aqui no Rio de Janeiro, em que a interpretação sobre uma ou outra compreensão leva a conflitos e impasses.
3	MS 34250 AgR	<p>É inquestionável a centralidade de que se reveste a questão pertinente às relações que os povos indígenas mantêm com a terra, valendo acentuar que essa matéria tem merecido a tutela e disciplina não só do ordenamento constitucional brasileiro (notadamente a partir da Constituição de 1934), mas, também, a preocupação da comunidade internacional, como resulta claro da Convenção OIT nº 107 (promulgada pelo Decreto nº 58.824/1966) e, mais recentemente, da Convenção OIT nº 169 (já incorporada ao nosso direito interno pelo Decreto nº 5.051/2004), quer seja o tema analisado à luz do antigo instituto do indigenato – cuja ancianidade deita raízes no direito reinol, mais precisamente no Alvará Régio de 1º de abril de 1680 (JOÃO MENDES JÚNIOR, “Os Indígenas do Brasil: seus Direitos Individuais e Políticos”, 1912, Tipografia Hennes Irmãos, São Paulo; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Comentário Contextual à Constituição”, p. 889/890, item n. 4, 7ª ed., 2010, Malheiros; ALCIR GURSEN DE MIRANDA, “O Direito e o Índio”, p. 74, item n. 7.4.2.3, 1994, Cejup/IHGERR; LUIZ FELIPE BRUNO LOBO, “Direito Indigenista Brasileiro”, p. 48, item n. V.4, 1996, LTr; MARCO ANTÔNIO BARBOSA, “Os Povos Indígenas e as Organizações Internacionais: Instituto do Indigenato no Direito Brasileiro e Autodeterminação dos Povos Indígenas”, in “História em reflexão”, vol. 1, n. 2, 2007; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 7/446-447, 1995, Saraiva; PEDRO LENZA, “Direito Constitucional Esquematizado”, p. 1.233/1.234, item n. 19.10.4, 16ª ed., Saraiva, v.g.) –, quer seja ele apreciado sob a égide da teoria do fato indígena, tal como formulada, com apoio em autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 2/291-293, 2ª ed., 1999, Saraiva; TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “Direito Constitucional: Liberdade de Fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas”, p. 504/507, item n. 3, 2007, Manole), pelo saudoso Ministro MENEZES DIREITO no julgamento plenário da Pet 3.388/RR, Rel. Min. AYRES BRITTO. É por tal razão que a posse indígena – que se qualifica como direito fundamental estritamente vinculado “não só à questão da moradia, mas, também e principalmente, à noção de habitat e à identidade coletiva” dos grupos indígenas (ROBÉRIO NUNES DOS ANJOS FILHO, “in” “Comentários à Constituição Federal de 1988”, p. 2.406/2.407, obra coletiva coordenada por Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, 2009, Forense; LUÍS DE FREITAS JÚNIOR, “Hermenêutica Constitucional da Posse Indígena”, “in” Revista da AGU nº 15, p. 144/145, 2008) – exige, para configurar-se, para além da mera ocupação física, a conjugação de outros fatores, como aqueles de caráter econômico, de natureza cultural e antropológica e, ainda, os de índole ecológica, a evidenciar, em decorrência de sua própria complexidade, que a posse indígena, tal como disciplinada pelo texto constitucional, não se reduz à dimensão nem se confunde com a noção ou com o conceito privatísticos de posse meramente civil.</p>

4	MS 34250 AgR	<p>Não constitui demasia observar, neste ponto, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de sua destinação constitucional, a fins específicos, voltados, essencialmente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais, tudo a justificar, como enfatizado na presente decisão, a distinção conceitual entre posse civil, de um lado, e posse indígena, de outro, em abordagem que esta Suprema Corte já fizera no memorável julgamento plenário do RE 44.585/MT, Red. p/ o acórdão Min. VICTOR NUNES LEAL (RTJ 20/242-247), quando declarou a inconstitucionalidade de determinada lei matogrossense que havia reduzido, em extensão, terras anteriormente reservadas a certo grupo indígena. A Constituição da República, na realidade, criou, em seu art. 231, § 1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar, aos índios, o exercício dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º) e, de outro, a proporcionar, às comunidades indígenas, bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, “caput” e seu § 1º). Daí a advertência de LUIZ FELIPE BRUNO LOBO (“Direito Indigenista Brasileiro”, p. 53, 1996, LTr), para quem “A propriedade das terras indígenas outorgada à União nasce com o objetivo de mantê-las reservadas a seus legítimos possuidores. Há um vínculo indissolúvel entre a reserva a que se destina e a natureza desta propriedade. Por esta razão são terras inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis” (grifei). Emerge, claramente, do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.</p>
5	ACO 304	<p>A POSSE INDÍGENA NÃO SE CONFUNDE COM O CONCEITO CIVILISTA DE POSSE OU DOMÍNIO, MAS SIM COM O HABITAT DE UM POVO, COMPREENDIDO SEGUNDO SEUS COSTUMES E TRADIÇÕES.</p> <p>Não é, entretanto, qualquer posse indígena que há de ser considerada para o fim de caracterização do patrimônio público federal. O saudoso Ministro Victor Nunes Leal, em voto proferido no RE 44.485, esclarecendo a importante questão, adverte: “Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista do vocábulo; 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.” Assim, o <i>uti possidetis</i>, gravado pela</p>

		inalienabilidade, da Carta de 1934, foi substituído, na de 1967, pelo usufruto, instituto que conferia aos índios maior proteção.
6	ACO 304	<p>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.</p> <p>Como descreve Edílson 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, Edílson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 189) (...)</p> <p>Portanto, não é o conceito de posse civil que deve guiar a delimitação da extensão de terras necessárias à ocupação tradicional dos índios, mas sim a investigação da posse indígena, com todos os seus atributos. Assim, se o Estado do Mato Grosso não conseguiu demonstrar o domínio sobre as áreas em relação às quais sustenta ter promovido a alienação à Autora, que por sua vez pretende receber indenização por desapropriação indireta, é certo que não poderia ter vendido as referidas terras, pois não se tratava de terra devoluta, mas de área de propriedade da União, destinada ao exercício da posse indígena, restando de todo indevida a pretensão autoral.</p>
7	ACO 362	<p>Embora se tenha fixado a data da promulgação da Constituição da República de 1988 como marco temporal para o reconhecimento aos índios “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, reconheceu-se a necessidade de depuração da “continuidade suficiente da posse indígena”, no decorrer do tempo ser até o dia 5 de outubro de 1988 (...) Além disso, também Vossa Excelência, eminente Ministro-Relator distinguiu - e como não poderia deixar de ser, o fez muito bem - a questão atinente à denominada posse indígena que, na verdade, é mais do que posse, porque se refere ao habitat, usos, costumes e tradições, com a posse civil, que cuida de um outro universo, ambos legítimos, mas em searas completamente distintas com assento no texto constitucional, como Vossa Excelência fez referência, entre outros, ao caput do art. 231 da Constituição.</p>
8	ACO 362	<p>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. Portanto, não é o conceito de posse civil que deve guiar a delimitação da extensão de terras necessárias à ocupação tradicional dos índios, mas sim a investigação da posse indígena, com todos os seus atributos. Portanto, se o Estado do Mato Grosso não consegue demonstrar o domínio sobre as áreas em relação às quais pretende receber indenização por desapropriação indireta, é certo que não poderia ter alienado terras dentro dos limites do Parque Indígena do Xingu, pois não se tratava de terra devoluta, mas de área de propriedade da União, destinada ao exercício da posse indígena, restando de todo indevida a pretensão autoral.</p>
9	RMS 35062 AgR	<p>A verificação da posse indígena em processo de demarcação de terras exige dilação probatória, o que não é admitido em sede de</p>

			mandado de segurança. Precedentes: RMS 27.255 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 11/12/2015; MS 31.245 AgR, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 04/09/2015, e MS 25.483, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 14/09/2007.
10	MS 28541 AgR	ED-	A posse indígena é reconhecida pela Constituição, consistindo o procedimento demarcatório em ato administrativo de declaração da ocupação tradicional da terra, mas não constitui a posse. Assim, faz-se necessária a elaboração de laudo técnico antropológico, a fim de demonstrar a tradicionalidade da área, os usos, costumes e tradição da comunidade indígena, e que só pode ser desconstituído por meio de prova de que o disposto no art. 231 não fora respeitado, inexistindo hierarquia primária de título proprietário sobre terra indígena, a possibilitar o acolhimento da pretensão mandamental
11	MS 28541 AgR	ED-	Quando se trata de questionar a posse indígena por particulares ou mesmo entes estaduais que aleguem deter a propriedade da área, as ações possessórias e anulatórias de demarcação configuram-se nas demandas que, por essência, vicejam nos Tribunais pátrios. Para bem equacionar a questão, faz-se necessário expandir a moldura jurídica colocada pela demanda concreta saber se há ou não direito à reintegração de posse para desvelar o sentido das normas expostas pelo artigo 231 e seus sete parágrafos, que se traduzem no coração dos direitos possessórios dos índios e suas comunidades. (...) Portanto, muito embora a homologação do procedimento tenha como finalidade a exteriorização da posse indígena, com o consequente registro da área na Secretaria de Patrimônio da União, repita-se que o procedimento demarcatório não constitui terra indígena em nenhuma de suas fases, mas apenas reconhece a existência da posse tradicional preexistente
12	MS 28541 AgR	ED-	(...) esta Corte que a posse indígena difere-se frontalmente da posse civil, não sendo portanto regulada pela legislação privatística vigente, mas sim pelas previsões constitucionais configuradoras do direito territorial indígena. A posse indígena, portanto, não se iguala à posse civil; ela deságua na própria formação da identidade das comunidade dos índios, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra. (...) O conceito constitucional de posse indígena é ainda reforçado pelo contido na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em 27 de junho de 1989, aprovada internamente pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, sendo promulgada em 19 de abril de 2004: Portanto, não é o conceito de posse civil que deve guiar a delimitação da extensão de terras necessárias à ocupação tradicional dos índios, mas sim a investigação da posse indígena, com todos os seus atributos. Direitos originários sobre as terras que ocupam A fim de melhor compreender os requisitos da configuração da posse indígena tutelada pelo ordenamento constitucional, rememoro que o caput do artigo 231 reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam . Logo, a proteção constitucional à posse indígena se verifica desde a Carta de 1934, e tem relevo diversas formas e espécies de reconhecimento legislativo da ocupação indígena, desde a época da Colônia. Tomada a questão pelo aspecto normativo, e considerando que as terras de ocupação indígena, ao

		<p>menos diante da perspectiva legal, eram protegidas pelo ordenamento jurídico e em especial pelas Constituições desde a de 1934, não se justifica normativamente a teoria do fato indígena, uma vez que não depreendo da Constituição nenhuma fratura em relação à tutela dos direitos territoriais indígenas, porquanto a simples apropriação dessas terras por parte de particulares, incentivada ou não pelos entes públicos, jamais foi permitida pelos textos constitucionais. Analisada a trajetória constitucional da tutela da posse indígena, compreendo que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um continuum, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham os índios novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 05 de outubro de 1988. Analisada a trajetória constitucional da tutela da posse indígena, compreendo que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um continuum, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham os índios novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 05 de outubro de 1988. Nessa perspectiva de continuidade, na qual jamais se constitucionalizou a posse dessas terras por parte de terceiros não-índios, não se pode juridicamente inferir do texto atualmente vigente a ilação de que se teriam por legitimados os atos de retirada dos indígenas das terras de posse tradicional. É certo que, a despeito da proteção constitucional e legislativa, os índios foram, efetivamente, desapossados de grande parte de seu território tradicional, num primeiro momento, para utilização como mão-de-obra, depois para tomada das áreas para ampliação do território nacional habitado e utilização no agronegócio. Inclusive porque a legitimação da posse obtida por meio violento e injusto não é admitida sequer pela legislação civil (Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária); assim, como poderia a ordem constitucional de 1988 ignorar toda a evolução legislativa anterior e legitimar a obtenção das terras indígenas por meio da violência, desqualificando o direito dessas comunidades, retiradas à força de seus territórios tradicionais, de buscar a reparação do direito que sempre possuíram e foram impedidas de retomar pelo próprio Estado, por ação ou omissão, que as deveria proteger? Ainda, ressalto que a teoria do marco temporal deixa insolúveis algumas questões fundamentais para a qualificação da posse indígena. Primeiramente, é mister apontar que a Lei nº 6.001/1973, Estatuto do Índio, dispõe em seu artigo 21 sobre as terras abandonadas voluntariamente pelos índios</p>
13	MS 28541 ED-AgR	<p>Da configuração do esbulho É possível apontar-se que a decisão prolatada na Pet nº 3.388 não se limitou a reconhecer a existência de um marco temporal para a configuração da tutela constitucional à posse indígena, mas compreendeu que esse direito não se perderia quando configurado o renitente esbulho praticado contra a comunidade, que impedisse esse estar na terra tradicionalmente</p>

	<p>considerado: Logo, abarcar o pluralismo que compreende a distinção dos modos de vida indígena, das várias etnias e comunidades com terras ainda por demarcar, exige que o julgador valere o trabalho técnico antropológico como sendo aquele a demonstrar a tradicionalidade da posse indígena, a ligação com o território, de acordo com seus usos, costumes e tradições, de modo a perfazer os requisitos do §1º do artigo 231 da Constituição Federal. Ressalte-se, uma vez mais, que não se avalia a ocorrência da posse indígena da mesma forma como a posse civil, pois a terra para os índios não possui a mesma finalidade primordialmente econômica, mas serve de habitat, de fonte de alimento e de exercício de sua cultura, donde a necessidade do recurso ao conhecimento especializado para a definição da tradicionalidade da posse. No entanto, ao afastar o chamado marco temporal como definidor da tutela constitucional à posse indígena, é preciso revisar a questão sob outras luzes. Evidentemente, não se trata, aqui, de considerar a hipótese de conveniência e oportunidade do Administrador ao revisar ato administrativo, pois em se tratando de terras indígenas, de direito fundamental dos povos indígenas, todos os estudos devem estar jungidos a demonstrar a efetiva ocorrência das características do §1º do artigo 231, inexistindo espaço para avaliação discricionária. (...) Os desdobramentos que explicitam o exercício da posse indígena são necessários, a uma, porque se trata de uma posse qualificada, distinta da posse civil; a duas, porque se trata de domínio da União, ou seja, a propriedade da área não pertence à comunidade indígena, mas é afetada à ocupação tradicional indígena. Por essa razão, o §2º do artigo 231 da Constituição destina essas terras à posse permanente do grupo indígena, com o usufruto exclusivo do solo, rios e lagos ali existentes. Como acima já se mencionou, por não se tratar de posse com finalidade mercantil, mas de habitat para a comunidade, segundo seus usos, costumes e tradições, a Constituição assegura a posse permanente das terras, evitando assim que a etnia seja reduzida ou mesmo desapareça pela desterritorialização, bem como que toda a cultura daquela comunidade se desenvolva e seja transmitida para as gerações futuras, dado o vínculo indissolúvel entre os índios e seu território. Dessa feita, asseguram-se aos indígenas o uso e fruição das riquezas do solo, rios e lagos existentes na terra indígena, de forma exclusiva. Isso significa a impossibilidade de concessão de qualquer forma de direito real ou pessoal sobre essas riquezas a terceiros externos à comunidade indígena em favor da qual se configure a ocupação tradicional, ou mesmo a realização de atos negociais com os índios que lhes retire da condição de usufrutuários exclusivos da terra. Mesma ratio informa o disposto nos §§ 3º, 5º e 7º do dispositivo constitucional, com a garantia de oitiva prévia das comunidades afetadas em caso de aproveitamento de recursos hídricos e pesquisa e lavra de riquezas minerais, desde que haja aprovação específica do Congresso Nacional e participação na lavra, na forma da lei; vedação de remoção das comunidades indígenas de suas áreas, em razão da posse permanente e exclusiva, fora das hipóteses constitucionais, assegurado o retorno tão logo passada a causa da retirada provisória; e a vedação à garimpagem em terras indígenas. Tudo a corroborar a posse permanente com usufruto exclusivo das</p>
--	--

		<p>riquezas naturais pelo índios Compatibilidade da posse indígena com a proteção ao meio ambiente A questão relativa à compatibilidade entre a ocupação tradicional indígena, segundo seus usos, costumes e tradições, e a proteção ao meio ambiente foi reconhecida no julgamento da Pet nº 3.388, nos seguintes termos:</p> <p>15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. Das ações possessórias Configurados todos os elementos constitucionais que definem a posse indígena, retorna-se à questão relativa às ações possessórias de particulares pleiteando manutenção ou reintegração de posse de áreas de ocupação tradicional indígena. Como acima afirmei, essas ações judiciais revelam a incúria por parte dos órgãos públicos em respeitar o disposto no artigo 231 do texto constitucional, no prazo conferido pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pois se em prazo razoável as demarcações de terras indígenas tivessem sido levadas adiante no Brasil, grande parte dessas demandas possessórias inexistiria. Nessas demandas, coloca-se em conflito o direito civil à posse, compreendida como expressão dos poderes proprietários, e de outro, o direito constitucional indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, rememore-se que os direitos territoriais indígenas são originários, e não são constituídos pelo procedimento demarcatório, mas meramente reconhecidos pelo ordenamento constitucional, consistindo a demarcação em obrigação da União a fim de delimitar a extensão da área a ser por ela tutelada, seja em nome do domínio federal, seja pela garantia ao direito fundamental dos índios à posse de suas terras. Ademais, os atos que tenham por objeto posse, domínio ou ocupação desses territórios, ou exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, são nulos e extintos, nos termos do §6º do art. 231. Diante desse cenário, e especialmente em se considerando que os indígenas dependem da instauração e da finalização de procedimento demarcatório por parte da FUNAI e da União, e estando estas em mora notável quanto ao desempenho de seu mister constitucional, não parece que a hierarquização do título proprietário como prova inafastável da posse justa se preste à melhor solução do litígio. Levando-se em consideração todo o acima exposto, é mister asseverar que, efetivamente, as ações possessórias presente em nosso ordenamento processual civil não são adequadas para o tratamento de litígios com tal envergadura constitucional. Nada obstante, o juiz que analisa essa espécie de litígio, ainda que se trate de processo com rito abreviado, deverá, primeiramente, considerar os elementos caracterizadores da posse indígena, como colocado no presente voto</p>
14	ACO 312	<p>8) A BAIXA DEMOGRAFIA INDÍGENA NA REGIÃO EM CONFLITO EM DETERMINADOS MOMENTOS HISTÓRICOS, PRINCIPALMENTE QUANDO DECORRENTE DE ESBULHOS PERPETRADOS POR FORASTEIROS, NÃO CONSUBSTANCIA ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO CARÁTER PERMANENTE DA POSSE DOS SILVÍCOLAS. A</p>

		<p>REMOÇÃO DOS ÍNDIOS DE SUAS TERRAS POR ATOS DE VIOLÊNCIA NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR-LHES O RECONHECIMENTO DA TRADICIONALIDADE DE SUA POSSE. IN CASU, VISLUMBRA-SE A PERSISTÊNCIA NECESSÁRIA DA COMUNIDADE INDÍGENA PARA CONFIGURAR A CONTINUIDADE SUFICIENTE DA POSSE TIDA POR ESBULHADA. A POSSE OBTIDA POR MEIO VIOLENTO OU CLANDESTINO NÃO PODE OPOR-SE À POSSE JUSTA E CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADA.</p>
15	ACO 312	<p>8. A chamada Lei de Terras de D. Pedro II [Lei n. 601, de 18.09.1850] já em 1.850 estabelecia, em seu artigo 12, que “[o] Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização indígena”. 9. O decreto n. 1.318, de 30.01.1854, regulamentou-a, seu artigo 75 estabelecendo que “[a]s terras reservadas para colonização de indígenas, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização” (grifei). 10. A Constituição republicana de 1891 manteve o regime anterior: “Art. 83 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita e implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos seus princípios nela consagrados.” 11. O decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, criou o Serviço de Proteção ao índio, seus artigos 3º e 10 estabelecendo que: “Art. 3º. O Governo Federal, por intermédio do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, e sempre que for necessário, entrará em acordo com os Governos dos Estados e dos municípios: a) para que se legalizem convenientemente as posses de terras actualmente ocupadas pelos índios. [. . .] Art. 10. Si os índios, que estiverem actualmente aldeados, quizerem fixar-se nas terras que occupam, o governo providenciará de modo a lhes ser mantida a effectividade da posse adquirida” [grifei]. 12. Nesse quadro e clima sobreveio a Lei baiana n. 1.916/26, de que neste caso cogitamos. 13. O artigo 10 e parágrafos do decreto n. 5.484, de 27.06.1928, dispuseram no seguinte sentido: “Art. 10. O Governo Federal promoverá a cessão gratuita para o domínio da União das terras devolutas pertencentes aos Estados, que se acharem occupadas pelos índios, bem como a das terras das extinctas aldeias, que foram transferidas ás antigas Províncias pela lei de 20 de outubro de 1887. §1º. As terras cedidas serão delimitadas em zonas correspondentes á occupação legal já existente, sendo respeitada a posse dos indios, assim como o uso e gozo por elles das riquezas naturaes ahi encontradas. §2º. Respeitada essa posse, poderá o Governo Federal empregar as ditas terras para a fundação de povoações indígenas, ou qualquer outra forma de localização de índios.” 14. Quanto à Constituição de 1934, dizia o seu art. 129: “Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.” [grifei] 15. O mesmo preceito foi reproduzido, em sua estrutura, pelas Constituições de 1937 e de 1946, respectivamente: “Art.154. Será respeitada aos silvícolas a posse as terras em que achem localizados em caráter permanente, sendo-</p>

		<p>lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” [1937 - grifei]; “Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” [1946 - grifei]. 16. A Constituição de 1967 incluiu as terras ocupadas pelos indígenas entre os bens da União [art. 4º, IV]. Quanto à posse, o art. 186 determinou: “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.” [grifei]</p>
16	ACO 312	<p>A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, permaneceu a proteger a posse indígena: “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 todas 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.” [grifei] 18. O Estatuto do índio (Lei n. 6.001/73) dispôs sobre a matéria das terras ocupadas: “Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes. Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União {artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal). Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil. [. . .] Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.” 19. A Constituição de 1988 dedica um capítulo ao tema: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. [. . .] § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. [. . .] § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o</p>

		<p>domínio e a posse das terras a que se refere o artigo [...], não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé” [grifei]. 20. A “ocupação permanente” ou “ocupação tradicional” de terras pelos silvícolas, bem assim a inalienabilidade dessas terras, são recorrentes nos preceitos referidos. 21. A presente ação cível originária foi proposta sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações da EC n. 1/69. Este, pois, o parâmetro a ser utilizado para julgamento do pedido da FUNAI e da União, tomando-se do direito material da época em que proposta para que se possa aferir da nulidade, ou não, dos títulos de propriedade questionados. 22. O texto do art. 198 da CB/67 refere à posse permanente do silvícola.</p>
17	ACO 312	<p>25. A posse indígena sobre a terra, fundada no indigenato, diz com o ius possessionis e o ius possidendi. Abrange a relação material do sujeito com a coisa e o direito de seus titulares a possuírem-na como seu habitat.</p>
18	ACO 312	<p>Colho no voto do Relator, o Ministro FRANCISCO REZEK, o seguinte trecho: “Esta circunstância material comprovada por perícia culminou por ver-se chancelada pelo direito constitucional superveniente - de 1934 em diante - a consagrar a posse indígena e o domínio da União, nos termos do que estabeleceram, pela ordem cronológica, ‘o art. 12, 1o, da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras); os artigos 72, 73 e 75 do decreto nº 1.318, de 1854; o art. 83 da Constituição de 1891; o art. 1o do Decreto nº 5.462, de 10 de dezembro de 1920, do Estado de Minas Gerais; a escritura pública lavrada em 15 de dezembro de 1920 e levada ao Registro de Imóveis em 23 de maio de 1939; o art. 10, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei nº 5.484, de 1928; o art. 129 da Constituição de 1934; o art. 154 da Constituição de 1937; o art. 216 da Constituição de 1946; o art. 189 da Constituição de 1967; os artigos 40, IV, e 198, e §§, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969; os artigos 22, parágrafo único, 25 e 62, § 1º, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do índio)’. Não podia o Estado, assim, dar as terras a terceiros e promover o registro disso já na segunda metade do século. Em 1958, com o alegado abandono da colônia, o poder público estadual já não tinha base jurídica para invocar condição resolutiva - em gesto unilateral - e disseminar títulos de propriedade a partir de então, porque desde 1934 as constituições vinham dizendo do domínio da União sobre as terras em que verificada como aqui atesta o acervo pericial - a posse indígena. Não vejo como, frente a quadro tão transparente, fazer abstração do que dizem os fatos e o direito constitucional de mais de meio século para tão-só manter o estado atual das coisas”.</p>
19	ACO 312	<p>4. Após expor a evolução da legislação referente ao tema e o trâmite processual desta ação e considerando a época em que proposta, o Ministro Eros Grau realçou que o parâmetro legal a ser utilizado para o julgamento do pedido realizado pela Fundação-Autora e pela União seria a Carta de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969. Relembrou Sua Excelência, então, lição de Pontes de Miranda comentando aquela Emenda, no sentido de que “são nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse”. Asseverando</p>

		que a posse indígena sobre a terra abrange a relação material do sujeito com a coisa e o direito de seus titulares possuírem-na como seu habitat, observou Sua Excelência, recorrendo ao laudo antropológico juntado aos autos, que em nenhum momento teria sido apontada a ausência de índios na área em litígio, cuja presença, pelos registros históricos, remontam a meados do século XVII. Eles teriam sido obrigados a deixar sua terra natal em períodos específicos, mantendo, contudo, laços com os familiares que lá permaneceram.
20	ACO 312	O cerne da questão está, portanto, em saber se a redução da presença indígena na região, em determinado período, possibilitaria a conseqüente diminuição do espaço geográfico que se pretendeu reservar aos índios em 1938, porque, no regime constitucional de 1934 a 1946, a posse indígena a ser respeitada condicionava-se ao caráter de permanência na localização imemorial estabelecida pelo índio ou decorrente de definição do órgão oficial com a atribuição de cuidar dos seus interesses.
21	ACO 312	58. Para o Relator, Ministro Eros Grau, “a baixa demografia indígena na região em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados pelo forasteiro, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas”, de acordo com o entendimento assentado no julgamento da Ação Cível Originária n. 323 (Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ 8.4.1994), donde o necessário restabelecimento da integralidade da reserva indígena demarcada em 1938.
22	ACO 312	Pode-se considerar, assim, que a violência em relação aos índios apresenta-se como elemento quase indissociável do processo de ocupação do território nacional, havendo de se concluir, portanto, ser necessário, para o reconhecimento do caráter de permanência da posse indígena em face dessa circunstância, ponderação jurídica, sem o que se poderia chegar a resultados graves em todo o território nacional. Daí ter-se falado, no julgamento da Petição 3.388, de “continuidade suficiente” (Ministro Carlos Britto), ou “presença constante e persistente” (Ministro Menezes Direito), como um elemento imprescindível para a manutenção da posse indígena em situações de esbulho.
23	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	Aliás, surge paradoxo no que se assenta que a posse indígena a ser reconhecida e preservada é a existente à data da promulgação da Constituição - premissa de todo harmônica com o § 1º do artigo 231 nela contido - e, em passo seguinte, desconhecendo-se o envolvimento de áreas limitadas, conclui-se pela subsistência da demarcação contínua, com limitações à liberdade de ir e vir de brasileiros, em verdadeiro <i>apartheid</i> , com o atropelo de situações devidamente constituídas, quer por títulos de propriedade reconhecidos como de bom valor pelo Estado, quer por decisão judicial. E tudo isso ocorre com abrangência incomum porque envolvidos índios e descendentes de índios aculturados e não povos indígenas em condições primitivas. A todos os títulos, tem-se, de um lado, situação inusitada - grande área na qual o cidadão comum não poderá entrar - e, de outro, adoção de critério que extravasa em muito o que concebido pelo Constituinte de 1998
24	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	somente em passe de mágica se pode conciliar o ditame constitucional no sentido da preservação da posse indígena existente em 1988 - terras ocupadas - com a desproporcional

		<p>demarcação contínua. Os fenômenos se contrapõem. A lei do menor esforço, no que se deixou de levantar os espaços territoriais realmente ocupados pelos indígenas e protegidos, a partir de então, com a pecha de nulidade de atos de transferência subsequentes, mostra-se nefasta e não atende aos interesses maiores de nacionalidade, harmonizando-se, isto sim, com as diversas sinalizações internacionais de cunho separatista. Não se pode mesmo crer que, em 1988, número limitado de indígenas ocupasse, de forma contínua, área tão vasta.</p>
25	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>De tudo, surge o descompasso. Abandonou-se a premissa constitucional voltada à apuração da posse indígena em outubro de 1988 para ter-se, quem sabe considerado o menor esforço, a demarcação contínua como se, em toda a extensão territorial alcançada, houvesse a referida posse. O segundo descompasso esta ligado à inviabilidade de harmonizar-se o isolamento ventilado, afastando-se a presença de brasileiros da área com a demarcação contínua. Uma coisa é dar-se a verificação da posse pelos indígenas em 1988 e preservá-la, impedindo-se a permanência de terceiros. Outra diversa, que não se coaduna com os ditames constitucionais, que a todos submetem, é fazer-se a demarcação contínua e, aí, em área de tamanho incompatível com o conceito de posse, chegar-se à exclusão dos que não sejam considerados, na via direta ou indireta, indígenas. Neste caso, caminhar-se-á, na verdade, para o indesejável separatismo, para a limitação à liberdade de ir e vir prevista na Carta da República quanto a tantos outros brasileiros a formarem a maioria. Nesse contexto, vê-se o abandono do princípio de coerência da Constituição</p>
26	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>Em momento algum, versou-se o que viria à balha mais tarde, ou seja, o abandono do levantamento da real posse indígena em 1988, para ter-se não só a demarcação contínua que a despreza como também visão isolacionista, afastada a permanência de não-índios na área demarcada.</p>
27	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>o art. 231 da Constituição – ao reconhecer, aos índios, direitos sobre as terras "que tradicionalmente ocupam" - estabeleceu, de maneira bastante precisa, quanto ao fato da ocupação indígena, um marco temporal, que, situado em 05 de outubro de 1988, atua como aquele " insubstituível referencial" a que aludiu, em seu voto, o eminente Ministro CARLOS BRITTO. isso significa que a proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios, considerando-se, para efeito dessa ocupação, a data em que promulgada a vigente Constituição, vale dizer, terras por eles já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa Lei Fundamental, tal como assinalou o eminente Relator, ao fazer referência, em seu douto voto, ao "marco temporal da ocupação":</p>
28	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>É por tal razão que a posse indígena das terras ocupadas na data em que passou a vigor a Constituição de 1988 exige, para configurar-se, para além da mera ocupação física, a conjugação de outros fatores, como aqueles de caráter econômico, de natureza cultural e antropológica e, ainda, os de índole ecológica, a evidenciar, em decorrência de sua própria complexidade, que a posse indígena, tal como disciplinada pelo texto constitucional, não se reduz à dimensão nem se confunde com a noção ou o conceito de posse civil.</p>

29	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	112. Portanto, não se pode, conceitualmente, atribuir à posse de Direito Civil a mesma dimensão da 'posse indígena'. Enquanto aquela é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa' (...), a 'ocupação efetiva da terra' pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas. (...): 114. Não há dúvida de que o conceito de 'posse indígena' dimana do próprio texto constitucional, como demonstrado no preclaro voto proferido pelo saudoso Min. Victor Nunes. Não há, pois, como reduzir a sua expressão, por mais relevantes que possam parecer os argumentos nesse sentido. (...). " (grifei) Dai a importância jurídica que assume, nesse contexto, Senhor Presidente, o reconhecimento oficial, consubstanciado no decreto presidencial de homologação administrativa, de que determinada área qualifica-se como terra tradicionalmente ocupada por comunidades indígenas
30	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	O fato de as áreas objeto de posse indígena estarem situadas em faixa de fronteira não impede nem atua como obstáculo jurídico a que sejam demarcadas, administrativamente, pela União Federal, para efeito da proteção constitucional dispensada aos índios pelo art. 231 da Constituição da República. É que a existência, ao longo das fronteiras terrestres do Brasil, de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não se revela incompatível nem compromete os interesses estratégicos de nosso País ou a defesa do território nacional, pois, como bem afirmou o eminente
31	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	Cumprir notar que a posse a que se refere a Constituição não pode ser reduzida ao conceito de posse do Direito Civil. A posse dos silvícolas abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda a área habitada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural. Tal peculiaridade não passou despercebida ao saudoso Ministro Victor Nunes, que, em pronunciamento verdadeiramente luminoso no RE nº 44.585, fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse dos silvícolas, como se constata: "Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena sob guarda e administração do Serviço de Proteção aos índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras. O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudos dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual. Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, num de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do <i>habitat</i> 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 a 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 reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas.(g.n.) Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas

		<p>as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo. Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir' área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico." (RE n. 44.585, Rel. Min. Victor Nunes, Referências da Súmula do STF, 1970, v. 25, pp. 360/361). Trata-se, sem dúvida, de manifestação fulgurante do saudoso magistrado e humanista. É interessante notar que a tese, brilhantemente desenvolvida pelo eminente juiz, em 1961, veio a ser adotada, integralmente, pela Constituição de 1988, como se pode depreender da leitura de seu art. 231, § 1º (...). Portanto, não se pode, conceitualmente, atribuir à posse de Direito Civil a mesma dimensão da posse indígena. Enquanto aquela é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa (cf. José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, v. 1, 1978, p. 357), a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, costumes, tradições culturais e religiosas. Nesse sentido, irretocáveis as considerações desenvolvidas pelo Ministro Menezes Direito em seu percuciente voto, segundo as quais a teoria do indigenato, comumente utilizada na definição dos contornos da posse indígena, deve ser substituída pela teoria do fato indígena. Desse modo, indagações acerca da "imemorialidade" da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional. A expressão "terras <i>tradicionalmente ocupadas pelos índios</i>" não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os "<i>usos, costumes e tradições</i>" indígenas). Por conseguinte, nos termos do art. 231, § 1º, da CF/88, os seguintes fatores devem ser verificados na definição de uma determinada área como terra indígena: a) fator temporal ("<i>habitadas em caráter permanente</i>") ; b) fator econômico ("<i>utilizadas para as suas atividades produtivas</i>") ; c) fator ecológico ("<i>imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar</i>") ; d) fator cultural ou demográfico ("<i>necessárias a sua reprodução física e cultural</i>").</p>
32	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>No caso em exame, a grande área demarcada, superior ao território de países como Portugal e Bélgica, suscitam algumas preocupações. Há algum tempo tenho certa perplexidade quanto à justa, à adequada interpretação dessa norma, tendo em vista esses parâmetros estabelecidos. Sem dúvida nenhuma, é um tema que nos preocupa, tendo em vista a dimensão das áreas eventualmente demarcadas e os pressupostos que lastreiam a opção por essa demarcação, levando em conta, sempre, um dado paradigma, o do índio isolado. A própria fórmula do texto constitucional, do § 1º do art. 231, talvez suscite uma reflexão. Sem embargo da relevância de eventuais objeções que possam ser levantadas contra a posse indígena e a eventual imprecisão de seus contornos, não se deve perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art. 129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público brasileiro (Carta de 1937, art. 154; Constituição de 1946, art. 216; Constituição de 1967, art. 186; Constituição de 1969, EC</p>

		<p>1, art. 198). Antes de assumir uma posição atenuadora do preceito constitucional em apreço, cumpre ao intérprete assegurar-lhe a plena força ou eficácia normativa (<i>normative Kraft</i>). Estará atuando, assim, de forma compatível com o princípio de hermenêutica constitucional que recomenda a adoção de exegese que preserve a integral eficácia da norma constitucional (Princípio da força normativa da Constituição)(<i>Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1984, p. 28</i>). De resto, as razões inspiradoras do legislador constituinte não parecem assentar-se em mero sentimento de culpa, nem constituem expressão de um sentimentalismo <i>naïf</i>. Ao revés, considerou o Texto Magno que a preservação dos silvícolas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se pretende aberta. Vê-se, pois, que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções, diversos dos nossos, e de que o nosso modelo de desenvolvimento não é único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa. A correta aplicação da norma do § 1º do art. 231 da Constituição deverá levar em consideração o grau de aculturação de cada etnia. Assim, o nível de acultramento de um determinado grupo indígena determinará a adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que nortearão a demarcação de uma área como terra indígena. Por certo que grupos indígenas pouco integrados praticam suas atividades produtivas de forma mais rudimentar, necessitando de maior espaço físico para desempenhá-las, ao contrário de etnias mais sedentarizadas. Nesse sentido, o relatório elaborado pela Comissão de Peritos, ao responder à questão nº 6 apresentada pelos Senhores Silvino Lopes da Silva e Alcides da Conceição Lima Filho, analisa os diferentes resultados possíveis para a determinação da área necessária à demarcação a partir das características específicas de cada etnia. Segundo consta do relatório: (...)A vida social das comunidades indígenas hoje existentes no Norte/Nordeste de Roraima é indissociável da estrutura social econômica trazida pelos colonos brasileiros de origens diversas que desde meados do século XVIII, e mesmo na vizinha Guayana (Hills, 1961) implantaram a cultura do gado na área de Savanas e Campos de Roraima. (...)Tais considerações são suficientes para demonstrar a importância das particularidades de cada etnia, especialmente no que diz respeito à sua integração com as comunidades vizinhas, para a identificação do fato indígena e a definição da área a ser demarcada. No caso da Raposa Serra do Sol, fiquei mais ou menos seguro ao ler o laudo elaborado pelo Professor Carlos Schaefer para a Justiça Federal e constatar que houve a preocupação com os níveis de aculturação.</p>
33	RE 1017365 – Caso Xokleng	6. A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil. 7. A tradicionalidade da ocupação indígena abrange as áreas por eles habitadas em caráter

		permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, nos termos do §1º do artigo 231, sempre segundo os usos, costumes e tradição da comunidade. 8. As terras de ocupação tradicional indígena foram objeto de tutela legal desde a colônia e pelas Constituições desde a Lei Magna de 1934, razão pela qual não se justifica normativamente que a Constituição de 1988 constitua termo para verificação dos direitos originários dos índios, pois ausente fratura protetiva em relação à tutela de seus direitos territoriais, a autorizar a apropriação particular dessas áreas.
34	RE 1017365 – Caso Xokleng	10. A tradicionalidade da posse indígena refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade, demonstrada por meio de trabalho técnico antropológico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação, para determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional
35	RE 1017365 – Caso Xokleng	17. Nas ações possessórias em que conflitem o direito à posse civil, compreendida como expressão dos poderes proprietários, e o direito constitucional indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas, deve-se aferir a presença dos elementos caracterizadores da posse indígena, bem como aplicar ao litígio, de caráter coletivo, o disposto no artigo 536 do Código de Processo Civil
36	RE 1017365 – Caso Xokleng	(...)cumpre afirmar que já restou assentado por esta Corte que a posse indígena difere-se frontalmente da posse civil, não sendo portanto regulada pela legislação privatística vigente, mas sim pelas previsões constitucionais configuradoras do direito territorial indígena.
37	RE 1017365 – Caso Xokleng	delineou a questão o acórdão prolatado na Pet nº 3.388: “11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito

			Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.”
38	RE 1017365 Caso Xokleng	–	No caso das terras indígenas, a função econômica da terra se liga à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, mas não funciona como mercadoria para essas comunidades. A manutenção do habitat indígena não se resume ao conjunto de ocas, mas sim, como dispõe o artigo 231 da Constituição da República, (...)
39	RE 1017365 Caso Xokleng	–	A posse indígena, portanto, não se iguala à posse civil; ela deságua na própria formação da identidade das comunidade, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra (...)
40	RE 1017365 Caso Xokleng	–	O conceito constitucional de posse indígena é ainda reforçado pelo contido na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em 27 de junho de 1989, aprovada internamente pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, sendo promulgada em 19 de abril de 2004: “Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.”
41	RE 1017365 Caso Xokleng	–	A terra para os indígenas não tem valor comercial, como no sentido privado de posse. Trata-se de uma relação de identidade, espiritualidade e de existência, sendo possível afirmar que não há comunidade indígena sem terra, num ponto de vista étnico e cultural, inerente ao próprio reconhecimento dessas comunidades como povos tradicionais e específicos em relação à sociedade envolvente. Cada povo indígena possui uma relação com o território que ocupam, e o disposto no artigo 231 do texto constitucional abarca, em meu sentir, toda essa pluralidade de relações de um povo indígena com sua terra, com a natureza de onde retira seu alimento, onde realiza a sua arte, e onde, enfim, todos os aspectos culturais e sagrados da comunidade se desenvolvem.
42	RE 1017365 Caso Xokleng	–	(...) não é o conceito de posse civil que deve guiar a delimitação da extensão de terras necessárias à ocupação tradicional dos índios, mas sim a investigação da posse indígena, com todos os seus atributos.
43	RE 1017365 Caso Xokleng	–	Logo, a proteção constitucional à posse indígena se verifica desde a Carta de 1934, e tem relevo diversas formas e espécies de reconhecimento legislativo da ocupação indígena, desde a época da Colônia. Tomada a questão pelo aspecto normativo, e considerando que as terras de ocupação indígena, ao menos diante da perspectiva legal, eram protegidas pelo ordenamento jurídico e em especial pelas Constituições desde a de 1934, não se justifica normativamente a “teoria do fato indígena”, uma vez que não depreendo da Constituição nenhuma fratura em relação à tutela

		<p>dos direitos territoriais indígenas, porquanto a simples apropriação dessas terras por parte de particulares, incentivada ou não pelos entes públicos, jamais foi permitida pelos textos constitucionais. Analisada a trajetória constitucional da tutela da posse indígena, compreendo que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um continuum, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham esses povos novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 05 de outubro de 1988. Nessa perspectiva de continuidade, na qual jamais se constitucionalizou a posse dessas terras por parte de terceiros não indígenas, não se pode juridicamente inferir do texto atualmente vigente a ilação de que se teriam por legitimados os atos de retirada dos indígenas das terras de posse tradicional. É certo que, a despeito da proteção constitucional e legislativa, os povos indígenas foram, efetivamente, desapossados de grande parte de seu território tradicional, num primeiro momento, para utilização como mão-de-obra, depois para tomada das áreas para ampliação do território nacional habitado e utilização no agronegócio.</p>
44	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>abarcando o pluralismo que compreende a distinção dos modos de vida indígena, das várias etnias e comunidades com terras ainda por demarcar, exige que o julgador valora o trabalho técnico antropológico como sendo aquele a demonstrar a tradicionalidade da posse indígena, a ligação com o território, de acordo com seus usos, costumes e tradições, de modo a perfazer os requisitos do §1º do artigo 231 da Constituição Federal. Ressalte-se, uma vez mais, que não se avalia a ocorrência da posse indígena da mesma forma como a posse civil, pois a terra para os índios não possui a mesma finalidade primordialmente econômica, mas serve de habitat, de fonte de alimento e de exercício de sua cultura, donde a necessidade do recurso ao conhecimento especializado para a definição da tradicionalidade da posse</p>
45	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>por não se tratar de posse com finalidade mercantil, mas de habitat para a comunidade, segundo seus usos, costumes e tradições, a Constituição assegura a posse permanente das terras, evitando assim que a etnia seja reduzida ou mesmo desapareça pela desterritorialização, bem como que toda a cultura daquela comunidade se desenvolva e seja transmitida para as gerações futuras, dado o vínculo indissolúvel entre os índios e seu território. Dessa feita, asseguram-se aos indígenas o uso e fruição das riquezas do solo, rios e lagos existentes na terra indígena, de forma exclusiva. Isso significa a impossibilidade de concessão de qualquer forma de direito real ou pessoal sobre essas riquezas a terceiros externos à comunidade indígena em favor da qual se configure a ocupação tradicional, ou mesmo a realização de atos negociais com os índios que lhes retire da condição de usufrutuários exclusivos da terra. Mesma ratio informa o disposto nos §§ 3º, 5º e 7º do dispositivo constitucional, com a garantia de oitiva prévia das comunidades afetadas em caso de aproveitamento de recursos hídricos e pesquisa e lavra de riquezas minerais, desde que haja aprovação específica do Congresso Nacional e participação na lavra, na forma da lei; vedação de</p>

		remoção das comunidades indígenas de suas áreas, em razão da posse permanente e exclusiva, fora das hipóteses constitucionais, assegurado o retorno tão logo passada a causa da retirada provisória; e a vedação à garimpagem em terras indígenas. Tudo a corroborar a posse permanente com usufruto exclusivo das riquezas naturais pelo índios.
46	RE 1017365 – Caso Xokleng	Compatibilidade da posse indígena com a proteção ao meio ambiente A questão relativa à compatibilidade entre a ocupação tradicional indígena, segundo seus usos, costumes e tradições, e a proteção ao meio ambiente foi reconhecida no julgamento da Pet nº 3.388, nos seguintes termos: “15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.” A regulamentação normativa da matéria foi realizada, no âmbito federal, pelo Decreto nº 7.477, de 5 de junho de 2012, que instituiu a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas –PNGATI. O acórdão prolatado na Pet nº 3.388 compreendeu ser possível a dupla afetação da área ambientalmente protegida, mas colocando-a sob a administração do órgão de defesa ambiental, ouvidos os índios e a FUNAI a respeito das questões referentes à proteção ambiental.(...) Logo, não há incompatibilidade entre os artigos 231 e 225 do texto constitucional, pois os índios detêm todo o interesse na proteção dessas áreas. A manutenção das florestas, da biodiversidade, de rios e lagos despoluídos, assegura o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais, mantendo a qualidade de vida dessas comunidades. A dupla afetação entre terras indígenas e áreas de proteção ambiental não é inviável, ao revés, como demonstra o diploma normativo acima citado. Nada obstante, em se considerando o direito originário das comunidades indígenas, as políticas de proteção ambiental não podem interferir no exercício das atividades tradicionais dos índios, a uma, porque não se configuram em ações predatórias ao meio ambiente, a duas, porque os usos, costumes e tradições indígenas consistem no núcleo do reconhecimento da tradicionalidade da ocupação tutelada pelo artigo 231 do texto constitucional.
47	RE 1017365 – Caso Xokleng	Configurados todos os elementos constitucionais que definem a posse indígena, retorna-se à questão relativa às ações possessórias de particulares pleiteando manutenção ou reintegração de posse de áreas de ocupação tradicional indígena. Como acima afirmei, essas ações judiciais revelam a incúria por parte dos órgãos públicos em respeitar o disposto no artigo 231 do texto constitucional, no prazo conferido pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pois se em prazo razoável as demarcações de terras indígenas tivessem sido levadas adiante no Brasil, grande parte dessas demandas possessórias inexistiria. Nessas demandas, coloca-se em conflito o direito civil à posse, compreendida como expressão dos poderes proprietários, e de outro, o direito constitucional indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas. Contudo, rememore-se que os direitos territoriais indígenas são originários, e não são constituídos pelo procedimento demarcatório, mas meramente reconhecidos pelo

		ordenamento constitucional, consistindo a demarcação em obrigação da União a fim de delimitar a extensão da área a ser por ela tutelada, seja em nome do domínio federal, seja pela garantia ao direito fundamental dos índios à posse de suas terras. Ademais, os atos que tenham por objeto posse, domínio ou ocupação desses territórios, ou exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, são nulos e extintos, nos termos do §6º do art. 231.
48	RE 1017365 – Caso Xokleng	Já a posse indígena não corresponde ao simples poder de fato sobre uma coisa para sua guarda e uso, com o conseqüente ânimo de tê-la como própria. É instituto constitucional embasado na ancestralidade e na valorização da cultura indígena, cuja função é manter usos, costumes e tradições. Portanto, não se centra em um indivíduo, mas no grupo, na comunidade. A Constituição Federal, no § 1º do art. 231, trata o assunto de forma ampla. Eis o dispositivo: Art. 231. [...] § 1º terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
49	RE 1017365 – Caso Xokleng	6. A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade dos índios, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil.
50	RE 1017365 – Caso Xokleng	133. Já à posse indígena, é verdade, não podem ser empregados os mesmos predicados da posse civil. E sobretudo em razão da necessidade de, interpretando a questão a partir do crivo constitucional – que parece incorporar a proposta de hermenêutica diatópica de Boaventura de Sousa Santos –, enfocar o objeto sob o prisma dos “usos, costumes e tradições” dos povos originários, não se podendo pretender aplicar o mesmo critério subjetivo que anima o comportamento de quem integra cultura diversa da sua. O indígena não possui a terra com ânimo de tê-la para si. Não a enxerga sequer como coisa a ser possuída, não mantendo para com ela uma relação de “sujeito-objeto”, mas como ser igualmente animado. 134. Mas, nem por isso, ela deixa de ter natureza fenomênica, de se constituir em experiência concreta, aferível, comprovável, enfim, de ser realidade. É, portanto, embora interpretado a partir de enfoque e exegese determinados pelos “usos, costumes e tradições” próprios – que lhe empregam extensão e contornos de todo peculiar – um fato.
51	RE 1017365 – Caso Xokleng	há em relação à posse indígena uma considerável dilatação dos limites espaciais da área sobre a qual recai o poder de fato, na medida em que constitucionalmente alargado a toda extensão necessária não apenas (i) à sua tradicional habitação, em caráter permanente; mas, abrangendo igualmente (ii) as áreas utilizadas para suas atividades produtivas; (iii) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e (iv) as necessárias a sua reprodução física e cultural. 140. Todos esses elementos devem ter como critério de aferição os “usos, costumes e tradições” dos próprios povos indígenas, ensejando, como bem pontuado pelo eminente Ministro Ayres Britto, o emprego de uma peculiar concepção do princípio da proporcionalidade . 141. São parâmetros que conformam o

		denominado “ <i>marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional</i> ”, devendo ser interpretados a partir do “ <i>marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado ‘princípio da proporcionalidade’</i> ”, o qual, “ <i>quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo</i> ”.
52	RE 1017365 – Caso Xokleng	146. De fato, como condição de possibilidade para construção da nova ordem constitucional fundada no denominado “constitucionalismo fraternal”, que pretende colocar “uma pá de cal” no histórico conflito entre os povos originários e os demais segmentos integrantes – uns e outros – da sociedade nacional, é que se fixou o “marco temporal da ocupação” como requisito conformador desse “heterodoxo instituto de natureza constitucional”, que é a posse indígena. 147. Sob esse enfoque, repise-se, o estabelecimento do marco temporal deve ser compreendido como um dos elementos que, associado aos demais marcos regulatórios, delineiam a conformação constitucional da posse indígena.

**APÊNDICE D- TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A
CATEGORIA: MARCO TEMPORAL⁴**

Marco Temporal		
Nº	Processo/Demanda	Fundamentação
1	ACO 304	Com tal premissa, constata-se que, ao contrário de outras demandas que também envolvem terras indígenas demarcadas, para o deslinde da controvérsia não se faz necessário discutir a respeito de marco temporal da ocupação indígena, mas verificar se as terras reivindicadas, por serem consideradas devolutas, pertenceriam ao Estado, ou seriam de titularidade da União por terem sido ocupadas de forma permanente por comunidade indígena. E, em um segundo estágio, aferir se, mesmo reconhecida a titularidade da União, com usufruto indígena, remanesce à adquirente evicta qualquer direito à indenização.
2	ACO 362	Embora se tenha fixado a data da promulgação da Constituição da República de 1988 como marco temporal para o reconhecimento aos índios “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, reconheceu-se a necessidade de depuração da “continuidade suficiente da posse indígena”, no decorrer do tempo ser até o dia 5 de outubro de 1988: “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 aborígine. 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

⁴ A tabela foi elaborada com base nos julgados mencionados ao lado. São trechos que expõem fundamentos e argumentos utilizados pela Corte. Tais informações são públicas e foram referenciadas na bibliografia e, quando citadas recuadas no corpo do texto foram também referenciadas. Os julgados transcritos são citados na metodologia, na segunda coluna da tabela e se mencionados como citação recuada também são referenciados de modo exaustivo.

	<p>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); II – o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o status de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação linguística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão. Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda a do negro importado do continente africano. A mais antiga expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. O termo “originários” a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura pré-européia ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que “os direitos originários” sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, “reconhecidos” (parte inicial do art. 231, caput); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. Daí a regra de que “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei,</p>
--	--

		quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”. Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. Também assim o prefalado absurdo jurídico de se afirmar” (DJe 24.9.2009).
3	ACO 362	24. Faço, por fim, a título de obiter dictum, algumas considerações. Na Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, que julgou a validade da demarcação da terra indígena “Raposa Serra do Sol”, foi fixado como “marco temporal” de ocupação a data de promulgação da Constituição de 1988. Entretanto, não vejo motivo para aplicar esse marco temporal no caso ora em análise, já que no julgamento dos embargos de declaração (Pet 3.388 ED, sob a minha relatoria) foi consignada a restrição dos parâmetros decisórios àquele caso concreto. Além disso, o Parque Indígena do Xingu foi demarcado antes mesmo da própria Constituição de 1988, tornando sem sentido a discussão sobre o marco temporal de 05.10.1988. 25. Ainda na condição de obiter dictum, deixo registrada a possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente, por terem sido retiradas à força. Não deixaram 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 e/ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 65019, do STF, segundo a qual os “incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto” – já que estes não mais integram o arcabouço étnico-cultural do grupo. Também não me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco o ajuizamento de uma ação possessória (o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições).
4	RMS 35062 AgR	Alega, ademais, que as teses lançadas prescindem de qualquer produção de provas, na medida em que o laudo antropológico elaborado pela FUNAI – que evidenciaria que os índios foram retirados das terras em 1928 pelo antigo Serviço de Proteção aos Índios - bastaria para comprovar que o ato impugnado não observou o marco temporal fixado pelo Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR.
5	MS 28541 ED-AgR	No julgamento da Pet nº 3.388, como já se referiu, o conceito do marco temporal da ocupação foi exposto pela Corte, que entendeu naquele jugado ser necessária a demonstração de que a comunidade indígena ocupada a terra na data da promulgação da Constituição a fim de que os direitos possessórios sobre a área fossem reconhecidos: 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos

		<p>índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Do voto do i. Relator, Min. Ayres Britto, extrai-se o seguinte trecho: 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 aborígine. 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);</p>
6	MS 28541 ED-AgR	<p>Ainda, ressalto que a teoria do marco temporal deixa insolúveis algumas questão fundamentais para a qualificação da posse indígena. Primeiramente, é mister apontar que a Lei nº 6.001/1973, Estatuto do Índio, dispõe em seu artigo 21 sobre as terras abandonadas voluntariamente pelos índios: Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União. Logo, se se aplica a teoria do marco temporal, e não se verifica a presença indígena na data de 05 de outubro de 1988 na área considerada, não é suficiente apontar que a terra não seria indígena. É preciso questionar-se, então, de quem seria a titularidade da área que deveria ter revertido ao patrimônio público federal, uma vez ser impossível usucapião de terra pública. Como acima se apontou, terra indígena não é terra devoluta; assim, as terras não podem ter ingressado no patrimônio estadual e, portanto, não podem ter sido legitimamente transferidas ao patrimônio privado. Nesse sentido, esta Corte já decidiu:EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO X DO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. BENS DO ESTADO. TERRAS DOS EXTINTOS</p>

		<p>ALDEAMENTOS INDÍGENAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 20, I E XI, 22, CAPUT E INCISO I, E 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME. EXTINÇÃO OCORRIDA ANTES DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1891. ADI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, reconheceu que as terras dos aldeamentos indígenas que se extinguíram antes da Constituição de 1891, por haverem perdido o caráter de bens destinados a uso especial, passaram à categoria de terras devolutas . II - Uma vez reconhecidos como terras devolutas, por força do artigo 64 da Constituição de 1891, os aldeamentos extintos transferiram-se ao domínio dos Estados. III ADI julgada procedente em parte, para conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado, a fim de que a sua aplicação fique adstrita aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição da primeira Constituição Republicana . (ADI 255, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2011, DJe-097 DIVULG 23-05-2011 PUBLIC 24-05-2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00162)</p>
7	MS 28541 ED-AgR	<p>Ademais, a chamada teoria do marco temporal ignora, em sua formulação, a situação dos índios isolados, ou seja, comunidades indígenas de pouco ou nenhum contato com a sociedade envolvente, ou mesmo com outras comunidades indígenas. A compreensão de uma sociedade plural e de respeito à diversidade, como aquela que a Constituição de 1988 busca constituir, exige que se respeite o direito à autodeterminação desses povos, mantendo-os fora do contato constante com outras pessoas, em respeito a seu modo de vida e evitando sua dizimação, como ocorreu notoriamente em nosso País com outras comunidades contatadas ao longo da história. Sendo assim, e estando completamente alijadas do modo de vida ocidental, de que modo farão prova essas comunidades de estarem nas áreas que ocupam em 05 de outubro de 1988? Se muitas dessas comunidades sequer são conhecidas pelo órgão indigenista, sendo meramente estimadas sua existência e quantidade de indivíduos, como assegurar com exatidão suas terras por meio do fato indígena? Portanto, assegurar aos índios os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam não se confunde com uma usucapião imemorial, que exigisse, de forma automática, a manutenção da presença indígena na área na data exata de 05 de outubro de 1988, considerando-se a ausência de descontinuidade da proteção constitucional e legal desse direito ao longo da história brasileira, bem como os constantes abusos, invasões e desterritorializações ocorridos, à margem da legislação, mas que não considero tenham sido legitimados pelo ordenamento jurídico. 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 tradicional indígena. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.</p>

8	MS 28541 ED-AgR	<p>É possível apontar-se que a decisão prolatada na Pet nº 3.388 não se limitou a reconhecer a existência de um marco temporal para a configuração da tutela constitucional à posse indígena, mas compreendeu que esse direito não se perderia quando configurado o renitente esbulho praticado contra a comunidade, que impedisse esse estar na terra tradicionalmente considerado: 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". Entretanto, o acórdão não fixou critérios estanques para o reconhecimento do renitente esbulho, asseverando que a ocupação por não-índios das terras tradicionais não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o completo geográfico da Raposa Serra do Sol. Contudo, no julgamento do ARE 803.462 AgR, a Segunda Turma desta Corte interpretou o conceito da seguinte forma: Ementa: 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. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento. (ARE 803462 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe- 029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015) Duas foram as circunstâncias consideradas pelo referido julgado para caracterizar o renitente esbulho, a escusar a ausência da comunidade indígena no território pretendido, à data da</p>
---	-----------------	---

	<p>promulgação da Constituição de 1988: controvérsia possessória judicializada ou um conflito deflagrado na área, ambas as hipóteses tendo perdurado até 05 de outubro de 1988. Entretanto, é preciso problematizar esses requisitos, à luz do contido no artigo 231 da Carta Constitucional. Em primeiro lugar, a exigência de <i>controvérsia possessória judicializada</i>. Referida exigência, com a devida vênia, não pode subsistir ao se levar em conta a realidade fática e jurídica da capacidade processual dos índios antes da Constituição de 1988. De fato, desde o período colonial, estavam os indígenas brasileiros submetidos a regimes tutelares com a finalidade de aculturá-los e de promover sua assimilação progressiva ao novo território do colonizador branco e cristão. No período republicano, em contraste com as previsões constitucionais que lhes garantiam a posse de suas terras, foram os indígenas qualificados como relativamente incapazes pela legislação civil, necessitando de tutela do órgão indigenista à época da Codificação de 1916, o Serviço de Proteção ao Índio SPI, e posteriormente a Fundação Nacional do Índio FUNAI para a prática de atos da vida civil, inclusive ingressar em juízo. No entanto, ao afastar o chamado marco temporal como definidor da tutela constitucional à posse indígena, é preciso revisar a questão sob outras luzes. Evidentemente, não se trata, aqui, de considerar a hipótese de conveniência e oportunidade do Administrador ao revisar ato administrativo, pois em se tratando de terras indígenas, de direito fundamental dos povos indígenas, todos os estudos devem estar jungidos a demonstrar a efetiva ocorrência das características do §1º do artigo 231, inexistindo espaço para avaliação discricionária. Entretanto, especialmente em se considerando a possibilidade de que muitas terras indígenas tenham sido demarcadas sem a estrita observância do artigo em comento (p. ex., sem a realização de laudo antropológico a afirmar a correta extensão das terras tradicionais), compreendo que a realização de re-estudos para o adequado dimensionamento da ocupação tradicional em tais áreas, desde que realizados em processo administrativo demarcatório nos termos da legislação de regência, não encontra vedação constitucional. Esta Corte já admitiu que inconstitucionalidades flagrantes não se submetem a quaisquer prazos decadenciais ou prescricionais: EMENTA Direito Constitucional. Repercussão geral. Direito Administrativo. Anistia política. Revisão. Exercício de autotutela da administração pública. Decadência. Não ocorrência. Procedimento administrativo com devido processo legal. Ato flagrantemente inconstitucional. Violação do art. 8º do ADCT. Não comprovação de ato com motivação exclusivamente política. Inexistência de inobservância do princípio da segurança jurídica. Recursos extraordinários providos, com fixação de tese.</p> <p>1. A Constituição Federal de 1988, no art. 8º do ADCT, assim como os diplomas que versam sobre a anistia, não contempla aqueles militares que não foram vítimas de punição, demissão, afastamento de suas atividades profissionais por atos de motivação política, a exemplo dos cabos da Aeronáutica que foram licenciados com fundamento na legislação disciplinar ordinária por alcançarem o tempo legal de serviço militar (Portaria nº 1.104-GM3/64).</p> <p>2. O decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos não é causa impeditiva bastante para inibir a</p>
--	--

		<p>Administração Pública de revisar determinado ato, haja vista que a ressalva da parte final da cabeça do art. 54 da Lei nº 9.784/99 autoriza a anulação do ato a qualquer tempo, uma vez demonstrada, no âmbito do procedimento administrativo, com observância do devido processo legal, a má-fé do beneficiário. 3. As situações flagrantemente inconstitucionais não devem ser consolidadas pelo transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão dos princípios, das regras e dos preceitos previstos na Constituição Federal de 1988. Precedentes . 4. Recursos extraordinários providos. 5. Fixou-se a seguinte tese: No exercício de seu poder de autotutela, poderá a Administração Pública rever os atos de concessão de anistia a cabos da Aeronáutica relativos à Portaria nº 1.104, editada pelo Ministro de Estado da Aeronáutica, em 12 de outubro de 1964 quando se comprovar a ausência de ato com motivação exclusivamente política, assegurando-se ao anistiado, em procedimento administrativo, o devido processo legal e a não devolução das verbas já recebidas. (RE 817338, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-190 DIVULG 30-07- 2020 PUBLIC 31-07-2020) Portanto, se demonstrada flagrante inconstitucionalidade no que concerne ao cumprimento do artigo 231 da Constituição Federal, incorrendo em prejuízos às comunidades indígenas que se viram alijadas de parte de seu território tradicional, não compreendo existir vedação a eventual redimensionamento das terras já demarcadas. Ressalto, no entanto, que referido procedimento deverá ser precedido do procedimento administrativo demarcatório contido no Decreto nº 1.775/1996.</p>
9	ACO 312	<p>Como visto, a submissão da pretensão da Autora a juízo no ano de 1982 remeteu o marco temporal de ocupação, ou seja, a data de referência para o dado da ocupação do espaço geográfico discutido, a 1967, como assinalou o Ministro Eros Grau: “21. A presente ação cível originária foi proposta sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações da EC n. 1/69. Este, pois, o parâmetro a ser utilizado para julgamento do pedido da FUNAI e da União, tomando-se do direito material da época em que proposta para que se possa aferir da nulidade, ou não, dos títulos de propriedade questionados”.</p>
10	ACO 312	<p>É do Ministro Carlos Britto, naquele julgamento, a observação de que a fixação de um marco temporal de ocupação evitaria 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”.</p>
11	ACO 312	<p>80. Não acho se possa desconsiderar o acerto da adoção de um marco temporal de ocupação para o exame de questões envolvendo a delimitação de terras indígenas, ainda mais tendo em conta o acréscimo considerável no contingente de pessoas autodeclaradas indígenas nas últimas décadas, conforme constatado em estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.</p>
12	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>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</p>

	<p>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 <i>chapa radiográfica</i> 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 aborígine. 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); II - o marco da tradicionalidade da ocupação. Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios ("Anna Pata, Anna Yan": "Nossa Terra, Nossa Mãe"). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o <i>status</i> de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação lingüística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão. Noutros termos, tudo a configurar um padrão de cultura nacional precedente à do colonizador branco e mais ainda a do negro importado do continente africano. A mais antiga</p>
--	---

		<p>expressão da cultura brasileira, destarte, sendo essa uma das principais razões de a nossa Lei Maior falar do reconhecimento dos "direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam". O termo "originários" a traduzir uma situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura <i>pré européia</i> ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que "os direitos originários" sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, "reconhecidos" (parte inicial do art. 231, caput); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 <i>não</i> restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. Daí a regra de que "São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé". Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal. Também assim o prefalado absurdo jurídico de se afirmar que "índio atrapalha o desenvolvimento", pois o desenvolvimento que se fizer sem os índios, ou, pior ainda, contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, será o mais rotundo desrespeito ao objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da nossa Constituição, assecuratório de um de um tipo de "desenvolvimento nacional" francamente incorporador da realidade indígena. Como deixará de cumprir o objetivo igualmente fundamental de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso III do mesmo art. 3º da CF). Em suma, a carga de proteção constitucional que se extrai do reconhecimento de "direitos originários" é logicamente maior do que a defluente da simples outorga de direitos que não gozam de tal qualificação. É a diferença que existe entre norma especial e norma geral, esta a sucumbir perante aquela. Quanto mais que, em matéria de tutela dos "direitos e interesses indígenas", as normas constitucionais se categorizam como de natureza especialíssima, carregadas que são de uma finalmente clara consciência histórica de compensação e de uma cósmica percepção de que nos índios brasileiros é que vamos encontrar os primeiros elos de uma identidade nacional que urge, mais que tudo, preservar. Essa identidade que nos torna sobremodo criativos e que o cronista Eduardo Gonçalves de Andrade</p>
13	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	o marco temporal da ocupação ali referida é o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, de modo que é nessa

		<p>data que deve ser verificada a ocupação pelos índios, para fins de definição das terras que tradicionalmente ocupam e do usufruto a eles concedido que, ressalta, é atinente apenas "<i>às riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do 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)</i>"; que essa "ocupação tradicional" deve ser entendida por meio de uma concreta abrangência fundiária, alcançando todas as "<i>terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios</i>", então aludindo aos "<i>quatro círculos concêntricos</i>" do Ministro Nelson Jobim na decisão do então titular do Ministério da Justiça, de 20 de dezembro de 1996, o que justificaria a continuidade. Sustenta, nesse ponto, que "<i>quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas</i>", o próprio conceito de proporcionalidade "<i>ganha um conteúdo irrecusavelmente extensivo</i>", para afastar uma estrita interpretação de "<i>imprescindível ou necessário</i>"</p>
14	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>Os eventuais títulos de propriedade sobre terra comprovadamente indígena, por laudos antropológicos sérios, bem elaborados e subsidiados por muitos outros elementos de retratação da realidade, os quais deixaram clarissimamente posto que os índios das cinco etnias ocupavam as terras que afinal foram demarcadas como de usufruto exclusivo deles e, portanto, de propriedade da União. A data limite, ou o marco temporal fixado pela Constituição em 5 de outubro de 1988 está correto. Só que os índios estavam ali, segundo os laudos, nas imediações, e não estavam em certas áreas, hoje ocupadas por fazendeiros, porque foram escorraçados, porque foram expulsos, porque foram violentamente impedidos de materializar a sua ocupação tradicional, que é uma ocupação qualificada pela perdurabilidade, impedida, no caso, por um ato de violência. Então, não há nenhuma contradição no meu voto, os laudos são perfeitos. Eu analisei minuciosamente, mas minuciosamente, todas essas increpações, acusações, suspeitas de parcialidade dos elaboradores do parecer antropológico, Paulo Santilli, e do próprio laudo antropológico, Dra. Maria Guiomar de Melo. Todas essas acusações de que servidores participaram do processo, fazendo levantamentos censitários, e que o motorista teria operado também como se técnico fosse. Tudo foi devidamente analisado e contrabatido, a meu sentir, com robustez; com poder, portanto, de convencimento.</p>
15	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>o art. 231 da Constituição – ao reconhecer, aos índios, direitos sobre as terras "que tradicionalmente ocupam" - estabeleceu, de maneira bastante precisa, quanto ao fato da ocupação indígena, um marco temporal, que, situado em 05 de outubro de 1988, atua como aquele " insubstituível referencial" a que aludiu (...)isso significa que a proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios, considerando-se, para efeito dessa ocupação, a data em que promulgada a vigente Constituição, vale dizer, terras por eles já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa Lei Fundamental, tal como assinalou o eminente Relator, ao fazer</p>

		<p>referência, em seu douto voto, ao "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 aborígine. (...). " (grifei)</p>
16	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 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". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e</p>

		<p>tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade".</p>
17	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 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. "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 <i>uma pá de cal</i> 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 <i>chapa radiográfica</i> da questão indígena nesse delicado tema da</p>

		ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. 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);”
18	RE 1017365 – Caso Xokleng	9. A proteção constitucional aos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.
19	RE 1017365 – Caso Xokleng	‘A proteção da posse permanente dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional independe da conclusão de processo administrativo demarcatório e não se sujeita a um marco temporal de ocupação preestabelecido.
20	RE 1017365 – Caso Xokleng	não foi a ratio da Súmula 650 do STF que a expulsão violenta de indígenas levasse à configuração do abandono da terra para considerá-la como não indígena: “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. É preciso que esse abandono se revista de um caráter eminentemente voluntário por parte da comunidade, sem a configuração de qualquer forma de esbulho das terras por parte de terceiros, e sem a exigência de um conflito físico ou de uma demanda possessória ajuizada e em trâmite à data de 05 de outubro de 1988. As formas de resistência indígena à ocupação ilícita de suas terras devem ser perquiridas de acordo com a concepção que cada etnia possui sobre as formas de resistir às invasões
21	RE 1017365 – Caso Xokleng	a chamada teoria do marco temporal ignora, em sua formulação, a situação dos povos isolados, ou seja, comunidades indígenas de pouco ou nenhum contato com a sociedade envolvente, ou mesmo com outras comunidades indígenas. A compreensão de uma sociedade plural e de respeito à diversidade, como aquela que a Constituição de 1988 busca constituir, exige que se respeite o direito à autodeterminação desses povos, mantendo-os fora do contato constante com outras pessoas, em respeito a seu modo de vida e evitando sua dizimação, como ocorreu notoriamente em nosso País com outras comunidades contatadas ao longo da história. (...)entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.
22	RE 1017365 – Caso Xokleng	são consideradas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas somente aquelas que eles habitavam na data da promulgação da Constituição de 1988 – esse é o marco temporal. A teoria do fato indígena, que embasou o posicionamento deste Tribunal no caso mencionado, é a que melhor concilia os interesses em jogo na questão indígena. Por um lado, admite-se que os índios remanescentes em 1988 e suas gerações posteriores têm direito à posse de suas terras tradicionais, para que possam desenvolver livremente o seu modo de vida; por outro, procura-

		se anistiar oficialmente esbulhos ancestrais, ocorridos em épocas distantes, já acomodados pelo tempo e pela própria dinâmica histórica (...).Diante da rigidez do critério estabelecido, o Supremo veio a mitigar a teoria do fato indígena (marco temporal) por meio do chamado “renitente esbulho”, ou seja, assentando ser terra indígena também aquela que, na data da promulgação da Constituição de 1988, não era ocupada por índios em razão de espoliação decorrente de conflitos possessórios efetivamente existentes no marco temporal fixado (5 de outubro de 1988).
23	RE 1017365 – Caso Xokleng	O Supremo vem reiterando a tese do fato indígena (marco temporal). No exame do RE 219.983, Plenário, Relator o ministro Marco Aurélio, DJde 17 de setembro de 1999, o ministro Nelson Jobim consignou: Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também que a palavra “tradicionalmente” não é posse imemorial, é a forma de possuir, não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse.
24	RE 1017365 – Caso Xokleng	O art. 67 do ADCT determina que “A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. Tal norma transitória é forte indício de que o constituinte teve em mente a fixação de um marco temporal preciso para a delimitação dos espaços físicos que ficariam sob o exclusivo usufruto indígena. Se houvesse a possibilidade de que, a qualquer tempo, novas posses indígenas pudessem ser estabelecidas – para além daquelas vigentes na data da promulgação da Constituição –, não faria sentido fixar um prazo para a demarcação dessas terras, pois estaria sempre em aberto a possibilidade de configuração de novas “posses tradicionais”. É certo que tal prazo foi descumprido, e isso não implica a caducidade do poder-dever da União de demarcar terras indígenas. É preciso, porém, ter presente que a redação do texto constitucional claramente aponta no sentido de que a posse indígena deveria existir no ano de 1988, em caráter tradicional. Posses posteriores à entrada em vigor da Constituição de 1988 não podem ser consideradas “tradicionais”, porque isso implicaria não apenas o reconhecimento do direito dos indígenas às suas terras, mas também um direito de expandi-las ilimitadamente para novas áreas, já definitivamente incorporadas ao mercado imobiliário nacional. Guardadas as proporções, a regra constitucional aqui em discussão é análoga ao princípio do <i>uti possidetis</i> no direito internacional: quem efetivamente ocupa em um determinado marco temporal tem o direito de continuar ocupando, mas não o de ampliar a ocupação.
25	RE 1017365 – Caso Xokleng	No caso, das quatro condicionantes previstas no § 1º do art. 231 da Constituição Federal, para configuração da referida tradicionalidade, nenhuma está preenchida, uma vez que as terras cujos titulares são os recorridos foram ocupadas muito antes da entrada em vigor da Constituição de 1988. O art. 231 da Constituição Federal há de ser interpretado à luz da jurisprudência firmada por esta Corte (Pet 3.388 – caso Raposa Serra do Sol) e dos princípios do direito adquirido, do ato jurídico

		perfeito, da confiança legítima, da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, além da teoria do marco temporal. Esse entendimento prestigia solução que pondera valores constitucionais igualmente relevantes. De um lado, a proteção e o incentivo à cultura indígena; de outro, a segurança jurídica, o desenvolvimento regional, o direito à propriedade privada, o direito à moradia e ao sustento de outros cidadãos integrantes da sociedade. Portanto, comprovada a não ocupação de posse tradicionalmente indígena na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, não há falar em violação dos arts. 231, § 1º, e 20, I e XI, da Carta Magna.
26	RE 1017365 – Caso Xokleng	denominou-se uma chapa radiográfica da ocupação territorial - obrigatório termo referencial cujo objetivo seria impedir a ponderação de interesses fraudulentos de novas aldeias indígenas (que poderiam ser fixadas no local em época posterior), baseado principalmente na paz social e na segurança jurídica, para evitar o recorrente e violento processo de expulsão dos indígenas de suas terras, visando a descaracterizar a tradicionalidade de sua posse. Ao se fixar um marco temporal, pretendeu-se, ao mesmo tempo, evitar futuras fraudes, com invasões, e também se pretendeu demonstrar que não adiantaria retirar violentamente as comunidades indígenas a partir de então, porque o marco temporal a ser analisado seria 5 de outubro de 1988. Na realidade, o que se defendeu naquele momento, com a fixação desse marco temporal constitucional, era fixar um ponto de equilíbrio entre o direito fundamental das comunidades indígenas ao usufruto permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas e a garantia, também constitucional, de propriedade privada daqueles que teriam adquirido aquelas propriedades de boa-fé, regularmente, de acordo com todas as regras jurídicas. Tudo sob a luz e a finalidade de garantir uma maior segurança jurídica, uma maior estabilidade e, principalmente, a paz social no campo.
27	RE 1017365 – Caso Xokleng	A ideia do marco temporal, a meu ver, não pode ser uma radiografia, como foi colocado. Não é um marco instantâneo que, a partir dele, quem não estivesse naquele momento ou quem não estivesse naquele momento litigando não possa mais pleitear a demarcação.
28	RE 1017365 – Caso Xokleng	O Supremo Tribunal Federal, naquele momento, ao adotar a ideia de marco temporal, entendeu que a data da promulgação da vigente Constituição, de 5 de outubro de 1988, deveria ser considerado o que, no acórdão, denominou-se uma chapa radiográfica da ocupação territorial - obrigatório termo referencial cujo objetivo seria impedir a ponderação de interesses fraudulentos de novas aldeias indígenas (que poderiam ser fixadas no local em época posterior), baseado principalmente na paz social e na segurança jurídica, para evitar o recorrente e violento processo de expulsão dos indígenas de suas terras, visando a descaracterizar a tradicionalidade de sua posse.
29	RE 1017365 – Caso Xokleng	Ao se fixar um marco temporal, pretendeu-se, ao mesmo tempo, evitar futuras fraudes, com invasões, e também se pretendeu demonstrar que não adiantaria retirar violentamente as comunidades indígenas a partir de então, porque o marco temporal a ser analisado seria 5 de outubro de 1988. Na realidade, o que se defendeu naquele momento, com a fixação desse marco temporal constitucional, era fixar um ponto de equilíbrio entre o direito fundamental das comunidades indígenas ao usufruto

		<p>permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas e a garantia, também constitucional, de propriedade privada daqueles que teriam adquirido aquelas propriedades de boa-fé, regularmente, de acordo com todas as regras jurídicas. Tudo sob a luz e a finalidade de garantir uma maior segurança jurídica, uma maior estabilidade e, principalmente, a paz social no campo. Entendeu-se que essa fixação, essa estipulação dessa chapa radiográfica desse marco temporal, preservaria a viabilidade da sobrevivência digna e de reparação às comunidades indígenas, respeitando seus costumes e tradições, demonstrando que seriam áreas em que historicamente a posse respeitaria seus costumes e suas tradições e, ao mesmo tempo, evitaria o desvirtuamento ou o tornar tábula rasa o ato jurídico perfeito, o negócio jurídico perfeito - não raras vezes, a coisa julgada -, sobre determinada propriedade adquirida com boa-fé.</p>
30	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Naquele momento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o marco temporal resolveria essa questão. Dessa forma, foi fixado, a partir desse marco temporal, que as áreas não mais ocupadas por comunidades indígenas em 5 de outubro de 1988, o nascimento da Constituição Federal, ainda que tivessem sido tradicionais locais das comunidades indígenas em um passado remoto, não seriam mais passíveis de restituição, ao argumento de ocupação antiga ou imemorial. Foi uma opção feita pelo Supremo Tribunal Federal naquele caso, Raposa do Sol, mas, obviamente, houve uma análise do texto constitucional como um todo. Não se pode ignorar que a situação fática das comunidades indígenas que não ocupavam suas terras tradicionais quando da promulgação da Constituição de 1988, por circunstâncias alheias à sua vontade, acarretaria, como várias vezes acarretou, uma grande injustiça.</p>
31	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Entre os critérios fixados na referida decisão, tinha-se a data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) como referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos indígenas. Essa orientação, a propósito, foi ratificada pela Segunda Turma, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087, de que fui redator do acórdão, cuja ementa dispõe: “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. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: 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. 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</p>

		<p>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.” (RMS 29.087, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 14.10.2014; grifo nosso).</p>
--	--	--

**APÊNDICE E- TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A
CATEGORIA: TERRITORIALIDADE⁵**

Territorialidade		
Nº	Processo/Demanda	Fundamentação
1	MS 28541 ED-AgR	(...) a identidade é dinâmica, relacional e diversas são as etnogêneses e territorialidades a emergirem no cenário brasileiro. Com base nessa ótica, uma postura autocontida do Judiciário mostra-se compatível com as capacidades que ele detém para enfrentar o cerne de demandas identitárias, sem que, com isso, se corra o risco de esvaziar a própria política de reconhecimento ou a efetividade dos direitos fundamentais em jogo. (MELO, Cristina. Terras indígenas: Identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 143.) Logo, abarcar o pluralismo que compreende a distinção dos modos de vida indígena, das várias etnias e comunidades com terras ainda por demarcar, exige que o julgador valore o trabalho técnico antropológico como sendo aquele a demonstrar a tradicionalidade da posse indígena, a ligação com o território, de acordo com seus usos, costumes e tradições, de modo a perfazer os requisitos do §1º do artigo 231 da Constituição Federal. Ressalte-se, uma vez mais, que não se avalia a ocorrência da posse indígena da mesma forma como a posse civil, pois a terra para os índios não possui a mesma finalidade primordialmente econômica, mas serve de habitat, de fonte de alimento e de exercício de sua cultura, donde a necessidade do recurso ao conhecimento especializado para a definição da tradicionalidade da posse.
2	ACO 312	61. A posse permanente mencionada pela Constituição não pode ser reduzida ao conceito de posse do direito civil. Abrange “todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda a área por eles habitada, utilizada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural” [fl- 3.356 - vol. X]. Essa peculiaridade é apontada em voto do Ministro VICTOR NUNES nos autos do RE n. 44 .585, DJ de 11.10.1961.
3	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento. O que estamos a descrever não é senão a própria base filosófica da mais firme opção constitucional em favor dos índios, traduzida no macro-entendimento de que é direito fundamental de cada um deles e de cada etnia autóctone I - perseverar no domínio de sua identidade, sem perder o <i>status</i> de brasileiros. Identidade que deriva de um fato complexo ou geminado, que é o orgulho de se ver como índio e etnia aborígine, é verdade, mas índio e etnia genuinamente brasileiros. Não uma coisa ou outra, alternativamente, mas uma coisa e outra, conjugadamente. O vínculo de territorialidade com o Brasil a comparecer como elemento <i>identitário</i> individual e étnico; II - poder inteirar-se do <i>modus vivendi</i> ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente. É o que se chama de aculturação, compreendida como um longo processo de adaptação social de um

⁵ A tabela foi elaborada com base nos julgados mencionados ao lado. São trechos que expõem fundamentos e argumentos utilizados pela Corte. Tais informações são públicas e foram referenciadas na bibliografia e, quando citadas recuadas no corpo do texto foram também referenciadas. Os julgados transcritos são citados na metodologia, na segunda coluna da tabela e se mencionados como citação recuada também são referenciados de modo exaustivo.

	<p>indivíduo ou de um grupo, mas sem a necessária perda da identidade pessoal e étnica. Equivale a dizer: assim como os não-índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida), mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório, e não uma permuta, menos ainda uma subtração; III - ter a chance de demonstrar que o seu tradicional <i>habitat</i> ora selvático ora em lavrados ou campos gerais é formador de um patrimônio imaterial que lhes dá uma consciência nativa de mundo e de vida que é de ser aproveitada como um componente da mais atualizada idéia de desenvolvimento, que é o desenvolvimento como um crescer humanizado. Se se prefere, o desenvolvimento não só enquanto categoria econômica ou material, servida pelos mais avançados padrões de ciência, tecnologia e organização racional do trabalho e da produção, como também permeado de valores que são a resultante de uma estrutura de personalidade ou modo pessoal-indígena de ser mais obsequioso: a) da idéia de propriedade como um bem mais coletivo que individual; b) do não enriquecimento pessoal à custa do empobrecimento alheio (inestimável componente ético de que a vida social brasileira tanto carece); c) de uma vida pessoal e familiar com simplicidade ou sem ostentação material e completamente avessa ao desvario consumista dos grandes centros urbanos; d) de um tipo não-predatoriamente competitivo de ocupação de espaços de trabalho, de sorte a desaguar na convergência de ações do mais coletivizado proveito e de urna vida social sem <i>narsísicos</i> desequilíbrios; e) da maximização de potencialidades sensoriais que passam a responder pelo conhecimento direto das coisas presentes e pela premonição daquelas que a natureza ainda mantém em estado de germinação; f) de uma postura como que religiosa de respeito, agradecimento e louvor ao meio ambiente de que se retira o próprio sustento material e demais condições de sobrevivência telúrica, a significar a mais fina sintonia com a nossa monumental biodiversidade e manutenção de um tipo de equilíbrio ecológico que hoje a Constituição brasileira rotula como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225, <i>caput</i>), além de condição para todo desenvolvimento que mereça o qualificativo de sustentado.⁷⁶ Fácil entender, assim, que, por um lado, a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios para agregar valor à subjetividade deles (fenômeno da <i>aculturação</i>, conforme explicado). Para que eles sejam ainda mais do que originariamente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado, marcadamente. Já o outro lado da normação constitucional, este reside na proposição de que as populações ditas civilizadas também têm a ganhar com sua aproximação com os índios. Populações civilizadas de quem se exige: a) solidariedade, no plano do reconhecimento de que os aborígenes precisam do convívio com os não índios; b) humildade, para reconhecer que esse convívio é uma verdadeira <i>estrada de mão dupla</i>, porquanto reciprocamente benfazejo. Esse tipo de humildade, justamente, que refreia e dissipa de vez todo ímpeto discriminatório ou preconceituoso contra os indígenas, como se eles</p>
--	--

		<p>não fossem os primeiros habitantes de uma <i>Terra Brasilis</i> cuja integridade física tão bem souberam defender no curso da nossa história de emancipação política, de parelha com uma libertária visão de mundo que talvez seja o mais forte componente do nosso visceral repúdio a toda forma de autocracia, ao lado da nossa conhecida insubmissão a fórmulas ortodoxas de pensar, fazer e criar. Essa libertária visão de mundo que se inicia com a própria noção de deslimite geográfico deste nosso País-continente e que tanto plasma a santa rebeldia cívica de um Tiradentes quanto o mais refinado engenho tecnológico de um Santos Dumont, em par com a mais desconcertante ousadia estética de um Tom Jobim, um Garrincha, um Manoel de Barros, um Oscar Niemayer, uma Daiane dos Santos.</p>
4	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>A Constituição de 1988 teve o exposto intuito de permitir o exercício da territorialidade indígena. Ademais, a definição aponta para a absorção pelo texto constitucional da noção de território indígena, que engloba não apenas a área ocupada, mas todo o espaço onde, dinamicamente, os povos exercem seu modo de existir (cultural, social, religioso e de poder). Ensina Fernandes que: “Falar em território significa dizer que este é um espaço da sobrevivência e reprodução de um povo, onde se realiza a cultura, onde se criou o mundo, onde descansam os antepassados. Além de ser um local onde os índios se apropriam dos recursos naturais e garantem sua subsistência física e, sobretudo, um espaço simbólico em que as pessoas travam relações entre si e com seus deuses.” (FERNANDES, 1993, p. 81) No mesmo sentido, Baniwa (p. 101), explica que os povos indígenas se relacionam com o espaço como “o conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva”, e afirma: “Para os povos indígenas, o território compreende a própria natureza dos seres naturais e sobrenaturais, onde o rio não é simplesmente o rio, mas inclui todos os seres, espíritos e deuses que nele habitam. Para os índios, o invisível faz parte do visível, assim como os não-humanos fazem parte dos humanos. O mundo dos mortos, dos espíritos e dos deuses não está em outra dimensão cósmica, está na própria natureza que constitui o território indígena. [...] os deuses indígenas não existem sem a natureza real e concreta” (BANIWA, 2006, p. 101-103).</p>
5	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Essas múltiplas relações com a terra são muito distintas das vivenciadas pelos não indígenas e, por isso, nem sempre é por eles compreendido o alcance da proteção constitucional assegurada aos povos originários. Nesse sentido, expressões como “é muita terra para pouco índio” são a referência mais clara, a meu ver, dessa incompreensão, em claro desencontro com o intuito constitucional, que é o de assegurar o direito às terras indígenas a partir da concepção dos próprios povos sobre a sua terra, de modo a permitir aos indígenas que a ocupação se estabeleça conforme seus usos, costumes e tradições.</p>
6	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Afasta-se, assim, da demarcação, o caráter constitutivo, já que ela não cria, extingue ou modifica uma relação jurídica, mas apenas declara a preexistência de um direito. Não obstante, sua existência é necessária para visibilizar a posse sobre as terras, possibilitar o usufruto exclusivo pelos indígenas e cercar de certeza jurídica o modo de vida dos povos indígenas. Isso porque, como explica Bethonico, a territorialidade indígena era originalmente exercida</p>

		<p>pelos povos originários, a partir de seus deslocamentos dentro de espaços sobre os quais exerciam seu poder, o que se modificou, todavia, com o contato com o colonizador: “O deslocamento das populações indígenas e a construção de novos territórios está, geralmente, relacionada a escassez de recursos naturais (devido a formas de manejo ou crescimento populacional), às pressões externas como a chegada dos não índios, ou mesmo por conflitos com outros grupos étnicos. Assim, em momentos anteriores à demarcação de áreas voltadas para os povos indígenas, estes ocupavam espaços que tinham o controle sobre ele, a decisão de mudança e a escolha do novo local vinculava-se aos mitos e crenças ou a disponibilidade de recursos. Essa situação começou a se modificar com a chegada de fazendeiros, garimpeiros, cidades e a efetivação das ações estatais como a construção de infraestrutura para atender às demandas capitalistas. A efetivação dessa expansão nos moldes capitalistas e com o apoio do Estado traz uma nova realidade para os povos indígenas, principalmente com a formação das terras indígenas”. Como aponta Gallois, “o contato coloca um grupo indígena diante de lógicas espaciais diferentes da sua e que passam a ser expressas também em termos territoriais”. A diferença entre uma e outra territorialidade é que a civilista é expressa em titulação e a indígena é constatada a partir da tradicionalidade de sua ocupação, firmando-se, não raro, no conflito entre uma e outra, a compreensão de que aquele espaço nunca fora indígena.</p>
--	--	---

**APÊNDICE F - TABELA DE FUNDAMENTOS SELECIONADOS SOBRE A
CATEGORIA: TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS⁶**

Terras Tradicionalmente Ocupadas		
Nº	Processo/Demanda	Fundamentação
1	ADI 3239	(...) A exegese sistemática dos arts. 5º, XXIV, 215 e 216 da Carta Política e art. 68 do ADCT impõe, quando incidente título de propriedade particular legítimo sobre as terras ocupadas por quilombolas, seja o processo de transferência da propriedade mediado por regular procedimento de desapropriação. Improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade material do art. 13 do Decreto 4.887/2003. (...) Na própria Constituição há de se buscar a solução para a questão procedimental atinente a eventual existência de títulos em nome de terceiros relativos às mesmas áreas, pois em nenhum de seus dispositivos reputa nulos ou extintos os títulos eventualmente incidentes sobre as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, diverso do que ocorre, por exemplo, no tocante às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – art. 231, § 6º – , em relação às quais esta Corte já assentou (...) Não se deve cair no equívoco de equiparar a titulação das terras das comunidades quilombolas com os critérios de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas. A Constituição da República, em relação às terras indígenas, estabeleceu, expressamente, uma ampla rede de proteção das terras tradicionalmente ocupadas por eles, estabelecendo sua “posse permanente” e já definindo, textualmente, o que seria entendido por “terras tradicional ocupadas”, bem como qual seria sua destinação. (...) Embora tanto as terras indígenas como as terras de quilombolas sejam referidas juridicamente como “terras tradicionalmente ocupadas”, receberam do texto constitucional regramento bastante diferenciado. Vê-se que, em relação às terras indígenas, a Lei Fundamental não conferiu às comunidades a titularidade sobre o espaço geográfico destinado a seu desenvolvimento físico, cultural e espiritual, incumbindo à União o exercício de tal tutela. Conferiu-lhes, porém, um arcabouço substancial e perene de prerrogativas sobre as terras por elas ocupadas, reconhecendo-lhes a posse permanente (não a propriedade) das terras utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, além do usufruto sobre os bens naturais ali presentes. De forma diversa, o art. 68 do ADCT conferiu aos remanescentes das comunidades quilombolas a propriedade definitiva das terras que estivessem ocupando e, com isso, não teve a pretensão de conferir-lhes, como o fez para os indígenas, todas as terras, presentes e futuras,

⁶ A tabela foi elaborada com base nos julgados mencionados ao lado. São trechos que expõem fundamentos e argumentos utilizados pela Corte. Tais informações são públicas e foram referenciadas na bibliografia e, quando citadas recuadas no corpo do texto foram também referenciadas. Os julgados transcritos são citados na metodologia, na segunda coluna da tabela e se mencionados como citação recuada também são referenciados de modo exaustivo.

		necessárias para suas atividades produtivas, para a preservação dos recursos ambientais, para o seu bem-estar e para a sua reprodução física e cultural. Em verdade, enquanto, para as terras indígenas, a Constituição adotou os critérios da imprescindibilidade e da necessidade, para os quilombolas, pautou-se pelo critério da ocupação.
2	MS 34250 AgR	Não constitui demasia observar, neste ponto, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de sua destinação constitucional, a fins específicos, voltados, essencialmente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais , tudo a justificar, como enfatizado na presente decisão, a distinção conceitual entre posse civil, de um lado, e posse indígena, de outro, (...) A Constituição da República, na realidade, criou, em seu art. 231, § 1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar, aos índios, o exercício dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º) e, de outro, a proporcionar, às comunidades indígenas, bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, “caput” e seu § 1º). Daí a advertência de LUIZ FELIPE BRUNO LOBO (“Direito Indigenista Brasileiro”, p. 53, 1996, LTr), para quem “A propriedade das terras indígenas outorgada à União nasce com o objetivo de mantê-las reservadas a seus legítimos possuidores. Há um vínculo indissolúvel entre a reserva a que se destina e a natureza desta propriedade. Por esta razão são terras inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis” (grifei).
3	MS 34250 AgR	Emerge, claramente, do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive. É por esse motivo – salienta JOSÉ AFONSO DA SILVA (“Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 856, item n. 3, 30ª ed., 2008, Malheiros) – que o tema concernente aos direitos sobre as terras indígenas transformou - se “no ponto central dos direitos constitucionais dos índios”, eis que, para eles, a terra “tem um valor de sobrevivência física e cultural”. É que – prossegue esse eminente constitucionalista – não se ampararão os direitos dos índios, “se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza (...) constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil” (grifei). A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as terras

		<p>indígenas (“res extra commercium”), proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas (ACO 323/MG, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, v.g.), considerando ineficazes, ainda, as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas que provocam, por efeito de expressa determinação constitucional, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º).</p>
4	ACO 304	<p>Afinal, conclui o ilustre “expert” as respostas aos quesitos apresentados pela Ré FUNAI, à fl. 2.284. “A reconstituição da história dos Xavante nos últimos séculos e décadas do século XX, ...sustentam que a área “sub-judice” é de ocupação imemorial dos Xavante, constituindo-se, em parte, no habitat tradicional deste povo, em terras tradicionalmente ocupadas e por eles habitadas em caráter permanente, salvo as situações históricas quando o grupo foi expulso a “MANU-MILITARE” por não índios” (fl. 2.284). O abandono das terras tradicionalmente ocupadas não se deu de forma espontânea, a trajetória é marcada por vários episódios de violência na tentativa de extermínio, quando da presença dos Xavante em Mato Grosso. O reconhecimento do Estado quanto à presença e ocupação de terras do Estado do Mato Grosso é flagrante quando, por volta de 1960 alguns Xavante começaram a retornar à região, encontraram suas terras totalmente ocupadas por fazendas. Durante sua ausência, as terras haviam sido declaradas devolutas pelo Governo e subseqüentemente outorgados títulos de propriedade. A presença dos Xavante na área exerceu pressão suficiente para que, na década de 60, o Governo do Estado cedesse uma área de 10.000 ha, que passou ao controle efetivo dos índios em 1975 (fl. 2.263).</p>

5	ACO 362	<p>14. Na Constituição da República de 1988 se fortaleceu, expressamente, a tutela do indigenato, definidas entre os bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 20, inc. XI), aos quais se reconheceu como imprescritíveis os direitos delas decorrentes, garantindo-lhes a posse e exclusivo usufruto, nos termos do seu art. 231: (...) 15. Chegando ao momento constitucional atual, o art. 231, da Constituição de 1988, atribui uma importância diferenciada aos índios e ao seu modo de viver, protegendo “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”, além de preservar “sua reprodução física e cultural”. A Constituição de 1988 também consagrou o caráter originário do direito dos índios às terras por eles “tradicionalmente ocupadas”, incluindo-as, igualmente, dentre os bens da União (art. 20, XI, da CF/88). Por conseguinte, o artigo 231, §6º, da Constituição, afirmou serem nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, proibindo indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. A causa indígena, portanto, não era estranha à Constituição, que determinou, no art. 67, do ADCT, a conclusão do processo demarcatório de terras no prazo de 5 (cinco) anos. 16. Essa breve exposição demonstra que tais normas constitucionais devem ser compreendidas, sob uma perspectiva histórica, como o progressivo reconhecimento do direito das comunidades indígenas sobre as terras por elas tradicionalmente ocupadas, possuindo o ato administrativo mero conteúdo declaratório, ainda que isso possa produzir extenso recorte no território de um Estado-membro da Federação. Isso porque a manutenção da relação dos indígenas com a terra é essencial para se evitar a descaracterização da sua cultura, com a conseqüente perda de identidade étnica, o que todas as Constituições brasileiras promulgadas nos últimos cem anos pretenderam evitar.</p>
6	ACO 362	<p>A meu ver, é assim que deve ser lida a Súmula 480, do STF, que dispõe: “Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas”. 17. O elemento teleológico, por sua vez, sugere que a “posse”, a “localização”, a “habitação” ou a “ocupação” dos indígenas possui um significado relacionado ao habitat em um determinado espaço, necessário à sua subsistência (compreendendo os locais onde são desenvolvidas atividades produtivas, tais como caça, pesca, coleta e cultivo), à preservação dos recursos naturais e à reprodução física e cultural do grupo. Por essa razão é que, como bem destacado pelo Min. Victor Nunes Leal no RE 44.585, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 30.08.1961, ao analisar o art. 216, da Constituição de 1946, “não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo”. Nesse mesmo sentido dispõe o art. 23, do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973).</p>
7	ADC 42	<p>Observem a organicidade do Direito, sobretudo o ambiental. Territórios indígenas, reservas legais e unidades de conservação</p>

		<p>desempenham funções distintas. Os territórios indígenas não guardam relação com a tutela ambiental, embora naturalmente nessas áreas haja maior nível de preservação ambiental, considerada a relação dos povos indígenas com a natureza. O fundamento da demarcação desses territórios é o reconhecimento, pelo Constituinte, de direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, conforme previsto no artigo 231 da Constituição Federal. É impertinente reduzir a recomposição de área de reserva legal com base na existência de territórios indígenas na região, protegidos a partir de outro preceito constitucional. Vale notar que as áreas de reserva legal e unidades de conservação não desempenham a mesma função. Apesar de ambas promoverem o abrigo da fauna silvestre e da flora nativa, as áreas de reserva legal, ao contrário das reservas biológicas, por exemplo, preveem a intervenção humana no respectivo espaço. A ressaltar essa óptica, relativa à distinção entre os mencionados espaços, as áreas de reserva legal envolvem dever de proteção implementado pelo particular na respectiva propriedade, enquanto as unidades de conservação referem-se ao dever do Estado de promover diretamente espaços especialmente protegidos.</p>
8	MS 28541 ED-AgR	<p>Repisando o caput do artigo 231 do texto constitucional, São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens . Portanto, e em se considerando que, nos termos do artigo 20, XI da Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de domínio da União, trata-se de procedimento administrativo da União, a identificar essas terras e demarcá-las no interesse das comunidades indígenas que ocupam de modo tradicional essas áreas. (...). A fim de melhor compreender os requisitos da configuração da posse indígena tutelada pelo ordenamento constitucional, rememoro que o caput do artigo 231 reconhece aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Explicitando o conceito de ocupação tradicional, o §1º do referido artigo dispõe que São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Em definição já clássica, José Afonso da Silva assim define as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: A base do conceito acha-se no art. 231, §1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: (a) serem por eles habitadas em caráter permanente ; (b) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas ; (c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar ; (d) serem necessários à sua reprodução física cultural tudo segundo seus usos, costumes e tradições. De sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, o que é modo de utilização , atividade produtiva , ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou</p>

		<p>socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto; mas segundo o modo de ser deles, índios, da cultura deles. Terras tradicionalmente ocupadas não se revela, aí, uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1.4.1680, que reconhecia aos índios as terras onde estavam e as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas, que já se perderam na memória, e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas. Nem tradicionalmente nem posse permanente são empregados em função de usucapião imemorial em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores. Primeiro porque não já títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição da propriedade, e esta não se imputa aos índios, mas à União, a outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o Indigenato (infra). O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelos quais se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições. (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 889-890)</p>
9	MS 28541 ED-AgR	<p>Principie-se aqui por rememorar que o §1º do artigo 231 define terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A fim de localizar, delimitar e definir todos esses elementos, conjuntamente e sem nenhuma preponderância de um sobre os demais, o Decreto nº 1.775/1996 elege o laudo antropológico como instrumento para a demonstração de que a área é de posse tradicional indígena:</p>

10	MS 28541 ED-AgR	(...)E, de fato, se a tradicionalidade refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade indígena, se a ligação com a terra faz parte da própria definição da identidade enquanto índio e enquanto comunidade indígena, apenas um trabalho técnico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação conseguirá determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional. No julgamento da Ação Cível Originária nº 362, essa necessidade do estudo antropológico a embasar as conclusões pela tradicionalidade da ocupação indígena já foi ressaltada.
11	MS 28541 ED-AgR	(...) não foi a <i>ratio</i> da Súmula 650 do STF que a expulsão violenta de indígenas levasse à configuração do abandono da terra para considerá-la como não indígena: <i>Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. É preciso que esse abandono se revista de um caráter eminentemente voluntário por parte da comunidade, sem a configuração de qualquer forma de esbulho das terras por parte de terceiros,</i> e sem a exigência de um conflito físico ou de uma demanda possessória ajuizada e em trâmite à data de 05 de outubro de 1988. As formas de resistência indígena à ocupação ilícita de suas terras deve ser perquirida de acordo com a concepção que cada etnia possui sobre as formas de resistir às invasões.
12	ACO 312	No presente caso, em face do que decidido na Questão de Ordem suscitada nestes autos, a identificação judicial das terras indígenas não demarcadas transfere ao Poder Judiciário o exame sobre a tradicionalidade da ocupação considerado determinado momento histórico, ficando mantida a definição da concreta abrangência fundiária necessária para garantir os meios dignos para a preservação da identidade cultural de determinado grupo indígena sob a responsabilidade dos órgãos administrativos federais encarregados da demarcação administrativa da reserva.
13	ACO 312	Em efeito, no julgamento do RE n. 219.983, após afirmar o Ministro Marco Aurélio a imprestabilidade de precedente invocado pelo Procurador-Geral da República (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 14.2.1997), considerando o fato de que “o caso concreto que o fez surgir dizia respeito à área demarcada pela FUNAI, cujo ato foi homologado pelo Presidente da República”, o Tribunal, à unanimidade, julgou improcedente a pretensão da União de ver declarada a impossibilidade de usucapião sobre o imóvel localizado em aldeamento indígena extinto, porque a proteção constitucional prevista nas Cartas pretéritas e na atual Constituição não albergaria situações de terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas. De se lembrar que desse e de outro precedente julgado no mesmo sentido (RE n. 249.705, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 1.10.1999) adveio a Súmula n. 650, dispondo que “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”.
14	ACO 312	Esse o entendimento manifestado por este Supremo Tribunal no julgamento do denominado ‘caso Raposa – Serra do Sol’ (PET n.

		3.388), tendo o acórdão, no ponto, recebido a seguinte ementa: “11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso 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’” (DJe 24.9.2009).
15	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	60. É nesse panorama histórico-normativo que toma vulto a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada também contra os Estados e Municípios, se necessário. Não só contra os não-índios.
16	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	Refiro-me ao problema da existência, ou não, de justificativas no relatório para a demarcação contínua e a extensão, à questão da possibilidade de superposição de área indígena e território de Parque Nacional, Parque Nacional do Monte Roraima, ou faixa de fronteira e à controvérsia sobre o alcance retroativo do direito indígena de posse de suas terras e, também, do próprio conceito de "terras tradicionalmente ocupadas". É que todas elas conduzem a uma necessária discussão em torno do próprio conceito de terras indígenas, dos respectivos métodos e critérios de identificação e demarcação, de suas repercussões jurídicas para índios e não-índios e de suas relações com outros institutos de sede constitucional. Essa apreciação conjunta requer uma apresentação prévia dos principais temas e institutos para um tratamento inicial e genérico de cada um deles, preparatório de uma conformação global e, se possível, conciliatória dos interesses envolvidos.
17	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	Para José Afonso da Silva, tantas vezes citado neste processo, ao contrário do que prevalecia nas Constituições anteriores, o advérbio "tradicionalmente" não deve ser entendido como referente a uma ocupação desde tempos mais que pretéritos, uma ocupação imemorial: "Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ocupadas tradicionalmente não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja, terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles" (Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. in SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993. págs. 45 a 50). Assim também entende Isaias Montanari Junior em sua dissertação de mestrado para a Universidade Federal de Santa Catarina (Demarcação de terras indígenas na faixa de fronteira sob o enfoque da defesa nacional.

		<p>Florianópolis, 2005). O conceito indica modo de ocupação, a maneira pela qual os índios se relacionam com a terra. É um novo ângulo em relação ao que previam as Constituições anteriores que, se de um lado justifica a extensão geográfica dos direitos a serem reconhecidos, de outro pode significar a exigência de que a ocupação pelos índios se dê em conformidade com a cultura e o <i>modus vivendi</i> que se deseja preservar. A Constituição acabou adotando o termo que já vinha previsto no art. 11 da Convenção nº107 da Organização Internacional do Trabalho - OIT e no art. 14 da Convenção nº169, que a substituiu. Esse modo de ocupação, por sua vez, foi definido na própria Constituição, no § 1º do art. 231. O caráter permanente da habitação já mostra que a referida desvinculação da ideia de posse imemorial não pode retirar do advérbio "tradicionalmente", de forma absoluta, toda consideração à temporaneidade da ocupação. Alguma expressão pretérita deve subsistir ou o adjetivo "permanente" (que, segundo o Aurélio, é "1. o que permanece; contínuo; ininterrupto; constante; 2. duradouro, durável; 3. tem organização estável") não faria nenhum sentido.</p>
18	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>"Terras que os índios tradicionalmente ocupam" são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado. (...) Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do fato indígena. A aferição do fato indígena em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena. Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem se manifestar.</p>
19	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>Para o Ministro Nelson Jobim, quando Ministro da Justiça, apenas os dois primeiros fatores, habitação permanente e utilização em atividades produtivas, estariam no "<i>mundo da faticidade</i>". Os outros dois, quais sejam a imprescindibilidade à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e a necessidade de reprodução física e cultural da comunidade indígena, teriam "<i>natureza estimativa, os quais são construídos valorativamente, embora a partir de constatações objetivas</i>". Na minha avaliação, os fatores ecológico e cultural/demográfico são também fatos a serem averiguados pelos estudos apropriados. Não há, é verdade, um critério matemático preciso, uma regra abstrata e geral que possa levar tal qual um tipo jurídico à identificação dessas expressões da ocupação indígena. Isso, contudo, não significa que não devam ser aferidos mediante a observação e a experimentação científica aplicadas às comunidades envolvidas. Os critérios da ciência antropológica não são matemáticos, porquanto a</p>

		antropologia não é uma ciência exata, mas como ciência não deixa de ter seus próprios métodos e critérios válidos epistemologicamente.
20	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	Em comentários sobre estas normas, realça José Afonso da Silva que "a questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza - como lembra Manuela Carneira da Cunha - constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. Da Constituição se extrai que sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incidem os direitos de propriedade e os direitos de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas" (Comentários Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 869).
21	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	30. Tem-se no § 1º do art. 231 da Constituição o reconhecimento aos índios de sua " <i>organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens</i> ", definindo-se serem " <i>§ 1º - ... terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.</i> "
22	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	3. O artigo 231 da Constituição do Brasil não excepciona, nem suporta redução em seu vigor normativo, no que tange a elas, as terras situadas em zonas de fronteira. A Constituição assegura plenamente aos índios os direitos originários sobre todas as terras tradicionalmente por eles ocupadas vale dizer, as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições1 --- ainda que situadas em regiões de fronteira. A suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol há disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configura evidente tolice, rematada insensatez. O que se dá, aí, é invasão de propriedade pública, a União estando vinculada pelo dever de proteger essas terras.
23	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	4. Não obstante, é necessário atentarmos para o fato de que a demarcação de terras indígenas em regiões de fronteira pode e deve ser considerada por este tribunal com rigorosa atenção, razão pela qual acompanho, bem vincado este aspecto, o voto do Ministro Carlos Alberto Direito. 5. Permito-me insistir em dois pontos. Primeiro: as terras que os índios tradicionalmente ocupam são bens da União e devem ser demarcadas como são. Segundo: disputa por terra indígena entre agentes econômicos e índios consubstancia algo juridicamente impossível; pois quando dizemos <i>disputa</i> aludimos a uma oposição entre <i>direitos</i> e, no

		<p>caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir <i>direito</i> nenhum. 6. As terras indígenas são de propriedade da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui ---propriedade da União --- resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras --- leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete --- são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. (...) A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários <i>sobre as terras que tradicionalmente ocupavam</i> na data da sua promulgação. Direi, pois, ainda outra vez: disputa entre agentes econômicos e índios, por terra indígena, consubstancia disputa juridicamente impossível; em situações como tais não há oposição de direitos; ao invasor de bem público não se pode atribuir <i>direito</i> nenhum. Em termos gentis, embora plenos de vigor: a suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol houvesse disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configuraria evidente tolice, rematada insensatez.</p>
24	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>Mostra-se incontroverso que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições - artigo 231 da Constituição Federal -, cabendo-lhes a posse permanente, tal como ressaltado nos votos já proferidos. Então, o tema não é estritamente de Direito, mas de fato, a exigir, ante variadas circunstâncias existentes, a abertura de complexa dilação probatória, não fosse a alegação de vícios considerada a peça reveladora da demarcação administrativa. A propriedade da máxima segundo a qual sem fatos não há julgamento, sendo que, até aqui, estes permanecem controvertidos, surge manifesta. Há de definir-se, ficando estreme de dúvidas, as terras realmente ocupadas - expressão da Constituição – pelos indígenas no já um tanto quanto longínquo ano de 1988, marco temporal para assentar-se a insubsistência de títulos de propriedade e posses de terceiros, esclarecendo-se as situações fáticas e jurídicas apanhadas pela Carta Federal.</p>
25	Pet. 3388 – Caso Raposa Serra do Sol	<p>Nesse ponto, valho-me do voto que proferi no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.575 5-5/MS, apreciado pelo Plenário em 3 de fevereiro de 1994, quando, r e l a t o r , fiquei vencido, tendo o Colegiado indeferido a ordem, ressaltando aos impetrantes o d i r e i t o de buscar as vias ordinárias: Qual é o alcance do disposto no artigo 231 da Constituição Federal de 1988? Implica a garantia de permanência dos indígenas nas terras? Assegura o retorno dos indígenas a terras em alguma época, ainda que perdida no tempo, ocupadas,fulminando-se uma cadeia de t í t u l o s devidamente registrados?[. . .] À época da alienação das terras pelo Estado, passando, portanto, ao particular, vigorava a Carta de 1934 que, no artigo 129, assim dispunha: "Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto,</p>

	<p>vedado aliená-las. O preceito foi repetido, sob o nº 154, na Carta de 1937. A Constituição de 1946 também mostrou-se tímida quanto à proteção das terras indígenas, adotando o critério das duas que a precederam, com ligeira modificação formal do texto: "Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem". Constatou-se a existência de dois preceitos distintos: o primeiro de natureza programática, no que direcionado ao respeito à posse dos silvícolas. O segundo, de cunho proibitivo quanto à transferência. Somente com a Lei Básica de 1967 cuidou-se da matéria em maior extensão. Estabeleceu-se a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas, remetendo-se, então, à legislação federal e aludiu-se à posse permanente, reconhecido o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nela existentes - caput do artigo 198. A previsão sobre o usufruto resultou do fato de, mediante o artigo 4º, inciso IV, de tal Carta, haverem sido incluídas entre os bens da União "as terras ocupadas pelos silvícolas", definição que não ocorreu com as Constituições de 1934 (artigo 20), de 1937 (artigo 36) e na de 1946 (artigo 34), valendo notar que esta última sequer usou da forma alargada das duas primeiras, que contemplaram a referência genérica aos "bens que pertencerem à União, nos termos das leis atualmente em vigor", isto quanto ao domínio federal. Pois bem, com o Diploma Maior de 1967 foram cominadas a nulidade e também a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza de atos que tivessem por objeto o domínio, a posse e a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas - § 1º. Previu-se mais, ou seja, que tais fenômenos - nulidade e extinção de efeitos - não dariam aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio - § 2º. Quando da entrada em vigor de tais preceitos - em 1967 - e pelos trabalhos antropológicos realizados, os indígenas - hoje cerca de 150 - já estavam há pelo menos vinte e sete anos longe de suas terras e, portanto, quer para a definição do domínio da União, quer para a proteção aos próprios silvícolas já não se podia falar em terras por eles ocupadas. O Estado alienara-as em dezembro de 1937, ou seja, trinta anos antes da inovadora disciplina constitucional. A Emenda Constitucional de 1969 não implicou alteração de tais normas, conforme depreende-se, até mesmo, da repetição dos números dos artigos, parágrafos e incisos a eles relacionadas. E o que houve com a promulgação da Carta de 1988? Uma revolução na matéria, fulminando-se situações de há muito constituídas sob o pálio de ordens constitucionais precedentes? Por acaso desconhecera-se títulos de propriedade compreendidos em cadeia iniciada há mais de cinquenta anos, ou seja, há mais de meio século, viabilizando-se o retorno dos silvícolas a terra ocupadas em período anterior? A resposta é desenganadamente negativa. É certo que o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias impôs à União o dever de concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Todavia, ao cogitar-se dos bens da União, dentre eles incluíram-se não as terras que outrora foram ocupadas pelos silvícolas e que, por isto ou por aquilo, deixaram de sê-lo e, mais do que isso, passaram ao domínio privado, atuando como alienante o próprio Estado.</p>
--	---

		<p>Aludiu-se às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios - inciso XI do artigo 20, o que, no campo da razoabilidade, da segurança da vida em Estado Democrático de Direito, faz pressupor situação de fato definida - a ocupação - muito embora presentes conflitos quanto aos limites em que verificada. No particular, é temerário falar em terras imemoráveis com o alcance que vem sendo atribuído à expressão, ou seja, de autorizar o desfazimento de uma gama de atos, desalojando-se tantos quantos confiaram na ordem jurídica em vigor e, portanto, na formalização das relações jurídicas de que participaram. Não, a tanto não leva a interpretação da atual Carta, nem da que lhe antecedeu. Em momento algum visou-se a corrigir as imensas injustiças praticadas contra aqueles que já habitavam o Brasil à época da descoberta, porquanto isto acabaria por ocorrer com o sacrifício de quem não vivenciou as práticas de outrora e de valores tão caros quando em jogo a segurança na vida em uma sociedade. A atual Carta não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo transcorrido desde que as deixaram. O reconhecimento de direitos contido no artigo 231 está ligado, no particular, às "terras que tradicionalmente ocupam" (presente), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão. (...) Constata-se que toda a definição parte do pressuposto de as terras vierem sendo habitadas pelos silvícolas, valendo notar que, coerentemente, o § 1º do citado artigo veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras. Por outro lado, a regra sobre a nulidade, extinção e ausência de produção de efeitos jurídicos, verdadeira superposição de conseqüências, isto quanto aos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o artigo ou a exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes, ressaltando relevante interesse público da União - § 6º - não tem alcance suficiente a fulminar alienação que foi formalizada por unidade da Federação há mais de meio século, sob pena de abrir-se campo propício a um sem número de reivindicações em tal sentido, pois o artigo 232 da Carta cogita da legitimação das comunidades e organizações indígenas para ingressar em Juízo em defesa dos direitos e interesses adquiridos. Fico a imaginar o descalabro do enfoque abrangente que respaldou o Decreto de homologação. Para os fins do artigo 231 da Constituição Federal, admitiu-se não a habitação das terras indígenas em período ao menos posterior à Carta de 1967, mas até 1938. Imagine-se o que poderá vir a acontecer com áreas em que hoje existem grandes cidades e que outrora foram ocupadas por índios.</p>
26	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>12. As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas destinam-se à sua posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, como desdobramentos da posse qualificada exercida em área de domínio da União, afetada à manutenção do modo de vida comunitário. 13. As terras indígenas configuram-se como res extra commercium, em respeito à natureza pública e afetada à manutenção do bem-estar indígena, razão pela qual, nos termos do §4º do artigo 231 do texto constitucional, são inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. 14. A cadeia dominial ou possessória de determinada área não impede a realização de procedimento</p>

		demarcatório, diante da existência de direito originário à posse das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do §6º do artigo 231.
27	RE 1017365 – Caso Xokleng	15. Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada
28	RE 1017365 – Caso Xokleng	10. A tradicionalidade da posse indígena refere-se ao modo de ocupação da terra , de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade, demonstrada por meio de trabalho técnico antropológico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação, para determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional.
29	RE 1017365 – Caso Xokleng	17. Nas ações possessórias em que conflitem o direito à posse civil, compreendida como expressão dos poderes proprietários, e o direito constitucional indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas, deve-se aferir a presença dos elementos caracterizadores da posse indígena, bem como aplicar ao litígio, de caráter coletivo, o disposto no artigo 536 do Código de Processo Civil.
30	RE 1017365 – Caso Xokleng	Portanto, e em se considerando que, nos termos do artigo 20, XI da Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de domínio da União, trata-se de procedimento administrativo da União, a identificar essas terras e demarcá-las no interesse das comunidades indígenas que ocupam de modo tradicional essas áreas. Nesse sentido dispôs a Pet n 3.388:“8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente , nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal. ”
31	RE 1017365 – Caso Xokleng	Em definição já clássica, José Afonso da Silva assim define as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios: “ A base do conceito acha-se no art. 231, §1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: (a) serem por eles habitadas em caráter permanente ; (b) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas ; (c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar ; (d) serem necessários à sua reprodução física cultural – tudo segundo seus usos, costumes e tradições. De sorte que não se vai tentar definir o que é <i>habitação permanente</i> , o que é <i>modo de utilização</i> , <i>atividade produtiva</i> , ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto; mas segundo o modo de ser deles, índios, da cultura deles.

		<p>‘Terras tradicionalmente ocupadas’ não se revela, aí, uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1.4.1680, que reconhecia aos índios as terras onde estavam e as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ‘ocupadas tradicionalmente’ não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas, que já se perderam na memória, e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas – porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas. Nem ‘tradicionalmente’ nem ‘posse permanente’ são empregados em função de <i>usucapião imemorial</i> em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores. Primeiro porque não já títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição da propriedade, e esta não se imputa aos índios, mas à União, a outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o <i>Indigenato</i> (infra). O ‘tradicionalmente’ refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção – enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelos quais se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.” (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 889-890)</p>
32	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Principie-se aqui por rememorar que o §1º do artigo 231 define terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as <i>imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições</i>”. A fim de localizar, delimitar e definir todos esses elementos, conjuntamente e sem nenhuma preponderância de um sobre os demais, o Decreto nº 1.775/1996 elege o laudo antropológico como instrumento para a demonstração de que a área é de posse tradicional indígena: (...)E, de fato, se a tradicionalidade refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade indígena, se a ligação com a terra faz parte da própria definição da identidade enquanto índio e enquanto comunidade indígena, apenas um trabalho técnico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação conseguirá determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional. No julgamento da Ação Cível Originária nº 362, essa necessidade do estudo antropológico a embasar as conclusões pela tradicionalidade da ocupação indígena já foi ressaltada.</p>

33	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Para o i. Ministro Roberto Barroso: “A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios fundamenta-se em trabalhos antropológicos de qualificação reconhecida, sendo sua iniciativa e orientação de competência da FUNAI. Sendo assim, por uma questão de capacidade institucional, tendo sido respeitado o devido processo legal e não sendo essa uma situação de certeza negativa sobre a ocupação indígena, deve haver deferência do Judiciário à análise técnica das autoridades competentes”. Também compreende dessa forma o i. Ministro Ricardo Lewandowski: “Quero rapidamente, eminente Presidente, pontuar um aspecto que é recorrente nas discussões que temos quando tratamos de assuntos indígenas. Não raro, diria, até muito comum, serem os <i>laudos antropológicos desqualificados, imputando-lhes a característica de que são mera literatura. Reafirmo aqui - e, aliás, ontem, essa minha convicção foi fortalecida pela presença de duas eminentes professoras da Universidade de Brasília, que lidavam com a questão indígena, que são antropólogas por profissão, e que me convenceram mais uma vez, e nem precisariam, porque tenho também uma formação em Ciências Sociais e dediquei dois anos da minha vida ao estudo da antropologia, primeiro física, depois, cultural – e afirmar que a Antropologia é, sim, uma ciência. É uma Ciência porque tem método próprio, um objeto específico e baseia suas conclusões em dados empíricos. Ao nos debruçarmos sobre estes laudos antropológicos, que integram esses dois feitos, verificamos que são dados antropológicos elaborados segundo os cânones científicos, porque estão fundados em documentos, mapas e provas testemunhais. Portanto, são laudos, do ponto de vista técnico, absolutamente impecáveis -, aliás, foram realizados por determinação de Vossa Excelência, em boa hora, Ministro Marco Aurélio - e que a meu ver, resolvem a controvérsia fática, como disse o eminente Procurador-Geral da República, de maneira absolutamente definitiva.”</i></p>
34	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>A definição da tradicionalidade da ocupação indígena, da manutenção dos laços culturais, espirituais e ambientais com a área considerada, portanto, não envolve apenas uma conceituação jurídica, mas exige demonstração realizada por laudo técnico, nos termos do Decreto nº 1.776/1996, com a participação da comunidade afetada, e também da sociedade envolvida, nos termos ali delineados. Conforme entendimento doutrinário: “(...) a identidade é dinâmica, relacional e diversas são as etnogêneses e territorialidades a emergirem no cenário brasileiro. Com base nessa ótica, uma postura autocontida do Judiciário mostra-se compatível com as capacidades que ele detém para enfrentar o cerne de demandas identitárias, sem que, com isso, se corra o risco de esvaziar a própria política de reconhecimento ou a efetividade dos direitos fundamentais em jogo.” (MELO, Cristina. Terras indígenas: Identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 143.) Logo, abarcar o pluralismo que compreende a distinção dos modos de vida indígena, das várias etnias e comunidades com terras ainda por demarcar, exige que o julgador valore o trabalho técnico antropológico como sendo aquele a demonstrar a tradicionalidade da posse indígena, a ligação com o território, de acordo com seus usos, costumes e tradições, de modo a perfazer os requisitos do §1º</p>

		do artigo 231 da Constituição Federal. Ressalte-se, uma vez mais, que não se avalia a ocorrência da posse indígena da mesma forma como a posse civil, pois a terra para os índios não possui a mesma finalidade primordialmente econômica, mas serve de <i>habitat</i> , de fonte de alimento e de exercício de sua cultura, donde a necessidade do recurso ao conhecimento especializado para a definição da tradicionalidade da posse.
35	RE 1017365 – Caso Xokleng	rememore-se que os direitos territoriais indígenas são originários, e não são constituídos pelo procedimento demarcatório, mas meramente reconhecidos pelo ordenamento constitucional, consistindo a demarcação em obrigação da União a fim de delimitar a extensão da área a ser por ela tutelada, seja em nome do domínio federal, seja pela garantia ao direito fundamental dos índios à posse de suas terras. (...) Diante desse cenário, e especialmente em se considerando que os indígenas dependem da instauração e da finalização de procedimento demarcatório por parte da FUNAI e da União, e estando estas em mora notável quanto ao desempenho de seu mister constitucional, não parece que a hierarquização do título proprietário como prova inafastável da posse justa se preste à melhor solução do litígio.
36	RE 1017365 – Caso Xokleng	2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. 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
37	RE 1017365 – Caso Xokleng	apesar de proprietária, a União não tem direitos de gozo e fruição sobre as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios. Tais direitos cabem, exclusivamente, às comunidades indígenas, por meio dos institutos da posse permanente e do usufruto exclusivo. A situação da União assemelha-se, em alguns aspectos, à do nuproprietário, no direito civil. Ela tem a propriedade, mas a fruição do bem fica sob o controle das comunidades indígenas, exceto por algumas limitações constitucionalmente estabelecidas. De grande relevância também é a garantia de oitiva prévia desses povos para o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em suas terras. Fica-lhes assegurada, ainda, a participação nos resultados da lavra, na forma da lei. Ademais, as terras indígenas, na qualidade de bens públicos, detêm os atributos inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade.
38	RE 1017365 – Caso Xokleng	“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. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: 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. 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. (grifo nosso) (RMS 29.087, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJe de 14/10/2014)”
39	RE 1017365 – Caso Xokleng	Sendo assim, a ampliação da área demarcada de área que não seja imemorial pode ser realizada por meio de ”estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola”, uma vez que sua verdadeira finalidade é a revisão de área anteriormente demarcada. Em outras palavras, o alargamento das áreas imemorais pode ocorrer por meio de assentamento de comunidade indígena agrícola – em bem imóvel que não constitui terras tradicionalmente ocupadas – necessariamente, sob o ângulo dos arts. 26 e 29 do Estatuto Indígena, na forma de desapropriação por interesse social, com fundamento no art. 5º, inciso XXIV, da CF,
40	RE 1017365 – Caso Xokleng	considero importante destacar que não diviso haver juridicidade, na colheita de informações unicamente autóctone, ao menos quanto à formação do ato administrativo do laudo antropológico. Dispõe o art. 3º, III, da Lei 9.784/1999: “Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:(...) III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (grifo nosso). Sendo assim, os cidadãos a serem desintrusados da área a ser demarcada podem apresentar documentos, que deverão ser objeto de consideração pelo responsável por elaborar o laudo antropológico, não podendo ocorrer a substituição para a fase seguinte, ou seja, no momento anterior à elaboração do parecer pela Funai ou à homologação pelo Ministro da Justiça, tendo em vista que aquele ato produz efeitos que transcendem a sua finalização, irradiando consequências para a consecução do ato em si da demarcação. Dito de outro modo: o direito de o proprietário ou possuidor apresentar documentos que apontem a cadeia dominial de sua propriedade/posse e demais aspectos que considere relevantes para a elaboração do laudo antropológico não pode ser postergado ao momento seguinte à elaboração deste; mas anterior, tudo no intuito de que sejam levados em consideração pelo responsável pela produção do laudo, inclusive em cumprimento ao § 8º do art. 2º do Decreto 1.775/1996,
41	RE 1017365 – Caso Xokleng	As terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas são qualificadas, na dicção do art. 231, § 1º, da Lei Maior, como as terras por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as

		<p>necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A posse da terra diz com a própria existência do indígena enquanto tal. Ao delimitar dessa forma o conjunto das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, o art. 231, § 1º, da Lei Maior adota critério que pode ser considerado finalístico ou prático, de modo a compreender as terras (i) destinadas à habitação em caráter permanente; (ii) as destinadas à utilização em atividades produtivas; (iii) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar das comunidades; e (iv) as necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, a exigir juízo de necessidade e antropológico; a que dizem respeito os círculos concêntricos de Jobim, sempre com relação de pertinência com o círculo anterior, este a exigir resposta positiva, com a conclusão de que as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, segundo a Constituição, guardam pertinência com as formas tradicionais de ocupação, e não com posse imemorial! É certo, contudo, que a Constituição Federal de 1988 em absoluto endossou – ao contrário rejeitou -, a tese da posse imemorial dos indígenas, ao adotar a teoria do indigenato.</p>
42	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Os direitos dos povos indígenas às terras por eles tradicionalmente ocupadas traduzem, sobretudo, direitos fundamentais. Não é demais lembrar, portanto, que, diante de norma constitucional assim qualificada, exorta a doutrina se evite “método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais”. Observa Jorge Miranda que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação”³,</p>
43	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>Ao traçar o Estatuto Constitucional dos Índios - para usar a expressão do constituinte -, no Capítulo VIII, do Título VIII, no art. 231, a Constituição do Brasil de 1988 reconheceu, primeiro, como fundamentais, os direitos originários dos indígenas, sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, o que componha seu patrimônio material e imaterial, terras, todas as suas crenças e cultura exercida no espaço que tradicionalmente ocupam.</p> <p>Daí decorre, de pronto, o reconhecimento - já aqui acentuado, a partir do voto do Ministro-Relator - de que os direitos dos povos originários, constitucionalmente nomeados como índios, têm natureza de direitos fundamentais, submetendo-se, portanto, ao regime próprio desses. Significa afirmar que não pode haver retrocesso nesses direitos reconhecidos, incluídos os que se referem às terras tradicionalmente ocupadas. Não se sujeitam esses direitos a reforma no sentido de reduzi-los, sequer constitucionalmente. O § 4º do art. 60 não permite sequer que haja deliberação sobre proposta de emenda tendente a aboli-los, dentre outros que caracterizam esses direitos.</p>
44	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>A dignidade do indígena não está em se espelhar e imitar o não indígena ou sequer outra etnia, mas em ser igual na humanidade e de ser gente, respeitado e tendo a integridade de sua cosmovisão garantida, assegurando-se então o respeito à sua dignidade étnica, à sua identidade, enfim.</p>

45	RE 1017365 – Caso Xokleng	<p>nos direitos às terras tradicionalmente ocupadas, o "tradicionalmente ocupada" haveria de ser reconhecido a qualquer tempo em que se comprove objetivamente esta posse. Nesse sentido, estou acompanhando, no direitos às terras tradicionalmente ocupadas, o "tradicionalmente ocupada" haveria de ser reconhecido a qualquer tempo em que se comprove objetivamente esta posse. Nesse sentido, estou acompanhando, com esse afastamento, estou dizendo apenas que o Marco Temporal, tal qual afirmou o Relator, não é um fator definidor para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas. Nem haveria como conciliar o que se tem na Constituição com o tempo demarcado nas condições específicas do caso Raposa e que para aquele caso foi definido.</p>
----	---------------------------	--