

## **INSTITUTO DO INDIGENATO E O ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O MARCO TEMPORAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1017365 (REPERCUSSÃO GERAL, TEMA 1031) NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

INSTITUTE OF INDIGENOUS AND ARTICLE 231 OF THE FEDERAL CONSTITUTION:  
CONSIDERATIONS ABOUT THE TIME MARK IN THE JUDGMENT OF  
EXTRAORDINARY APPEAL Nº 1017365 (GENERAL REPERCUSSION, TOPIC 1031) IN  
THE SUPREME FEDERAL COURT



Recebimento em 18/08/2022

Aceito em 06/11/2022

**João Batista Inácio Leão<sup>1</sup>**

<http://orcid.org/0000-0002-0320-184X>

leao.inacio@discente.ufg.br

**José do Carmo Alves Siqueira<sup>2</sup>**

<http://orcid.org/0000-0002-6250-5288>

siqueirajose@ufg.br

### **RESUMO**

O presente artigo explana como o tema marco temporal sobre terras indígenas voltou novamente à discussão após a afetação como repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1017365 (Tema 1031) no Supremo Tribunal Federal, que tem como relator o Ministro Edson Fachin. Por meio do referido estudo demonstraremos que o constituinte originário, na Assembleia Constituinte de 1987, ao finalizar o texto culminando no atual artigo 231 da Constituição Federal de 1988 e seus parágrafos, adotou o instituto do indigenato e não a teoria do fato indígena. Não foi vontade do constituinte originário fixar um marco temporal nos territórios indígenas, razão pela qual não pode o Poder Judiciário, por meio da Corte máxima, trazer de novo esse julgamento à tona após mais de 30 anos de debate, posto que o campo específico para tanto foi na Assembleia Constituinte de 1987. O presente estudo utilizou-se o método hipotético-dedutivo como método de abordagem, partindo-se do problema mencionado para verificar as hipóteses ou soluções provisórias disponíveis, presentes no objetivo geral. Como instrumentos/técnicas de pesquisa, utilizou-se a revisão bibliográfica, verificando os principais autores e trabalhos publicados, juntamente com a análise do tema discutido por meio dos julgados paradigmas do Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos territoriais indígenas; Indigenato e fato indígena; Posse civil e posse indígena; Marco temporal.

<sup>1</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS (UFG - MESTRADO DIREITO AGRÁRIO).

<sup>2</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS (UFG - MESTRADO DIREITO AGRÁRIO).



## ABSTRACT

This article explains how the time frame theme on indigenous lands returned to the discussion after the affectation as a general repercussion in Extraordinary Appeal nº 1017365 (Theme 1031) in the Federal Supreme Court, whose rapporteur is Minister Edson Fachin. Through this study we will demonstrate that the original constituent, in the Constituent Assembly of 1987, at the end of the text culminating in the current article 231 of the Federal Constitution of 1988 and its paragraphs, adopted the institute of indigenato and not the theory of the indigenous fact. It was not the will of the original constituent to set a time frame in indigenous territories, which is why the Judiciary cannot, through the highest court, bring this judgment back to the fore after more than 30 years of debate, since the specific field for as was the case in the 1987 Constituent Assembly. The present study used the hypothetical-deductive method as a method of approach, starting from the mentioned problem to verify the hypotheses or provisional solutions available, present in the general objective. As research instruments/techniques, a bibliographic review was used, verifying the main authors and published works, together with the analysis of the topic discussed through the judged paradigms of the Federal Supreme Court.

**KEYWORDS:** Indigenous territorial rights; Indigenate and indigenous fact; Civil tenure and indigenous tenure; Time frame.

## 1 INTRODUÇÃO

“Quem me dera ao menos uma vez/Como a mais bela tribo  
Dos mais belos índios/Não ser atacado por ser inocente”  
(ÍNDIOS, 1986).

Atualmente encontra-se em julgamento no Supremo Tribunal Federal o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1017365, cujo relator é o Ministro Luís Edson Fachin, *leading case* nº 1031 de repercussão geral, onde o tema central do recurso afetado se trata da definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. O processo de origem no recurso citado se trata de uma ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA) contra indígenas da etnia XOKLENG (autodenominados "Laklanõ), a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e a União.

Narra a inicial do processo que a FATMA alega ser legítima possuidora de área situada na Reserva Biológica do Sassafrás, Estado de Santa Catarina, administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena mediante Portaria do Ministério da Justiça, ou seja, resta saber



se os indígenas teriam promovido indevida turbação da posse da FATMA na área de reserva biológica ou se, por outro lado, a posse da FATMA seria ilegítima porque incidente sobre área de tradicional ocupação indígena.

Por meio do recurso em questão foi novamente trazida à tona para o debate no Supremo Tribunal Federal a tese do “marco temporal”, ou seja, se incide na Carta Magna de 1988 a teoria do indigenato ou do fato indígena. Pela teoria do fato indígena, como aqui será rememorado, deve ser analisado os seguintes requisitos: a ocupação tradicional, de modo que a presença dos indígenas em suas terras, na data da Constituição, deve ser qualificada pela cultura, usos e costumes do povo indígena habitante no local.

Pela teoria do indigenato, não há que se falar em marco temporal, uma vez que as relações estabelecidas entre a terra e os indígenas são congênicas e, por consequência, originárias, não dependendo de título ou reconhecimento formal. Assim, não há como se discutir as teorias do fato indígena e do indigenato sem analisar a diferença entre posse indígena e posse civil, o que será objeto de discussão em tópico específico deste artigo.

Até a presente data, os únicos ministros a votarem no RE 1017365 foi o relator Min. Edson Fachin e o Min. Nunes Marques. O primeiro contra o marco temporal; e o segundo a favor. Na sequência, a votação foi suspensa com pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes, que mesmo devolvendo o processo em mesa, ainda não foi julgado o mérito pelo colegiado, isto é, o julgamento de mérito, onde a previsão para a retomada do julgamento estava prevista para o dia 23 de junho de 2022, no entanto, até a data do presente estudo ainda não foi retomado o julgamento do mérito pelo colegiado, conforme andamento processual do referido recurso no sítio do próprio STF.<sup>3</sup>

Como não poderia deixar de ser, tanto no julgamento de um como do outro voto, os ministros citaram, como precedente, a questão da discussão do marco temporal no julgamento da Petição nº 3.388 de Roraima pelo STF, ação popular com objeto a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, mas não como matéria de fundo o assunto “marco temporal”. Na citada Petição, o relator da ação à época, Min. Ayres Britto, julgou-a parcialmente procedente em 19 de março de 2019, declarando-se a ausência de vícios na demarcação e a constitucionalidade da demarcação contínua do território em questão. Foi adotada naquele caso a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 – 5/10/1988 - como elemento objetivo para reconhecer a ocupação tradicional indígena.

---

3 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 31 out. 2022.



Segundo o Ministro Ayres Britto, relator do caso, o fundamento para a adoção da data da promulgação da Constituição como referencial objetivo, um marco temporal, seria o vocábulo "ocupam", isto é, o uso do verbo "ocupar" no tempo verbal presente e não passado, conforme consta no *caput* do artigo 231 da Constituição Federal de 1988.<sup>4</sup>

O precedente da Petição nº 3.388 foi um importante passo no que concerne ao tema demarcação de terras indígenas, tendo como objeto a impugnação quanto ao modelo contínuo de demarcação da terra, no entanto, partiu-se de um conceito tendencioso ao se empregar a expressão "renitente esbulho" ao invés de "esbulho renitente" no referido julgado, como se verá ao longo desse trabalho, o que só prejudicou ainda mais a discussão do tema, abrindo vários precedentes subjetivos pelos tribunais no país, que julgaram e ainda julgam em descompasso com a legislação indigenista, tratados internacionais, sobretudo a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e contra o texto do artigo 231 da Constituição Federal. Pela tese do "marco temporal", em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, pressupõe que seriam terras indígenas somente aquelas ocupadas tradicionalmente pelos índios na data de 5/10/1988, data da promulgação da CF/88, ou se na referida data, os povos indígenas não as ocupavam por conta de renitente esbulho.

Pretendemos demonstrar que o artigo 231 da Constituição Federal de 1988, ao tratar dos direitos dos povos indígenas não fixou um marco temporal para tanto, fazendo uso assim da teoria do indigenato, pela qual a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita, e, por conseguinte, originária, não dependendo de título ou reconhecimento formal, sendo o que deveria prevalecer, pelo voto da maioria, no julgamento de mérito pelo colegiado do RE 1017365. No entanto, é impossível prever como o Supremo Tribunal Federal julgará o tema 1031 com relação ao mérito pelo colegiado, uma vez existirem muitos interesses em jogo, principalmente dos grandes latifundiários, prova disso é que o julgamento está, por enquanto, empatado em um a um, onde os ministros que votaram tiveram posições antagônicas para tratar do caso, considerando principalmente a tese da propriedade privada e segurança jurídica.

Se tomarmos por base os antigos precedentes do próprio STF que trataram do assunto – como veremos –, o resultado será desanimador, o que não se espera. Para isso, nosso artigo utilizou o método hipotético-dedutivo como método de abordagem, partindo-se do problema mencionado para verificar as hipóteses ou soluções provisórias disponíveis, presentes no objetivo geral. Como

---

4 Artigo 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.



instrumentos/técnicas de pesquisa, utilizou-se a revisão bibliográfica, verificando os principais autores e trabalhos publicados discutindo o assunto para delimitar o problema em questão e verificar as hipóteses levantadas. Destaca-se ainda que, neste artigo a revisão bibliográfica consistiu numa atividade norteada pelos problemas e pelo contexto de expectativas possíveis.

A relevância do prévio levantamento bibliográfico justificou-se na medida em que foi possível identificar os principais trabalhos científicos publicados sobre a temática revestidos de importância por apresentarem conceitos, visões e dados atuais sobre o tema, além de estudo do próprio julgado da Petição nº 3.388-RR pelo STF (ação popular, Terra Indígena Raposa Serra do Sol). Por meio da realização da pesquisa bibliográfica e julgados sobre o assunto tratado, buscou-se analisar e verificar se o texto do artigo 231 da Constituição Federal de 1988 quis estipular verdadeiramente um marco temporal para as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas (teoria do fato indígena) ou, se pelo contrário, quis o constituinte originário fazer uso da teoria do indigenato, na qual não existe um marco datado para estabelecer o direito dos povos indígenas com as terras que habitam ou habitaram, uma vez que essa relação é umbilical e independente de declaração ou título para se tornar válida.

Por meio da análise dos julgados será possível inferir se o Supremo Tribunal está aplicando o texto constitucional ao caso em estudo ou se está julgando ao largo da Constituição, de modo que este trabalho, longe de esgotar o tema estudado, pode contribuir também para a área acadêmica, uma vez que, não obstante o assunto ser objeto de estudos variados, há sempre um diferencial em cada pesquisa de modo a contribuir e fomentar o debate, mantendo-o sempre em evidência para que não seja destoado do que quis o constituinte originário.

## **2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DOS INDÍGENAS SOBRE A POSSE DAS TERRAS NA HISTÓRIA FUNDIÁRIA BRASILEIRA**

Ainda na época do Brasil-Colônia, por meio do Alvará de 1º de abril de 1680, ratificado pela Lei Pombalina de 6 de julho de 1755, foi firmado o princípio que nas terras outorgadas aos particulares, seria reservado o direito dos indígenas.

Esse documento estabeleceu as raízes do chamado indigenato, instituto jurídico luso-brasileiro consistente no reconhecimento do direito originário dos índios sobre as terras, tendo sido repetido esse princípio durante todo o Império e início da República.<sup>5</sup>

---

5 [...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem e os mais, que ha de presente, melhor se conservem nas



Com a promulgação da Lei de Terras (Lei n.º. 601, de 1850) e seu Regulamento (Dec. n.º.1.318, de 1854), houve uma reorganização no sistema fundiário brasileiro, separando o domínio público do domínio privado. Como o sistema de propriedade brasileira até o advento da Lei de Terras era totalmente desorganizado e na tentativa de normatizá-lo, a referida Lei evocava para o domínio estatal todas as áreas ditas como irregulares, e depois possibilitava aos interessados (grandes latifundiários e “amigos do Império”) a oportunidade de regularização dessas propriedades.

Como consequência dessa reorganização, houve a revalidação das antigas concessões de sesmaria e a legitimação das posses primárias e secundárias, mediante requisitos de medição, cultura efetiva e morada habitual de todos os que se julgavam donos de tais glebas. Todos esses regulamentos legais (Lei de Terras de 1850, Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854), bem como na Lei de Terras dos Índios de 1928 (Decreto n.º 5.484, de 27 de junho de 1928, disciplinando a situação dos indígenas nascidos no território nacional), não contrariaram e nem revogaram a reserva das terras indígenas fixadas ainda no período colonial pelo Alvará de 1680.

A partir da promulgação da República no Brasil (1889), a primeira Constituição Federal tratando em seu texto do direito indígena à posse das terras foi a de 1934, conforme o artigo 129.<sup>6</sup> Ou seja, o referido texto constitucional somente tornou expresso um direito previsto na ordem jurídica brasileira desde a época do Brasil-Colônia, de modo que somente isso por si só invalidaria eventuais títulos de propriedade concedidos.

Todos os demais textos constitucionais posteriores ao de 1934 fizeram o reconhecimento expresso do direito dos indígenas à posse em suas terras (CF 1937, art. 54; CF 1946, art. 216; CF 1967, art. 186). Durante todo esse período, a política indigenista no Brasil sempre teve como parâmetros a integração e assimilação dos indígenas a chamada sociedade nacional, como se todos fossem parte de uma só sociedade, com a gradual incorporação dos nativos ao processo tido como civilizatório.

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo inteiro aos direitos dos povos indígenas rompendo, então, com os modelos assimilacionista e integracionista das constituições anteriores,

---

Aldeas: hey por bem que senhores de suas fazendas, como são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturaes senhores dellas. (Alvará de 1º, de abril de 1680, parágrafo 4).

6 Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.



bem como um modo de reafirmar que as terras tradicionais pertencem aos indígenas desde antes da chegada do colonizador português ao Brasil em 1500. E mais, a Constituição reforçou e valorizou o direito dos povos indígenas de se considerarem diferentes e serem respeitados como tais, fortalecendo suas instituições, culturas e tradições. Essa nova realidade estabelecida pela Carta de 1988 foi bem definida por Pereira (2007, p. 10):

A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados Nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.

Verificando-se, deste modo, que a Constituição Federal de 1988, diferentemente das anteriores, não se limitou apenas a tratar da posse das terras indígenas, mas, além disso, relacionou o direito sobre as terras ocupadas pelos nativos aos próprios modos de organização social, costumes, línguas e tradições, direitos esses fundamentais para fazer valer todos os demais garantidos aos referidos povos.

### **3 DIFERENÇA ENTRE POSSE CIVIL E POSSE INDÍGENA E O USO TENDENCIOSO DA EXPRESSÃO “RENITENTE ESBULHO” AO INVÉS DE “ESBULHO RENITENTE” NO JULGAMENTO DO CASO PETIÇÃO Nº 3.388 (TERRA INDÍGENA RAPOSA DO SOL)**

No caso julgado na Petição nº 3.388 e em outros conflitos envolvendo as terras indígenas, trataram a posse dessas áreas como se fosse instituto possessório do Direito Civil, quando com o mesmo não se confunde. Referido equívoco até a presente data não foi repetido no voto do Min. Edson Fachin nem no voto do Min. Nunes Marques no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1017365, onde ambos os ministros fizeram questão de destacar em seus votos que a posse civil não se confunde com a posse indígena. Ocorre que os indígenas não possuem posse no sentido do direito privado, uma vez que os direitos originários sobre as terras é um direito comunitário no sentido que os povos indígenas são os titulares desses direitos. Se a posse civil é individual e material, a posse indígena é coletiva e exercida segundo usos, costumes e tradições do povo indígena e possui natureza jurídica e regime jurídico diferenciado da posse civil.

Não cabendo assim falar em esbulho sobre essas terras como vem fazendo o STF ao longo dos anos, uma vez que o esbulho somente ocorre em situações de conflito de posse civil. Ainda que se tratasse de posse civil, o que é trazido ao debate somente a título de exemplo, deveria utilizar



o STF em favor dos indígenas o conceito de posse justa do artigo 1.200<sup>7</sup> do Código Civil, ou ainda o conceito de posse de boa-fé do artigo 1.201<sup>8</sup> do mesmo código. No entanto, assim não procedeu o STF até agora nos precedentes anteriores, pois trataram do tema (ainda que superficialmente), à exceção dos votos dos Ministros Nunes Marques e Edson Fachin no RE nº 1.017.365, que cuidaram de fazer essa diferenciação.

Ora, se não se trata de posse civil, o uso deliberado da expressão “renitente esbulho” ao invés de “esbulho renitente”, no caso do julgamento Raposa do Sol, também merece duras críticas, o que não pode ser mais repetido pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, José Afonso da Silva, em parecer elaborado para embasar os autores da Petição nº 3.388, entendeu que “foi colocado o destaque na qualificadora, de modo a se impor aos índios esbulhados a obrigação de provar a renitência, se exigindo que os índios sustentem um conflito ao longo do tempo para que seus direitos usurpados sejam restabelecidos.”

Conforme ensinou o referido jurista “desloca-se o marco temporal para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu os direitos dos povos indígenas”. Ao empregar a expressão “renitente esbulho” em lugar do “esbulho renitente” o julgamento da Petição nº 3.388 se mostrou em descompasso com a Carta Constitucional de 1988, desconsiderando que os indígenas ao longo da história brasileira e desde o início da colonização portuguesa, foram violentamente expulsos dos territórios, embora resistindo diante da desproporção de forças entre os indígenas e os invasores, o que também deve ser considerado. Desse modo, não se deve exigir posse efetiva e ininterrupta de indígenas como no Direito Civil, uma vez que os direitos dos nativos precedem a todos os demais.

Quanto à resistência dos indígenas por vias judiciais, outro meio de se provar a renitência do esbulho, a Suprema Corte desconsiderou que até a promulgação da Constituição de 1988 os nativos não estavam autorizados a ingressar com ações judiciais. A posse indígena está motivada na manutenção do *habitat* desses povos como garantia da continuidade existencial, ou seja, as relações dos indígenas com as terras são mais estreitas e íntimas que a relação dos não indígenas com as terras de suas propriedades. Pois, enquanto na posse civil há a presença do caráter patrimonial, na posse indígena ocorre a presença do caráter de pertencimento, de vinculação com a Natureza, vinculação com as divindades e os ancestrais.

Como descreveu Vitorelli (2016, p. 189):

---

7 Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

8 Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.



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.

É importante fazer um parêntese, que a Constituição Federal no artigo 231, parágrafo 4<sup>o</sup> diz que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são inalienáveis e indisponíveis, cabendo-lhes tão somente a posse, haja vista que embora a propriedade das terras indígenas pertença à União, isso não impede, por exemplo, de não se admitir a socialização de direitos ao longo das várias gerações indígenas, com relação as expressões socioculturais.

Ou seja, os indígenas somente perderão a posse das terras tradicionalmente ocupadas quando essas terras forem definitiva e deliberadamente abandonadas pelos indígenas que nelas habitavam, mediante proposta do órgão federal de assistência aos índios – FUNAI – e mediante ato declaratório do Poder Executivo, onde essas terras se reverterão à posse e domínio pleno da União, nos termos do artigo 21 do Estatuto do Índio<sup>10</sup> (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973), este ainda vigorando até a aprovação do Estatuto dos Povos Indígenas há mais de uma década em discussões no Congresso Nacional.

É bom afirmar que não são alcançadas pela proteção legal aquelas terras com registro de passagem de indígenas, mas que há muito tempo não são *habitat* desses povos, desde que não tenham sido expulsos de forma violenta nem isso constitua um movimento migratório recente e próprio das expressões socioculturais do povo indígena envolvido.

Com relação à posse indígena, os nativos contam com todos os meios judiciais necessários para defenderem os direitos de posse e usufruto exclusivo das riquezas das terras onde habitam. Logo, entendem-se como nulos quaisquer títulos particulares sobre as terras indígenas, ainda que registrados, se opondo aos direitos de posse dos indígenas. Preleciona Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, 1970, p. 457):

A ação que têm os silvícolas ou o Estado, através de algum serviço de proteção, para fazer valer o que se estatui é declaratória. Cabem, porém, se houve desapossamento, as ações de posse e a de vindicação, com a particularidade de ser pressuposto necessário e suficiente a prova da posse anterior. Outrossim, se houve transferência de tais terras, cabem as ações constitutivas negativas contra

9 § 4<sup>o</sup> As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

10 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.



os títulos e contra os registros, invocável o art. 860 do Código Civil (ação de retificação de registro).

No entanto, os indígenas não podem ajuizar ação de reivindicação da propriedade das terras habitadas por não serem os titulares dos domínios, que, como visto, pertencem à União nos termos do texto constitucional<sup>11</sup>. Deste modo, está nitidamente demonstrada a plena diferenciação entre posse indígena e posse civil, haja vista a exposição das características específicas, bem como do fundamento antropológico e dos contornos históricos sobre a construção legislativa e constitucional, não podendo em hipótese alguma o Poder Judiciário tratar as terras indígenas como posse civil, posto que totalmente em descompasso com o artigo 231 da Constituição Federal.

#### **4 TEORIA DO INDIGENATO *VERSUS* TEORIA DO FATO INDÍGENA**

A Constituição Federal de 1988, no *caput*, do seu artigo 231 reconheceu aos indígenas o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Adotou a Carta Magna de 1988 o instituto do indigenato, cujas origens remontam às ordenações portuguesas, na qual os indígenas são os senhores naturais das terras e titulares da posse sobre as mesmas. Como dito, os povos indígenas guardam relação própria com a terra, dotada de ancestralidade e afirmação do modo de ser, inerente à própria sobrevivência física e sociocultural.

Quando do julgamento da Petição nº 3.388 o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no voto-vista, denominou de “fato indígena” a presença dos indígenas em determinada área na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, a saber, 05 de outubro de 1988. Ao optar pela teoria do fato indígena em substituição ao instituto do indigenato, quis o referido ministro prestigiar a segurança jurídica e se esquivar das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena.

Foi nesse mesmo sentido que o Ministro Nunes Marques fundamentou o voto no julgamento do RE 1017365 ao expressar: “Uma teoria que defenda que os limites das terras estão sujeitos a um processo permanente de recuperação de posse em razão de um esbulho ancestral abre espaço para conflitos de toda ordem sem que haja horizonte de pacificação”.

Verifica-se assim que enquanto a teoria do indigenato não fixa marco temporal para fazer valer os direitos dos povos indígenas sobre as terras, a teoria do fato indígena estabelece que o marco temporal deve ser considerado a partir da data da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ocorre que a corrente majoritária da doutrina considera o indigenato como fundamento da

---

11 Art. 20. São bens da União:

(...);

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.



ocupação tradicional indígena presente no artigo 231, *caput*, da Constituição Federal, uma vez se tratando de título congênito e primário, independentemente de legitimação por decorrer do fato de que os indígenas foram os primeiros a se estabelecerem nas terras. Ou seja, não há que se falar em posse para ser legitimada, mas sim em domínio para ser reconhecido decorrente de um direito originário e preliminarmente reservado.

A teoria do indigenato foi tratada pela primeira vez pelo jurista João Mendes Júnior em três conferências proferidas na “*Sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios*”, em 1902, e posteriormente compiladas em obra intitulada “*Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*”, de 1912. Afirmou o referido estudioso que “o instituto do indigenato não se confunde com a ocupação e com a mera posse, sendo uma fonte primária e congênita da posse territorial, não dependendo de qualquer legitimação posterior, enquanto a ocupação, como fato posterior, é título adquirido, necessitando de requisitos que a legitimem”.<sup>12</sup>

O instituto do indigenato não se trata de ocupação dos indígenas sobre a terra, porquanto ocupação é um tipo de aquisição derivada da propriedade, ao passo que a relação do nativo com a terra é implícita à própria existência, ou seja, o indigenato trata-se de um instituto de origem luso-brasileira, enquanto a ocupação, a posse e a propriedade são instituições do direito romano.

Nesse sentido, orientou Oliveira (1987, p. 08):

O direito dos índios é originário e decorre de sua conexão sócio-cultural com povos pré-colombianos que aqui habitavam. Tal direito não procede do reconhecimento do Estado (nem é anulado pelo não reconhecimento), mas decorre do fato mesmo da sobrevivência atual dos grupos humanos que se identificam por tradições ancestrais e que se consideram como etnicamente diferenciados de outros segmentos da sociedade nacional.

Conforme os ensinamentos de Silva (2004, p. 836):

[...] a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação de terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no

12 O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do juriconsulto Paulo (Dig., tit. de *acq. vel. amitt. possess.*, L. 1), a que se refere Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como *direito congênito*. Ao *indigenato*, é que melhor se aplica o texto do juriconsulto Paulo: *guia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*. Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art.3o. da Lei de 18 de setembro de 1850); ora a *ocupação* como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A *ocupação* é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae* (configuram-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de *acq. rerum domin.*, L.3 e tit. de *acq. vel. amitti poss.*, L.1); ora, as terras de índios, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullis*, nem como *res derelictae*, por outra, não se concebe que os índios tivessem *adquirido* por *simples ocupação*, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há mais simples posse, há um título *immediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, ha domínio a reconhecer e direito originário preliminarmente reservado. (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 58-60).



sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial a relação do índio com as terras que habita.

Verifica-se, assim, que o indigenato é um direito essencial dos indígenas à posse das terras que ocupam. É direito congênito, tanto sob a ótica da condição étnica, quanto em função da ocupação primitiva.

## **5 PREVALÊNCIA DO INDIGENATO PRESENTE NO *CAPUT* DO ARTIGO 231 DA CF E A INEXISTÊNCIA DE MARCO TEMPORAL NO TEXTO CONSTITUCIONAL**

Não existe direito adquirido contra o texto expresso da Constituição Federal, de modo que é impositivo se estender os efeitos da CF, com efeitos retroativos, às terras indígenas de ocupação tradicional, não havendo que se falar, portanto, em tese de marco legal. Sob a ótica do STF nos julgamentos anteriores e tendo como pano de fundo as terras indígenas, o marco temporal passou a ser um dos marcos necessários para a configuração da ocupação tradicional, fixando a data da promulgação da Carta de 1988 como marco para tanto, posto que somente assim seria possível reconhecer o direito indígena à terra tradicionalmente ocupada com a consequente demarcação.

No entanto, não está expresso nem implicitamente no texto constitucional de 1988 uma data fixando esse suposto marco temporal, nem mesmo fazendo uso de uma interpretação extensiva como fez o STF no caso do julgamento Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Entender da forma como compreendeu o STF é fazer uma mutação inconstitucional do artigo 231 da CF que não foi o objetivo do constituinte originário, este procurou resguardar os direitos dos povos indígenas sobre as terras.

Não se pode nem mesmo utilizar como argumento o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias,<sup>13</sup> posto que a demarcação das terras indígenas trata-se apenas de um procedimento administrativo não sujeito a prazo peremptório, que por si só, só delimita o espaço das terras indígenas, isto é, a posse das referidas terras é muito anterior ao processo demarcatório.

No parecer citado de José Afonso da Silva, juntado na Petição nº 3.388, o prestigiado jurista afirmou que se há um marco temporal a ser firmado seria 30 de julho de 1611, data da Carta Régia promulgada por Felipe III, na qual foram reconhecidos os direitos originários dos indígenas

---

13 A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.



sobre as terras e, em sede constitucional, 16 de julho de 1934, data da promulgação da Constituição de 1934, a primeira a reconhecer o direito originário dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas.

O caso do julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o Tema 1031 de repercussão geral sob julgamento no STF, embora os mais famosos, não foram os primeiros no qual a Corte adotou um marco temporal para delimitar o direito dos indígenas sobre as terras. Como lembrou o Ministro Edson Fachin na passagem do voto no RE 1017365, o tema também foi objeto de debates no recurso extraordinário nº 44.585, onde o então Ministro relator Victor Nunes Leal argumentou que a Constituição Federal de 1946 havia reconhecido aos indígenas o direito aos territórios que ocupavam na data da promulgação, adotando ainda naquela época também a teoria do fato indígena.

Ainda no MS 34.250 AgR, o relator Min. Celso de Mello, (julgado em 5/10/2020) também votou no mesmo sentido da teoria do fato indígena afirmando que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, para que se qualifiquem como tais, dependem da conjugação de dois requisitos: i) serem terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as glebas pelos mesmos habitadas na data da promulgação da Constituição (marco temporal posto); ii) desde que haja uma relação dos índios com essas terras (critério complementar da tradicionalidade).

O marco temporal, portanto, ainda foi exigido, por exemplo, no RMS 29.542, Rel. Min. Carmen Lúcia. Também se extrai essa exigência do RMS 29.087, em que foi relator o Min. Lewandowski e no ARE 803.462 AgR/MS, Rel. Min. Teori Zavascki. Percebe-se que há muito o Supremo Tribunal Federal busca substituir a teoria do fato indígena pela teoria do indigenato, inclusive editando Súmula nesse sentido (Súmula 650<sup>14</sup>) o que é flagrantemente inconstitucional, posto que afronta o *caput* do artigo 231 da Carta de 1988 em todas suas formas, dificultando o acesso pelos indígenas às terras, bem como beneficiando os invasores, além de fazer letra morta da vontade do constituinte originário.

Estabelecer-se um marco temporal é desconsiderar todo o processo histórico ocorrido ao longo dos séculos desde a chegada dos portugueses nessas terras, onde vários povos indígenas além de colonizados, foram expulsos das terras ocupando tradicionalmente, além de menosprezar também a afirmação de novos povos indígenas mais recentes também expulsos dos territórios. Pode-se dizer, então, que a fixação de um suposto marco temporal é “anti-histórica”, nas palavras de Yamada e Villares (2010, p. 151-152):

---

14 Súmula 650/STF: Os incisos I e XI do art. 20 da [Constituição Federal](#) não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.



[...] essa marca temporal é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Ao se fixar a data da promulgação da Constituição de 1988 de forma arbitrária embora com certo simbolismo, concede-se um caráter quase divino à Constituição. Desconsidera-se o valor do Estatuto do Índio, sua historicidade e sua carga de tradicionalidade positiva, e soberbamente diminui-se o passado indigenista brasileiro. Se interpretada de modo cabal a Constituição vira a alçap dos direitos dos povos indígenas, pois, impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios. Deixa de ser possível analisar situações como aquelas em que comunidades indígenas foram removidas por convencimento das autoridades governamentais ou que fugiram da simples aproximação do homem branco ou de outros grupos indígenas, como acontece ainda hoje com muitos grupos autônomos. A própria Constituição democrática trouxe a muitos povos a consciência de seus direitos e a possibilidade da reivindicação de terras consideradas tradicionais, inclusive em razão do surgimento de organizações indígenas aptas e livres que puderam contestar os muitos casos de espoliação de terras indígenas ao longo do século 20.

Conforme estabelece o artigo 20, inciso XI da Constituição Federal de 1988, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são bens da União, isto é, diferentemente de outras constituições mundo afora, a nossa Constituição não assegura aos nativos a propriedade de suas terras, no entanto, reconhece a posse permanente e o usufruto das riquezas. É dizer que o direito dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas não depende de prévia demarcação de suas glebas, pois a medida demarcatória apenas lhes atribui segurança jurídica, facilita a reivindicação caso haja conflito possessório. A saber, a demarcação é de natureza apenas declaratória e não constitutiva, de modo que o direito dos povos indígenas a terra trata-se de um direito congênito.

Há que ser destacado que muitos indígenas não estavam na posse das terras por vários motivos, dentre os quais, porque haviam sido delas expulsos em disputas possessórias ou mesmo em conflitos agrários, como ocorre ainda nos dias atuais. Não há como se exigir um marco temporal nesses casos ou mesmo considerar o fim do processo demarcatório para garantir o direito aos indígenas pelas posses das terras. Nesse mesmo sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reafirmou que a aplicação da tese do marco temporal contradiz as normas internacionais e interamericanas de direitos humanos, em particular a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, porque não considera os casos em que os povos indígenas foram deslocados à força dos territórios, muitas vezes com violências, razão pela qual não estariam ocupando os territórios em 1988.<sup>15</sup>

---

15 Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/219.asp>. Acesso em: 25 jan. 2022.



Conforme lecionam Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes, os direitos dos povos não devem ser concebidos segundo a matriz individualista do direito das teorias constitucionais liberais, mas sim entendidos como direitos coletivos. Nesse sentido, o direito compreendido como condição de um efetivo reconhecimento da diversidade sócio-cultural e do caráter pluriétnico das sociedades nacionais na América Latina (NUNES, 2003, p. 24).

Carlos Frederico Marés de Souza Filho reconheceu que a Constituição Federal de 1988 assegura em seus textos os direitos, terras, costumes e língua dos indígenas, no entanto, apontou o referido autor que o Estado nega esses direitos quando invade os territórios, desrespeita os costumes e omite as línguas dos povos indígenas, enquanto o Poder Judiciário omite-se nesse sentido (SOUZA FILHO, 1994, p. 156).

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Carolina Ribeiro Santana (SANTANA, 2015):

Embora diversas conquistas estejam positivadas e formalmente garantidas, quando observadas do ponto de vista material constata-se que carecem de efetivação. Aliás, não é exagero afirmar que essa nova política indigenista sequer foi internalizada por todos os agentes do Estado que utilizam diariamente (ou deveriam utilizar) essas normativas como instrumento de trabalho. Apesar de diversos termos e conceitos estarem defasados e superados, por serem próprios de uma política indigenista em desuso, o próprio Estado e seus agentes ainda não conseguiram assimilar por completo importantes categorias e conceitos como autoidentificação, os direitos originários e capacidade plena dos direitos civis, dentre outros.

A intenção do Constituição de 1988 não foi a de inquirir a quantidade de anos que o povo indígena habita determinada gleba. O fator temporal é um dado secundário, pois o que realmente importa é a ocupação tradicional, ou seja, o modo como os indígenas lidam com a terra e o que esta representa ao longo da reprodução sociocultural.

Para Silva (2004, p. 728):

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, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Assim, não se pretende resgatar todas as terras que um dia foram habitadas pelos nativos, mas tão somente garantir aos atuais indígenas, os territórios ocupados tradicionalmente, bem como os territórios compondo a base da estrutura étnica e social e fazem o *habitat*. Isso é o que fica



explícito pela leitura do artigo 231 da Constituição Federal ao reconhecer aos indígenas os direitos originários sobre as terras de ocupação tradicional, onde a identificação e delimitação dessas terras deve ocorrer por um rigoroso estudo antropológico, atestando a tradicionalidade da ocupação conforme quis o constituinte originário, também contribuindo para se evitar a nulidade de todo e qualquer ato tendo por objetivo a ocupação, o domínio e a posse dessas áreas.

Nesse sentido, afirmou Duprat (2018, p. 7):

(...) muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa da vida desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, mas participação num sentido presente. (GADAMER, 1998, p.571) Não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí porque, a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, de cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.

Para Silva (1984, p. 8) “o importante para os índios é defender a sua posse com os direitos que dela decorrem para ele, porque nisso se consubstancia o indigenato”. Então, quando a Constituição Federal de 1988 no artigo 231, parágrafo 1º diz que são terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas as pelos mesmos habitadas em caráter permanente, segundo os usos, costumes e tradições, não pretendeu o constituinte originário exigir uma simples ocupação imemorial, de modo que a ocupação tradicional não pode ser confundida com ocupação imemorial (GONÇALVES, 1984, s.p).

Para o historiador Hobsbawm (2008, p. 9) o termo “tradição” sempre é associado a um passado imemorial, ainda que não seja de fato antiga, trata-se, segundo o referido autor, das chamadas “tradições inventadas” que são aquelas conceituadas como

[...] um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácita ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente, uma continuidade com um passado histórico apropriado [...].

Porém destacou o referido autor que (*Ibidem*, p. 10):

A “tradição” neste sentido deve ser nitidamente diferenciada do “costume”, vigente nas sociedades ditas “tradicionalistas”. O objetivo e a característica das “tradições”, inclusive das inventadas, é a invariabilidade. O passado real ou forjado a que elas se referem impõe práticas fixas (normalmente formalizadas), tais como a repetição. O “costume”, nas sociedades tradicionais, tem a dupla função de motor e volante. Não impede as inovações e pode mudar até certo ponto, embora evidentemente seja tolhido pela exigência de que deve parecer



compatível ou idêntico ao precedente. Sua função é dar a qualquer mudança desejada (ou resistência à inovação) a sanção do precedente, continuidade histórica e direitos naturais conforme o expresso na história. [...] O “costume” não pode se dar ao luxo de ser invariável, porque a vida não é assim nem mesmo nas sociedades tradicionais. O direito comum ou consuetudinário ainda exhibe esta combinação de flexibilidade implícita e comprometimento formal com o passado [...].

Sendo no mesmo sentido como se posicionou João Pacheco de Oliveira para quem a Constituição Federal de 1988 emprega apenas uma única definição de terra indígena, ou seja, de que os indígenas nela exerçam de modo sustentável e regular uma ocupação tradicional no sentido de utilizar referido território segundo “seus usos e costumes” (OLIVEIRA FILHO, 1999, p. 111).

## **6 A PROPRIEDADE PRIVADA NÃO PODE SE SOBREPOR AO INDIGENATO: O QUE SE ESTÁ EM JOGO NO RE 1017365-SC, TEMA 1031 DO STF**

No julgamento do RE 1017365, Tema 1031 em tramitação no STF, até a ocasião da elaboração deste artigo, só haviam manifestado votos os Ministros Edson Fachin, que é o relator da ação, e o Ministro Nunes Marques, tendo o primeiro adotado no voto a teoria do indigenato (contra o marco temporal) e o segundo a teoria do fato indígena e estabelecendo a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (5 de outubro de 1988), como marco temporal na demarcação de terras indígenas. De modo que o resultado do julgamento até a presente data se encontra empatado em um a um.

Embora na sugestão de *ementa* o Ministro Nunes Marques tenha mencionado que a posse indígena não se confunde com a posse civil, o referido ministro ressaltou que deve ser também considerado para análise dos fatos a questão da segurança jurídica, propriedade privada e pacificação social, conforme extrai-se de parte de seu voto<sup>16</sup>:

(...) Uma teoria que defenda que os limites das terras estão sujeitos a um processo permanente de recuperação de posse em razão de um esbulho ancestral abre espaço para conflitos de toda ordem sem que haja horizonte de pacificação.

(...).

A propriedade privada é elemento fundamental das sociedades capitalistas, como é a brasileira atual.

(...).

---

16 Até a data da elaboração deste artigo o voto do Min. Nunes Marques no RE 1017365 não havia sido liberado e nem publicado.



A insegurança sobre esse direito é sempre causa de grande desassossego e de retração de investimentos. (...).

Como reforço de argumentação do voto, o ministro Nunes Marques mencionou que a tese do marco temporal está explícita no texto constitucional de 1988, principalmente pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ter fixado um prazo para a demarcação das terras indígenas, a fim de que fossem evitadas eventuais discussões sobre o assunto. Segundo o Ministro Nunes Marques deveria ser fixada a seguinte tese<sup>17</sup>:

Os direitos territoriais indígenas constituem direito fundamental desses povos e se concretizam no direito sobre as terras que tradicionalmente ocupam sobre os seguintes pressupostos: A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas pelos índios em caráter permanente das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias ao seu bem-estar e das indispensáveis à sua reprodução física e cultural, segundo os costumes e tradições que lhe são próprios, nos termos do § 1º art. 231 do texto constitucional.

Verifica-se que a tese fixada pelo Ministro Nunes Marques é diametralmente oposta ao conteúdo de seu voto, ficando contraditória entre o que julgou e o sugerido como fixação de tese, tendo o referido ministro enfatizado à propriedade privada em detrimento ao instituto do indigenato, mesmo diferenciando os conceitos de posse indígena de posse civil.

Os que são contrários à causa indígena usam como precedente o julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Petição nº 3.388), onde o STF entendeu na ocasião que as populações indígenas tinham direito às terras que ocupavam na data da promulgação da Constituição, ou seja, o marco temporal em discussão. Sobre esse ponto, o Ministro Edson Fachin foi enfático em seu voto no RE 1017365:

(...) É preciso que se reconheça que a decisão tomada na Pet nº 3.388 (caso Raposa Serra do Sol), longe de obter a pacificação propugnada, acarretou como consequência verdadeira paralisação das demarcações de terras indígenas no País,(...) com acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil.

(...).

Muito embora decisão tenha a eficácia de coisa julgada material em relação à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ela não incide

17 Disponível em: <https://ayresbritto.adv.br/o-pleno-do-supremo-tribunal-federal-retomou-hoje-08-09-o-julgamento-do-re-1017365-relatoria-do-ministro-edson-fachin-tema-de-repercussao-geral-1031-ajuizada-pela-fundacao-nacional-do-indio/>. Acesso em: 25 jan. 2022.



automaticamente às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no país.

(...).

Dizer que Raposa Serra do Sol é um precedente para toda a questão indígena é inviabilizar as demais etnias indígenas. É dizer que a solução dada para os Macuxi é a mesma dada para Guaranis. Para os Xokleng, seria a mesma para os Pataxó. Só faz essa ordem de compreensão, com todo o respeito, quem chama todos de 'índios', esquecendo das mais de 270 línguas que formam a cultura brasileira. E somente quem pacifica os diferentes e as distintas etnias pode dizer que a solução tem que ser a mesma sempre. Quem não vê a diferença não promove a igualdade.

(...).

A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que (os indígenas) tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição) porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal.

Extraí-se do julgamento em análise que embora o voto do Ministro Nunes Marques seja a favor do marco temporal, o que está em jogo vai além da discussão sobre ocupação e posse em terras indígenas, posto que a temática de propriedade privada e segurança jurídica foi trazida ao debate, onde o direito sobre grandes glebas de terras de latifundiários e setores do agronegócio serão também atingidos pelo resultado final do julgamento, o que só demonstra que o mérito da referida ação pelo colegiado possa demorar a ser apreciado.

O que deve ser considerado no julgamento do RE 1017365 mais do que qualquer outro ponto, é a questão da terra como valor de sobrevivência física e sociocultural para os povos indígenas. Como escreveu Silva (2012, p. 889):

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 Carneiro 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.

Nas palavras da antropóloga Cunha (2009, p. 283):

Os direitos sobre as terras indígenas foram declarados como sendo 'originários', um termo jurídico que implica precedência e que limita o papel do Estado a reconhecer esses direitos, mas não a outorgá-los. Essa formulação tem a virtude de ligar os direitos territoriais às suas raízes históricas (e não a um estágio cultural ou a uma situação de tutela) [...].



Como foi discutido ao longo deste estudo, durante a República, a proteção constitucional à posse indígena remonta à Constituição Federal de 1934, que por sua vez, se embasou em textos produzidos tanto na época do Brasil colônia, quanto do Brasil Império. Nenhum dos textos constitucionais que o Brasil adotou autorizou de forma alguma a apropriação de terras territoriais indígenas por particulares, não havendo que se falar em marco temporal ou teoria do fato indígena. Aliás, o que fez a Constituição Federal de 1988 foi mais uma vez manter esse direito, engrandecendo-o, não havendo que se falar em concessão a particulares como expôs Duprat (2018, p. 49):

Veja-se que, não obstante a ausência de expressa previsão constitucional, a posse indígena e a localização permanente eram pressupostos, desde 1934, aptos a gerar a nulidade de qualquer título incidente sobre a respectiva área. Significa dizer que esse direito, com tais atributos, foi incorporado ao patrimônio indígena, e a inércia, desídia, ação ou omissão do Estado não têm potencialidade de neutralizá-lo.

Nesse sentido, ainda sobre o tema em debate, vale mencionar excerto do voto do Ministro Edson Fachin no recurso extraordinário em questão:

Nada obstante, autorizar, à revelia da Constituição, a perda da posse das terras tradicionais por comunidade indígena, significa o progressivo etnocídio de sua cultura, pela dispersão dos índios integrantes daquele grupo, além de lançar essas pessoas em situação de miserabilidade e aculturação, negando-lhes o direito à identidade e à diferença em relação ao modo de vida da sociedade envolvente, expressão maior do pluralismo político assentado pelo artigo 1º do texto constitucional. Não há segurança jurídica maior que cumprir a Constituição.

Ou seja, não há no texto constitucional nenhum dispositivo regulando o marco temporal sobre as terras indígenas, muito pelo contrário, o *caput* do artigo 231 traz de forma explícita a teoria do indigenato, como vontade do constituinte originário e nas palavras do Min. Edson Fachin “não há segurança maior que cumprir a Constituição”.

Nesse sentido, leciona Ramos (RAMOS, 219, p. 860):

A jurisprudência da Corte IDH [...] sobre o direito dos indígenas à propriedade coletiva da terra assemelha-se ao conteúdo da teoria do indigenato, pela qual o vínculo material e espiritual dos índios em relação à terra são suficientes para declarar a existência do direito a ela, dispensando-se o critério do marco temporal (no caso, a edição da CF/88). Nota-se, assim, a necessidade de efetivo diálogo entre as cortes (Corte Interamericana e STF), que, caso não seja feito, pode levar ao controle de convencionalidade de matriz internacional a ser realizado pela



Corte IDH, impondo ao Brasil deveres de reparação pela violação do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Há de se frisar que o caso Raposa Serra do Sol era totalmente diferente do caso em questão, seja por ser uma demanda complexa, seja pela presença de várias tensões, conflitos e colisões de princípios, seja porque as condicionantes impostas pelo STF naquele julgamento trouxe maior insegurança jurídica para outros casos posteriores com acirramento da demanda fundiária, com vulneração das comunidades indígenas, não se podendo nem de longe fazer um comparativo entre aquele julgamento e o RE 1017365, com repercussão geral reconhecida. Além do que, o caso Raposa Serra do Sol não tem força vinculante, de natureza geral e abstrata a sobrepor os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, isto é, o que foi decidido só vale para aquelas partes e não como um todo.

Por este prisma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – IDH – exige dos Estados a proteção e garantia dos direitos dos povos indígenas sobre as terras de ocupação tradicional, assegurando, inclusive, o retorno a essas terras para aqueles povos que tenham vivenciado esbulhos praticado pelo próprio Estado ou por particulares, o que não encontra embasamento e eco no texto constitucional caso o STF adote a tese do marco temporal como condição para reconhecimento das terras indígenas.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme tentou-se demonstrar por meio deste estudo, o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas remonta ao Brasil Colônia e esse mesmo direito foi repetido na Constituição do Brasil imperial, bem como nas constituições existentes após a Proclamação da República, tendo se iniciado a partir da Constituição Federal de 1934. Em nenhuma dessas constituições o direito sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas foi suprimido ou ignorado, muito pelo contrário, em todas o referido direito foi destacado e engradecido cada vez mais após a vigência de uma nova constituição até culminar no texto de 1988.

Nesse sentido o texto do artigo 231 e seus parágrafos da Constituição Federal de 1988 ao dedicar um capítulo inteiro ao direito dos povos indígenas não poderia ser diferente, visto que além de reafirmar o caráter originário dos direitos territoriais destes povos, os aprimorou deixando explícito que tal direito sequer necessita de processo efetivo de demarcação. O texto constitucional de 1988 não traz nem mesmo de maneira tácita, qualquer artigo ou mesmo menção para se fixar



um marco temporal para o reconhecimento desses direitos originários, qualquer interpretação em sentido contrário é invadir a competência e a vontade do constituinte originário.

Dito de outro modo, o instituto do indigenato, presente no artigo 231 da Constituição Federal remota aos tempos de quando o colonizador português chegou nessas terras brasileiras, há mais de 500 anos, de modo que a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 - 5 de outubro de 1988 – não pode ser definido como marco definidor de direitos territoriais dos povos indígenas. Se não existe um marco temporal para os direitos originários reconhecidos pela Constituição Federal estabelecidos no artigo 231, também não existe o denominado “renitente esbulho” como colocado pelo Supremo Tribunal Federal deliberadamente no caso Raposa Serra do Sol (Petição nº 3.388).

O Supremo Tribunal Federal com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1017365, tema 1031 de repercussão geral, tem tudo para corrigir os precedentes equivocados e julgados à margem da Carta Constitucional de 1988, empregando-se a teoria do fato indígena ao invés do instituto do indigenato como exposto no artigo 231 e como quis o constituinte originário, reforçando e ampliando os direitos dos povos indígenas, bem como de seus territórios, em relação às cartas constitucionais anteriores. O Poder Judiciário não pode se colocar na vontade da Assembleia Constituinte de 1987 e julgar à margem do texto constitucional um debate que ocorrido há mais de 30 anos durante a referida Assembleia.

O tema que está em debate atualmente no STF com o RE 1017365 havia sido debatido em outras épocas, em outros momentos políticos, razão pela qual a Constituição Federal de 1988, no artigo 231 deixou evidente que o direito dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas é originário, adotando-se o instituto do indigenato. E a votação da Pet. 3388 sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não pode de forma alguma ser usada como parâmetro porque só fez coisa material entre as partes litigantes daquele caso e sequer foi analisado a fundo, naquele momento, a questão do marco temporal, não era objeto da referida ação, mas sim a constitucionalidade ou não da demarcação daquele território.

Fixar um marco temporal em desfavor dos povos indígenas é negar o direito aos mesmos a terra, bem como a dignidade das vidas, vez que, como visto, a vinculação desses povos com a terra é uma só. Não se pode tirar um direito adquirido e fundamental estabelecido pelo legislador originário com o instituto do indigenato em detrimento de uma tese que não encontra embasamento no texto constitucional, como a teoria do fato indígena. Tirar esse direito originário dos povos indígenas sobre as terras é tirar-lhes a razão de viver, pois as terras habitadas ou possuídas por esses povos constitui-se uma relação mútua onde um não sobrevive sem o outro.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n° 3.388*. Acórdão de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto. 19 de março de 2009. p. 384. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° RE 1017365*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 44585*. Acórdão de Relatoria do ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6046844>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 29542*. Acórdão de Relatoria do ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3979135>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 29087*. Acórdão de Relatoria do ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3935320>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 803462*. Acórdão de Relatoria do ministro Teori Zavascki. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4548671>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 49.
- GONÇALVES, Wagner. Terras de ocupação tradicional: aspectos práticos da perícia antropológica. In: SILVA, O.S.; LUZ, L.; VIEIRA, C.M. (org.). *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1994, s.p.
- HOBSBAWM, Eric. Introdução: a invenção das tradições. In: HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 9.
- ÍNDIOS. Intérprete e compositor: Renato Russo. In: LEGIÃO Urbana. *Dois*. Emi-Odeon Brasil, 1986. Faixa 12. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/legiao-urbana/92/>. Acesso em: 25 jan. 2022.
- MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. Edição Fac-Similar. São Paulo: Typ; Hennies Irmãos, 1912.



NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 24.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas: uma avaliação preliminar de seu reconhecimento oficial e de outras destinações sobrepostas. *In*: TERRAS Indígenas do Brasil. Rio de Janeiro: (PETI), CEDI (Centro Ecumênico de Documentos e informação) /Museu Nacional, 1987. p. 09.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. *Ensaio em Antropologia Histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. *In*: PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito (org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007. p. 10.

PONTES DE MIRANDA, F. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. 6.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTANA, Carolina Ribeiro. *Direitos territoriais indígenas: O Poder Judiciário contra a Constituição*. 2015. Disponível em: <http://www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic%3Fq%3DYToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSVZPIjtzOjM6IjE3MiI7fSI7czoxOiJoJltzOjMyOiJhNGU0MzY1OWZiZjcwYTFiNTcwNWY1MmFIZTI4ZGUyNiI7fQ%253D%253D+%cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-d>. Acesso em: 25 jan. 2022.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José A. da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. *In*: SANTILLI, J. (Coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição Federal*. Porto Alegre: NDI, Sérgio Fabris, 1993, p. 50.

SILVA, José Afonso da. Autoaplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal. Palestra proferida em ciclo de estudos jurídicos sobre Direito Indigenista, sob o patrocínio da Comissão Pró-Índio de São Paulo. *Boletim Jurídico*, São Paulo, n. 3, p. 8, 1984.

SILVA, José Afonso da. Parecer jurídico. 2016. p. 10. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf). Acesso em: 25 jan. 2022.



SILVA, Liana Amin Lima da; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Marco Temporal como retrocesso dos direitos originários indígenas e quilombolas. *In*: TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (org.); WOLKMER, Antônio Carlos; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Direitos Territoriais quilombolas: muito além do marco temporal*. Goiânia: Ed. PUC-Goiás, 2016. p. 60.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. *In*: GRUPIONI, Luiz Donizzeti Bezi (org.). *Índios no Brasil*. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994. p. 156.

VITORELLI, Edílson. *Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

YAMADA, Érika Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *Revista de Direito GV*, v. 6, n. 1, p. 151-152, 2010.

