

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO SOCIOAMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

ANTONIO PIERINO GUGLIOTTA JUNIOR

DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA AO
TERRITÓRIO TRADICIONALMENTE OCUPADO

CURITIBA
2023

ANTONIO PIERINO GUGLIOTTA JUNIOR

**DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA AO
TERRITÓRIO TRADICIONALMENTE OCUPADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Frederico Marés Souza Filho

**CURITIBA
2023**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Sônia Maria Magalhães da Silva – CRB 9/1191

G942d
2023
Gugliotta Junior, Antonio Pierino
Direito fundamental indígena ao território tradicionalmente ocupado / Antonio
Pierino Gugliotta Junior ; orientador: Carlos Frederico Marés Souza Filho. – 2023
135 f. : 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2023
Bibliografia: f. 122-135

1. Direitos fundamentais. 2. Terras - Divisão e demarcação. 3. Nativos -
Direitos fundamentais. 4. Direito. I. Souza Filho, Carlos Frederico Marés. II.
Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 340

TERMO DE APROVAÇÃO

ANTONIO PIERINO GUGLIOTTA JUNIOR

DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA AO TERRITÓRIO TRADICIONALMENTE OCUPADO

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a aprovação no Mestrado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés Souza Filho
Orientador PPGD – PUCPR

Professora Dra. Heline Sivini Ferreira
Membro PPGD – PUCPR

Professor Dr. Manuel Munhoz Caleiro
Membro externo – UEMS

Curitiba, 29 de novembro de 2023.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o direito territorial indígena à ocupação tradicional, propondo-se, para desenvolvimento de tal análise, a responder à seguinte pergunta: é possível a revisão do processo administrativo demarcatório já finalizado? A partir desse questionamento, trabalha-se com a hipótese de efetiva possibilidade de revisão do processo administrativo demarcatório, sem sujeição a prazos decadenciais. Aborda-se, no primeiro capítulo, o normativo que confere proteção ao território indígena, iniciando a análise pela dimensão existencial da territorialidade para os povos originários, o que repercutirá em toda fundamentação jurídica adotada ao longo da exposição. Em seguida, passa-se à apreciação do direito originário ao território tradicionalmente ocupado, previsto no texto constitucional, procurando dar ênfase ao modo de aquisição desse direito e suas características, bem como à fundamentalidade que permeia sua natureza. Nesse primeiro momento do trabalho, o normativo internacional também merecerá destaque, realçando a existência de diplomas relevantes que repercutem na matéria, como é caso da Convenção nº 169 da OIT. No segundo capítulo, o instituto do mínimo existencial será apreciado diante da peculiaridade indígena, partindo a análise da origem e dos fundamentos da tese originária, até retratar o conceito e a fundamentalidade do instituto. Após, será abordada a insuficiência de um mínimo existencial com conteúdo único para indígenas e membros da sociedade hegemônica, sendo exposta a necessidade de um mínimo existencial próprio aos povos originários, justamente em razão da existência de necessidades básicas distintas. Já no terceiro capítulo, a dissertação buscará examinar a tese do marco temporal, contrapondo seus elementos frente ao direito originário. A evolução dos precedentes do STF merecerá atenção de início, tendo especial destaque a teoria do fato indígena, a qual serviu de fundamento jurídico para propagação da tese do marco temporal. Na sequência, as inconsistências da tese do marco temporal serão objeto de aprofundamento, inclusive com a explanação dos elementos que conduzem a um juízo de inconstitucionalidade material e de inconvenção. Por fim, o quarto capítulo trará o processo administrativo de demarcação do território indígena, merecendo realce a atribuição e a natureza do ato demarcatório, bem como o detalhamento de seu procedimento com descrição das atribuições dos órgãos públicos envolvidos. Em seguida, os efeitos jurídicos decorrentes da demarcação serão enfrentados, dando destaque para a questão indenizatória e a extinção de atos dominiais e exploratórios, até chegar à análise final do trabalho, a possibilidade de redimensionamento de terras demarcadas. A partir da exposição dos elementos do direito territorial e do respectivo procedimento declaratório, o trabalho conclui pela possibilidade de revisão do processo administrativo de demarcação do território tradicional indígena, com a viabilidade de ampliação de territórios anteriormente demarcados, sem sujeição a prazos decadenciais, o que naturalmente decorre da fundamentalidade da territorialidade indígena e da inconstitucionalidade de eventual entendimento restritivo. Para responder à pergunta, utilizaram-se o método dedutivo e o dialético e, quanto ao procedimento, a pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito Originário. Território Tradicional Indígena. Direitos Fundamentais. Tese do Marco Temporal. Processo Administrativo de Demarcação.

ABSTRACT

This dissertation analyzes indigenous rights to customary tenure, in an attempt to answer the following question: can an already completed administrative process of land demarcation be subjected to revision? Based on this question, we work with the hypothesis of an effective possibility of reviewing the administrative demarcation process, without being subject to statutes of limitations. In the first chapter, we discuss the regulations that provide protection to indigenous territory, beginning from the existential dimension of territoriality for first peoples. This has repercussions on all our ensuing legal analysis. Next, we move on to assess indigenous rights to the lands they occupy by tradition, as provided for in the Brazilian constitution, examining how this right was acquired, its characteristics, and the fundamentality that is inherent to it. At this early stage of our exposition, international regulations are also highlighted, emphasizing the existence of legislation that is pertinent to the question, such as ILO Convention n. 169. In the second chapter, the right to the basic conditions of life is assessed from the perspective of the indigenous specificity, starting from the origins and basis of the native title thesis, and moving on to how the concept was instituted, as well as its fundamental character. Afterwards, the insufficiency of a single notion of minimum basic conditions, applied similarly to indigenous people and members of hegemonic society, is addressed. We argue for a minimum notion of basic conditions specific to first peoples, precisely due to the existence of different basic needs. The third chapter examines the temporal milestone thesis, contrasting it with the recognition of indigenous land rights. We devote attention to the evolution of Federal Supreme Court (STF) precedents, with special emphasis on the theory of *indigenous fact*, which served as the legal basis for the time frame thesis. Subsequently, the inconsistencies in the time frame thesis are further explored, including an explanation of the elements that led to the decision that it is unconstitutional and unconventional. Finally, the fourth chapter addresses the administrative processes of demarcation of indigenous territory, highlighting the attribution and nature of the demarcation act, as well as the details of its proceeding and a description of the duties of the public bodies involved. In turn, the legal effects of demarcation are examined, foregrounding the issue of compensation and the extinction of land tenure and use rights. Our final analytical exercise addresses the possibility of resizing demarcated lands. From the exposition of the elements and procedures of territorial law and land claims, we conclude by recognizing the possibility of reviewing administrative processes of demarcation of traditional indigenous territory and the feasibility of expanding previously demarcated territories without their subjection to statutes of limitation, based on the fundamentality of indigenous territoriality and the unconstitutionality of any restrictive understanding of it. To answer the questions this dissertation poses, deductive and dialectical methods were implemented; bibliographic and documentary research were used to address legal and procedural issues.

Key-words: Indigenous Rights. Traditional Indigenous Territory. Fundamental Rights. Temporal Milestone Thesis. Administrative Processes of Demarcation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PROTEÇÃO DO TERRITÓRIO INDÍGENA	11
1.1. TERRITORIALIDADE DOS POVOS ORIGINÁRIOS.....	11
1.2. DIREITO ORIGINÁRIO À OCUPAÇÃO TRADICIONAL	16
1.2.1. Teoria do Indigenato	26
1.3. FUNDAMENTALIDADE DO DIREITOS CONSTITUCIONAIS INDÍGENAS	30
1.3.1. Cláusula Pétreia.....	35
1.4. NORMAS INTERNACIONAIS.....	36
2. MÍNIMO EXISTENCIAL INDÍGENA	43
2.1. ORIGEM E FUNDAMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	43
2.2. CONCEITO E FUNDAMENTALIDADE DO INSTITUTO	48
2.3. INSUFICIÊNCIA DE CONTEÚDO ÚNICO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	53
2.4. EXISTÊNCIA DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL PRÓPRIO.....	57
3. MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL.....	62
3.1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STF ACERCA DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL INDÍGENA.....	62
3.1.1. Primeira fase: posse imemorial	62
3.1.2. Segunda fase: marco temporal	64
3.1.3. Terceira fase: ocupação tradicional.....	67
3.2. TEORIA DO FATO INDÍGENA	70
3.3. INCONSISTÊNCIAS DA TEORIA DO FATO INDÍGENA	73
3.4. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL	78
3.4.1. Inconvencionalidade.....	82
4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO	84
4.1. ATRIBUIÇÃO E NATUREZA DA DEMARCAÇÃO.....	84
4.2. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO	88
4.2.1. Trechos vetados do Projeto de Lei nº 2.903/2023.....	96
4.3. EFEITOS JURÍDICOS	98
4.3.1. Nulidade e extinção de atos dominiais e exploratórios e direito de indenização	98
4.3.2. Medidas protetivas, extrusão e poder de polícia	107
4.4. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA DEMARCAÇÃO.....	111
CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal afastou a tese do marco temporal como critério para reconhecimento do direito originário indígena à ocupação do território tradicional, fixando controverso critério de indenização e de validade de atos e negócios jurídicos. Em aparente reação ao julgado pela Suprema Corte, o Congresso aprovou, em ambas as casas legislativas, projeto de lei adotando expressamente o marco temporal como elemento para aferir a tradicionalidade de eventual ocupação indígena, o que foi objeto de veto pelo Presidente da República. Em paralelo a esses episódios, noticiou-se amplamente a tragédia humanitária que assola o Território Indígena Yanomami, fruto do intenso conflito fundiário existente no Brasil, o qual torna nítido o imenso interesse de particulares em terras de usufruto exclusivo indígena. Todo esse cenário confere e evidencia a relevância da discussão acerca dos elementos que compõem o direito territorial indígena e a importância do aprofundamento sobre a matéria, demonstrando a pertinência do desenvolvimento do presente trabalho.

Nesse contexto social e político, o trabalho apreciará o direito territorial indígena à ocupação tradicional, propondo-se, para desenvolvimento do estudo, a responder à seguinte pergunta: é possível a revisão do processo administrativo demarcatório já finalizado? A partir desse questionamento, trabalha-se com a hipótese de efetiva possibilidade de revisão do processo administrativo demarcatório, sem sujeição a prazos decadenciais, em razão da manifesta fundamentalidade do direito territorial indígena e de flagrante inconstitucionalidade na adoção de entendimento restritivo às pretensões indígenas. Dessa hipótese, decorrem duas variáveis. A primeira, no sentido da possibilidade de revisão, contudo limitada ao prazo quinquenal, contados da conclusão do ato; e a segunda, da impossibilidade de redimensionamento de demarcação já finalizada, em nome do princípio da segurança jurídica. Para responder à pergunta, serão utilizados os métodos dedutivo e dialético e, quanto ao procedimento, a pesquisa bibliográfica e documental.

De início, o presente trabalho aborda a proteção do território indígena, destacando o direito originário dos povos indígenas à ocupação das terras tradicionais, o que é realizado a partir da análise do significado da territorialidade para os povos originários. Procura-se evidenciar a condição indígena como fator único ao reconhecimento da territorialidade dos povos originários, o que atende à ruptura do assimilacionismo proposta pelo texto constitucional, de modo a propiciar a perenidade da identidade indígena, independentemente do grau de interação com não indígenas. Após, aprofunda-se a análise da fundamentalidade dos

direitos indígenas previstos no texto constitucional originário, já que reflete o modelo de sociedade buscado pelo constituinte, representando uma pluralidade inerente ao Estado idealizado em 1988, além de representar o respeito ao preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual se encontra no centro do ordenamento nacional, não sendo apenas um fundamento da República brasileira, mas também um vetor interpretativo de todo arcabouço jurídico nacional. Em seguida, as normas internacionais que tratam acerca do direito territorial indígena são abordadas, merecendo destaque a Convenção nº 169 da OIT e os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Identificado o arcabouço normativo protetivo do direito territorial dos povos originários, adentra-se na análise do instituto do mínimo existencial, analisando a necessidade de adaptação do instituto à realidade indígena, já que os povos originários têm na territorialidade o elemento central garantidor de uma vida digna. Tal apreciação tem na origem e nos fundamentos do mínimo existencial seu ponto de partida, passando pelo conceito e pela fundamentalidade do instituto até chegar à análise de sua insuficiência para atender às necessidades básicas dos povos originários, as quais demandam um mínimo existencial próprio. Essa adaptação reveste o direito originário de maior força argumentativa, na tentativa de reforçar a proteção sobre o território tradicional, a partir da demonstração da nítida diferença que há entre as sociedades indígenas e a ocidental, além de buscar conferir maior exigibilidade aos processos demarcatórios.

Em momento seguinte, o marco temporal será o tema de discussão e de aprofundamento, em razão da importância de discussão acerca de entendimentos restritivos aos direitos territoriais dos povos originários, além do fato de se tratar de matéria amplamente debatida, em virtude do recente julgamento do STF, o que enseja especial atenção. Procurar-se-á identificar o tratamento da matéria a partir da evolução dos precedentes da Suprema Corte, merecendo análise detalhada a teoria do fato indígena, a qual surge de forma substancial no julgamento da PET 3.388 e serve de substrato legal para aplicação do marco temporal. A seguir, as inconsistências da tese do marco temporal serão objeto de análise crítica, buscando contrapor os elementos adotados pela tese perante o direito originário assegurado pelo texto constitucional. Na sequência, será tratada a inconstitucionalidade material dos elementos que compõem a teoria do fato indígena, em especial a tese do marco legal, a partir do enfrentamento dos aspectos que ensejam a superação desse entendimento, o que se mostra relevante, em razão da inclusão da matéria em projeto de lei recentemente aprovado pelo Congresso e vetado pelo Presidente da República.

Por fim, a dissertação analisará o processo administrativo de demarcação dos territórios indígenas, buscando, num primeiro momento, destacar sua natureza declaratória e seus aspectos correlatos para, em seguida, adentrar na análise do seu procedimento, assinalando controvérsias judiciais usualmente identificadas ao longo da sua tramitação. Em seguida, merecem atenção os efeitos jurídicos decorrentes da demarcação do território indígena, sobretudo as questões envolvendo a nulidade dos atos dominiais e exploratórios e a indenização da terra nua e de benfeitorias existentes nas áreas demarcadas. Na sequência, em resposta ao questionamento proposto na dissertação, a possibilidade de revisão do processo administrativo será objeto de apreciação, cuja fundamentação terá como alicerce elementos trazidos e debatidos ao longo de todo trabalho, como o direito inato indígena ao território, a fundamentalidade do direito originário, a inconstitucionalidade de entendimento restritivo e a manifesta natureza declaratória do processo de demarcação, sendo a eventual incidência de prazo decadencial objeto de análise detalhada.

1. PROTEÇÃO DO TERRITÓRIO INDÍGENA

1.1. TERRITORIALIDADE DOS POVOS ORIGINÁRIOS

Antes de analisar o direito originário à ocupação das terras tradicionais, impõe-se a análise da territorialidade para os povos indígenas, já que se verifica uma percepção do uso da terra completamente distinta da adotada pelas sociedades ocidentais, o que permitirá compreender mais claramente os contornos que permeiam o direito territorial assegurado pelo artigo 231 da Constituição Federal. Não é possível enquadrar o direito constitucional conferido aos povos originários como simples pretensão patrimonial, e sim como garantia à perpetuação da própria identidade indígena, a qual não pode ser compreendida distante do seu território.

De forma distinta da dos indígenas, os indivíduos que compõem a sociedade hegemônica, envolvente ou ocidental, são representados pela classe dominante e dirigente, de cultura eurocêntrica e capitalista. Essa classe detém historicamente o poder político e econômico, constituindo a base da formação dos Estados Nacionais, nos quais é evidente sua preponderância sobre grupos sociais vulneráveis, sobre os quais exerce, invariavelmente, um mecanismo invisível e irresistível de submissão¹. Nessa sociedade hegemônica, há a preponderância de uma concepção individualista do social, alicerçada na ideia de contrato entre indivíduos ontologicamente independentes, sendo a sociedade um resultado da adesão consensual de seus membros, guiados racionalmente pelo interesse e pelo conjunto de normas convencionais².

Contudo, os desejos e as necessidades de uma sociedade hegemônica não necessariamente atendem a indivíduos que somente se identificam como partes indissociáveis de um organismo social maior, como ocorre com os indígenas. Os povos e as comunidades tradicionais, como é o exemplo dos povos originários, fundam-se em pilares absolutamente distintos, constituindo-se como grupos culturalmente diferenciados, e que assim se reconhecem e se identificam, tendo formas próprias de organização social e de ocupação territorial. Esses povos têm, nos recursos naturais disponíveis em suas terras, condição indispensável para sua

¹ FARRUGGIA, Esteban Hernán Giménez. **Sociología Comparada: Ideología, Hegemonía y Estado em Antonio Gramsci y Louis Althusser**. Publicação Independente, 2023. *E-book*.

² CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A Inconstância da Alma Selvagem**. São Paulo: Ubu Editora, 2017. *E-book*.

reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, transmitindo seus conhecimentos pela tradição.³

Os povos originários se organizam segundo parâmetros socioculturais próprios, absolutamente distintos da realidade presenciada pela sociedade hegemônica, com conceitos singulares de território e de povo, o que não pode ser compreendido a partir de valores culturais de não indígenas, o que invariavelmente acarretaria distorções na apreciação. As necessidades indígenas não podem ser tratadas a partir da compreensão de um indivíduo pertencente à sociedade envolvente, tampouco pode haver homogeneização dos incontáveis grupos indígenas existentes, o que não refletiria a pluralidade e a diversidade de povos com culturas substancialmente distintas, que se mantêm organizados segundo práticas próprias e únicas.⁴

As sociedades indígenas devem ser analisadas sob a ótica do comunitarismo, segundo o qual a imersão do indivíduo em sua comunidade é elementar para formação do seu próprio ser, não podendo o indígena ser compreendido como ser abstrato e desenraizado de sua origem, tampouco ser ignorada a importância da vida em comunidade e do sentimento de pertencimento para constituição do indivíduo indígena⁵. Deve-se ter claro que as comunidades indígenas constituem sujeitos coletivos de direitos coletivos, sendo que a condição indígena é um atributo coletivo transindividual inato, e não simplesmente individual, somente existindo indivíduos indígenas porque eles são membros de comunidades indígenas, e não o contrário⁶.

O antropólogo Viveiros de Castro⁷ aborda o tema, destacando que, no texto constitucional, o indivíduo indígena dá lugar à comunidade, “e assim o individual cedeu o passo ao relacional e ao transindividual, o que foi, desnecessário enfatizar, um passo gigantesco”, asseverando “mesmo que esse transindividual tenha precisado assumir a máscara do supraindividual para poder figurar na metafísica constitucional, a máscara da Comunidade

³ BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renacer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 72-73.

⁵ ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos territoriais indígenas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018. *E-book*. p. 19.

⁶ CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_no%C3%A7%C3%A3o_de_etnoc%C3%ADdio_com_especial_aten%C3%A7%C3%A3o_ao_caso_brasileiro. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁷ CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_no%C3%A7%C3%A3o_de_etnoc%C3%ADdio_com_especial_aten%C3%A7%C3%A3o_ao_caso_brasileiro. Acesso em: 18 jul. 2023.

como Super-Indivíduo”. Prossegue Viveiros de Castro⁸, reforçando que “indígena não é um atributo individual, mas um movimento coletivo, e que a *identidade indígena* não é *relacional* apenas *em contraste* com identidades não indígenas, mas relacional (logo, não é exatamente uma “identidade”), antes de mais nada, porque constitui coletivos transindividuais intrarreferenciados e intradiferenciados”.

As expressões culturais indígenas também refletem toda especificidade dos povos originários. Deve-se ter claro, por exemplo, que os povos indígenas são detentores de tradição eminentemente oral, sendo essa a forma com que predominantemente ocorre a produção e a transmissão de conhecimentos tradicionais, o que evidencia a importância da preservação das línguas originárias como forma de perpetuação das próprias comunidades, já que a perda ou o desuso da língua materna facilita o rompimento de laços familiares e grupais⁹. As crenças, os costumes e as tradições dos povos originários também têm absoluto destaque na especificidade cultural indígena, tendo no xamanismo sua forma mais forte de expressão, o qual pode ser compreendido como um conjunto próprio de manifestações, ritos e práticas que evidenciam toda a espiritualidade dos indígenas e a íntima ligação com a natureza que os cerca, características que repercutem na forte ancestralidade que permeia suas relações socioculturais¹⁰.

Outra característica inerente dos povos originários é a íntima associação que existe entre indígenas e a natureza, associação esta que resulta numa verdadeira relação social não hierarquizada, a qual se dá de forma ativa, e não passiva, havendo uma história comum, em que sociedade e ambiente evoluíram conjuntamente¹¹. Ou seja, a sintonia que há entre indígenas e a natureza é inerentemente social, com a adoção de formas específicas de organização sociopolítica. Viveiros de Castro esclarece que essa “interação não se dá de forma abrupta, e sim com o desenvolvimento de tecnologias sofisticadas, infinitamente menos disruptivas (...) que os procedimentos violentos e grosseiros utilizados pela sociedade ocidental”¹², sem

⁸ CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro**. Disponível em: https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_no%C3%A7%C3%A3o_de_etnoc%C3%ADdio_com_especial_aten%C3%A7%C3%A3o_ao_caso_brasileiro. Acesso em: 18 jul. 2023.

⁹ BATISTA, Juliano de Paula; GUETTA, Maurício. A judicialização das demarcações de terras indígenas: o caso de Morro dos Cavalos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

¹⁰ KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. *E-book*.

¹¹ CASTRO, Eduardo Viveiros de. O perspectivismo indígena ou a natureza em pessoa. **Ciência & Ambiente**, v. 31, p. 123-132, 2005. Disponível em: <https://cienciaeambiente.com.br/shared-files/2205/?123-132.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023. p. 125.

¹² CASTRO, Eduardo Viveiros de. O perspectivismo indígena ou a natureza em pessoa. **Ciência & Ambiente**, v. 31, p. 123-132, 2005. Disponível em: <https://cienciaeambiente.com.br/shared-files/2205/?123-132.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023. p. 125.

destruição das grandes regulações ecológicas existentes. O antropólogo destaca, igualmente, que o “saber indígena deve ser estudado, difundido e valorizado urgentemente; que ele poderá ser, em última análise, o passaporte para a sobrevivência, no mundo moderno, das sociedades que o produziram”¹³. Prossegue Viveiros de Castro, asseverando que “se pudéssemos caracterizar em poucas palavras uma atitude básica das culturas indígenas, diríamos que as relações entre uma sociedade e os componentes de seu ambiente são pensadas e vividas como relações sociais, isto é, relações entre pessoas”¹⁴. Indiscutível, portanto, que a natureza é elemento integrante das sociedades indígenas.

Essa essência coletiva indissociável da natureza, de expressões culturais determinantes na própria existência do grupo, tem no território tradicional seu lugar genuíno e único de expressão. O professor Carlos Marés pondera que um povo indígena desprovido de seu território está ameaçado de erosão de suas referências culturais e, por consequência, de extinção, já que suas relações sociais e culturais apresentam condição de interdependência com o meio ambiente, sendo em seu “território e em seus fenômenos naturais que se assentam as crenças, a religiosidade, a alimentação, a farmacopeia e a arte de cada povo. Destituir, assim, um povo de seu território equivale a condená-lo à morte, ainda que fiquem mantidos alguns indivíduos”¹⁵.

Ainda nesse sentido, Viveiros de Castro e Anthony Seeger afirmam que o acesso à terra é condição essencial de sobrevivência dos povos originários, tanto em termos físicos, quanto em etnoculturais, sendo necessário diferenciar a ampla dimensão sócio-político-cosmológica dos territórios para os indígenas do conceito de terra como meio de produção ou lugar de trabalho agropecuário. Os antropólogos esclarecem que o conceito de território indígena, além de se diferenciar do adotado pelo direito civil, também se diferencia entre os próprios grupos indígenas, circunstância que não afasta a essencialidade da territorialidade indígena, mas sim reforça a necessária amplitude do conceito de terra aos povos originários.¹⁶ Lecionam que “vários grupos indígenas dependem, na construção de sua identidade tribal distintiva, de uma relação mitológica com um território, sítio da criação do mundo, memória

¹³ CASTRO, Eduardo Viveiros de. O perspectivismo indígena ou a natureza em pessoa. *Ciência & Ambiente*, v. 31, p. 123-132, 2005. Disponível em: <https://cienciaeambiente.com.br/shared-files/2205/?123-132.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023. p. 125.

¹⁴ CASTRO, Eduardo Viveiros de. O perspectivismo indígena ou a natureza em pessoa. *Ciência & Ambiente*, v. 31, p. 123-132, 2005. Disponível em: <https://cienciaeambiente.com.br/shared-files/2205/?123-132.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023. p. 125.

¹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renacer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 120.

¹⁶ SEEGER, Anthony; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Terras e territórios indígenas no Brasil. *Revista Civilização Brasileira*, ano 00, n. 12, p. 105, jun. 1979.

tribal, mapa do cosmos – como é o caso dos grupos do Alto Xingu e do Alto rio Negro”¹⁷, grupos esses que, em regra, praticam formas de subsistência mais sedentárias. Afirmam, por outro lado, que grupos como “os Gê e os Yanomami, por estarem mesmo em processos de expansão – muitas vezes de natureza guerreira – e por se apoiarem em adaptações mais móveis ao meio ambiente, não parecem definir sua identidade em relação a uma geografia determinada. Sua organização social, por assim dizer, se representa em termos conceituais, antes que geográficos”¹⁸.

E essa relação com o território não exige a necessária ocupação física da integralidade da área pela comunidade, na medida em que há espaços indispensáveis à identidade de um povo que são absolutamente desprovidos da presença física da comunidade, como ocorre em localidades ligadas a questões culturais ou ao equilíbrio ecológico da região. O professor Carlos Marés menciona que “alguns povos mantêm sítios sagrados, onde sequer perambulam, como o caso das montanhas do território yanomami”, nas quais “aquele povo acredita que o espírito de seus ancestrais e os seus próprios, depois da morte, habitam”¹⁹, o que demonstra a enorme representatividade de áreas não ocupadas fisicamente.

Outro aspecto da territorialidade indígena que deve estar claro é sua absoluta insubordinação às fronteiras artificialmente impostas por pressões coloniais exercidas ao longo de séculos de dominação. As terras indígenas apresentam limites constituídos por fronteiras culturais próprias que não se sujeitam e, por vezes, extrapolam divisas violentamente criadas pelos estados nacionais, o que afetou severamente as comunidades indígenas ocupantes de áreas fronteiriças, em razão de processos de desmembramento e consequente descaracterização. A imposição arbitrária de limites e de fronteiras decorrente da criação de estados nacionais e de suas divisões internas ocorreu em absoluta dissonância com a identidade territorial indígena, sendo fruto de uma tentativa de homogeneização cultural idealizada pela sociedade ocidental, o que não guarda correspondência com a representatividade do território para os povos originários.²⁰

Nesse contexto peculiar, exige-se que o direito territorial dos povos originários seja apreciado de acordo com uma perspectiva absolutamente própria, na qual o indivíduo não se

¹⁷ SEEGER, Anthony; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Terras e territórios indígenas no Brasil. **Revista Civilização Brasileira**, ano 00, n. 12, p. 105, jun. 1979.

¹⁸ SEEGER, Anthony; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Terras e territórios indígenas no Brasil. **Revista Civilização Brasileira**, ano 00, n. 12, p. 105, jun. 1979.

¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 147.

²⁰ CALEIRO, Manuel Munhoz. **Os Guarani e o direito ao centro da terra**: direitos territoriais e preservacionismo no Parque Nacional do Iguaçu. 2. ed. Naviraí/MS: Aranduká, 2021. p. 181.

reconhece fora de seu grupo, tampouco desprovido de sua relação íntima com a natureza que lhe cerca, tendo no seu território tradicional o lugar único para essas expressões. Essas condições específicas impõem que o direito às terras tradicionais seja tratado como atributo da personalidade indígena, e não como simples direito patrimonial, o que permitirá a preservação das características substanciais dos povos originários, interrompendo episódios integracionistas que perduram ao longo dos séculos.

1.2. DIREITO ORIGINÁRIO À OCUPAÇÃO TRADICIONAL

Historicamente, a condição indígena foi tratada como transitória no Brasil, predominando, nas normas editadas ao longo dos séculos, um forte conteúdo integracionista, o qual pautou substancialmente a relação entre Estado e povos originários. O *despertar de um trato social adequado* e a *incorporação a uma sociedade civilizada* eram finalidades almejadas para os indígenas pela legislação brasileira, através de comandos legais revestidos de aparente proteção e de forte dose de intervenção, ou seja, protegia-se para favorecer a integração, o que era tido como o bem maior possível de ser oferecido ao *indígena gentil*. E, intimamente ligado a essa ideia de transitoriedade da condição indígena, suas terras, embora por muitas vezes reconhecidas, também adquiriram o caráter provisório, persistindo somente até que seus ocupantes deixassem de ser naturais e assumissem a condição de *cidadãos*, perdendo o inerente sentido coletivo.²¹

Como exemplo desse cenário de transitoriedade da condição indígena, a legislação colonial, especificamente a Carta Régia de 9 de abril de 1655, previa a possibilidade de escravização de indígenas, sendo o aprisionamento após *justa guerra* legítimo título para efetivar a opressão. Por sua vez, o Brasil imperial, embora tenha se silenciado no texto constitucional de 1824, previa na Lei de Terras de 1854, em seu artigo 75, que as terras indígenas permaneceriam com usufruto exclusivo enquanto o *estado de civilização* dos indígenas assim o permitisse.²² Já na República, a omissão do texto constitucional de 1891 foi sucedida pela previsão expressa da possibilidade de incorporação dos *silvícolas* à comunhão

²¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 106; 134-135.

²² CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos**. Brasília: editora brasiliense, 1987. p. 58-102.

nacional pela Constituição de 1934²³, o que foi reproduzido nas Cartas de 1946²⁴, na de 1967²⁵ e na Emenda Constitucional de 1969²⁶. Por sua vez, a Constituição de 1937 foi silente no ponto, mantendo o difundido caráter provisório que permeava a condição indígena à época.

Em sentido contrário, a Constituição de 1988 surge com uma nova concepção, juridicamente inovadora, rompendo com a visão integracionista preponderante até então, o que refletiu uma clara mudança do constitucionalismo do século XX na América Latina. Aqui, deu-se maior importância à diversidade e à real possibilidade de compreensão do diferente, desprovido de eventual juízo valorativo. O texto constitucional atual reconhece o direito de existência aos indígenas como condição perene, o que fundamenta uma nova ordem jurídica garantida aos povos originários, de plena proteção e respeito a todos seus bens e atributos, incluindo o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, não havendo mais previsão de extinção.²⁷

É inegável a mudança no trato da questão indígena a partir da nova Constituição, a qual representa um marco evolutivo na garantia dos povos indígenas, encerrando com um paradigma assimilacionista propagado pelos ordenamentos constitucionais pretéritos, os quais, embora em sua maioria resguardassem a ocupação tradicional indígena, não permitia o direito dos indígenas de se considerarem diferentes e assim serem respeitados e preservados, com a perpetuação de suas instituições, culturas e tradições, independentemente do grau de interação com a sociedade hegemônica²⁸. Essa mudança insere-se no processo constituinte de redemocratização do país, no qual houve uma intensa mobilização popular em favor de reformas estruturais econômicas e sociais, a qual deu maior visibilidade a grupos tradicionalmente excluídos do cenário político nacional, posicionando a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático brasileiro e vetor interpretativo de todo direito emanado do ordenamento constitucional²⁹.

²³ CF 1934. Art 5º - Compete privativamente à União: (...) XIX - legislar sobre: (...) m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. (...)

²⁴ CF 1946. Art 5º - Compete à União: (...) XV - legislar sobre: (...) r) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. (...)

²⁵ CF 1967. Art 8º - Compete à União: (...) XVII - legislar sobre: (...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; (...)

²⁶ EC nº 1/1969. Art 8º - Compete à União: (...) XVII - legislar sobre: (...) o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional; (...)

²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renacer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 107 e 136.

²⁸ DUPRAT, Débora. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

²⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. Terras indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

A Constituição Federal, em seu artigo 231, reconhece a identidade indígena em sua plenitude, garantindo a organização social, os costumes, as línguas, as crenças, as tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam³⁰, características que convergem para o sentimento de pertencimento a uma comunidade, fundado na continuidade histórica através da reprodução cultural entre gerações³¹.

E nesse contexto de perpetuação e plenitude da identidade indígena, aflora a natureza congênita do direito originário sobre o território tradicional, devendo receber tratamento similar ao concedido aos direitos naturais, com características próximas do inato, eterno, imutável, anterior à própria existência do Estado³². Deve-se ter claro que o termo *direito originário*, bem como seu alcance, foi amplamente debatido ao longo da constituinte, tendo sua inclusão, no texto constitucional, sido propositada e desejada, fruto de intensos debates que antecederam a redação final. Em reunião na subcomissão que tratou o tema, o professor Carlos Marés destacou que, embora fosse uma tradição jurídica brasileira o reconhecimento do direito originário às terras indígenas, esse entendimento encontrava resistência nos Tribunais, justamente pela ausência de clareza do texto legal. Nesse contexto, o professor enfatizou a importância que “transpareça claramente nessa nova Constituição o fato de que os direitos dos índios são anteriores a própria lei e têm origem na própria existência dos índios, na sua formação social, na sua existência enquanto sociedade, enquanto povo, enquanto Nação”³³.

Esse amplo significado assegurado ao direito territorial indígena, confere, aos povos indígenas, a posse permanente de suas terras tradicionalmente ocupadas, o que reveste essa destinação de nítido caráter constitucional, completamente distinta da ideia civilista de ocupação e posse, estas intimamente ligadas ao exercício de fato de poderes inerentes à propriedade, característica não presente na exploração indígena de suas terras, sendo a posse civil manifestamente insuficiente na tentativa de explicar o uso da terra pelos grupos indígenas.

Diante desse tratamento manifestamente constitucional conferido à posse indígena, e não civilista, a Constituição acolhe a noção de hábitat, fugindo da ideia de apreensão física de

³⁰ CF 1988. 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.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 870.

³² ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 210-211.

³³ Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Atas de comissões. p. 85. Senado Federal, Brasília. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

um bem imóvel determinado, o qual não abrigaria naturalmente as áreas necessárias à reprodução plena de um povo³⁴. Essa ideia do território indígena como hábitat também foi trazida nas reuniões temáticas que antecederam a promulgação do texto constitucional, tendo Manuela Carneiro da Cunha destacado que os indígenas têm, nas terras tradicionais, o suporte da sua identidade, absolutamente necessário à reprodução física e cultural, lembrando “que as terras indígenas são um habitat (...), não simplesmente o lugar em que mora, as suas casas, as suas roças, mas todo o seu meio ambiente”³⁵.

A noção de hábitat excluiu a impreterível necessidade da presença indígena sobre todo o território, já que as terras tradicionais não podem ser reduzidas a lugares de moradia ou de habitação, havendo espaços sagrados, áreas de manutenção da vida social e locais de estabilização de processos ecológicos que, mesmo sendo elementos indissociáveis da territorialidade indígena, não necessariamente são de ocupação perene. Exigir a plena identificação de um território, para povos que não necessariamente apresentam origem espacial nítida ou vínculo territorial claro, acabaria por restringir a caracterização do direito originário a uma ocupação persistente ao longo do tempo, com a obrigatoriedade de demonstração fática de vínculos específicos, o que não guarda qualquer correspondência com o modo tradicional indígena.

A proteção constitucional inclui um amplo conceito de território indígena empregado pela Constituição Federal, a qual foi zelosa ao definir o objeto sobre o qual repousa o direito originário, as terras tradicionalmente ocupadas. A norma constitucional caracteriza as terras tradicionais como as habitadas em caráter permanente pelos indígenas, “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”³⁶. O constituinte deixa clara a necessidade do território a ser garantido apresentar esses quatro atributos, os quais somente podem ser compreendidos conjuntamente, e não de forma isolada³⁷. Mostra-se inadequado definir o território somente

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 875-876.

³⁵ Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Atas de comissões. p. 18. *Senado Federal*, Brasília. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

³⁶ CF 1988. Art. 231. (...) § 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.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 872.

como local de habitação, já que é a soma desse espaço juntamente com as áreas necessárias à atividade produtiva, à preservação ambiental e à reprodução física e cultural do grupo, que definem a territorialidade indígena, evidenciando uma concepção ampliada em relação ao previsto em textos constitucionais anteriores³⁸.

O amplo conceito de território indígena também atende à diversidade de entendimentos quanto à compreensão territorial, existente entre grupos indígenas distintos, circunstância que não afasta a proteção constitucional, mas sim reforça a necessária amplitude do direito originário assegurado. As diferenças nas concepções de território entre os próprios povos indígenas demonstram que o território indígena não pode ser definido “como um espaço homogêneo e neutro, mas como um mosaico de recursos desigualmente distribuídos por uma superfície sem existência conceitual nítida”³⁹, já que, enquanto para uma comunidade, a localização geográfica é clara e indispensável, para outra a disponibilidade de recursos naturais prepondera. Embora a forma de exploração econômica ou a percepção geográfica possam caracterizar atributos preponderantes em eventual demarcação, isso não implica supressão dos outros elementos territoriais que, mesmo sendo de menor impacto na identidade do grupo, também são atributos inerentes a qualquer comunidade e não estão sujeitos à exclusão⁴⁰.

As características da territorialidade apontadas acima evidenciam que o termo tradicionalmente aplicado às terras indígenas compreende o modo de ocupação, guardando íntima ligação com a maneira com que se dá a relação dos indígenas com a terra e com o desenvolvimento de seus usos e costumes, não se confundindo com ocupação imemorial, tampouco remetendo a uma ideia de permanência física em um local num período histórico determinado, o que afasta a necessidade de resgate de terras ocupadas no passado e perdidas na memória⁴¹. Deve-se ter claro que essa foi uma preocupação do próprio constituinte, já que a redação inicial do artigo 231 da Constituição previa que seriam “reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de posse imemorial onde se acham permanentemente localizados”, o que foi substancialmente alterado, sendo propositadamente incluído o termo

³⁸ DUPRAT, Débora. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

³⁹ SEEGER, Anthony; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Terras e territórios indígenas no Brasil. **Revista Civilização Brasileira**, ano 00, n. 12, p. 101-15, jun. 1979.

⁴⁰ SEEGER, Anthony; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Terras e territórios indígenas no Brasil. **Revista Civilização Brasileira**, ano 00, n. 12, p. 101-15, jun. 1979.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 873.

tradicionalmente na redação, ao mesmo tempo que suprimidos *imemorial* e *permanentemente*⁴².

A tradicionalidade das terras indígenas não apresenta um modelo preestabelecido, cristalizado ou perene e, embora traga um aspecto de repetição e continuidade histórica, não necessariamente se vincula a um passado distante, imemorial, uma vez que a expropriação propiciada por séculos de integração provocou inevitáveis processos de ressignificações e novas formulações, com o surgimento de novas etnias e novos povos, o que não pode ser ignorado pelo ordenamento constitucional e servir de fundamento para não incidência da norma⁴³. A caracterização da tradicionalidade, portanto, não se condiciona à presença indígena em local e data determinados, sendo elemento somente possível de ser aferido através de estudos antropológicos de identificação adequados, realizados no âmbito do devido procedimento demarcatório declaratório, uma vez que configuram instrumentos pertinentes para discussão acerca da forma de uso da terra reivindicada por eventual comunidade⁴⁴.

A posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, assegurada pelo texto constitucional, abrange o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Para o professor Carlos Marés, o usufruto exclusivo das riquezas somente significa que não há uma transferência “para qualquer apropriação individual e que os resultados de qualquer uso ou trabalho ou renda será sempre coletivo, da comunidade indígena que coletivamente do resultado pode dispor”, não havendo necessidade de a disposição ocorrer exclusivamente de modo direto, já que não há vedação para o trabalho alheio ou o contrato de qualquer natureza que explore riqueza do território⁴⁵. Por sua vez, Samuel Barbosa acrescenta que o exercício do usufruto deve ocorrer sem subordinação aos imperativos dos projetos de desenvolvimento nacional, o que atenderia a garantia constitucional à reprodução física e cultural dos povos indígenas, afastando uma concepção assimilacionista do tema⁴⁶. Ou seja, o usufruto exclusivo não pode ser confundido com exploração direta do território.

⁴² LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. A gênese do texto da Constituição de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. v. 2. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/geneseconstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

⁴³ ARAUJO JUNIOR, Julio José. *Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 214-215.

⁴⁴ BRASIL. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, jan. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm#:~:text=DECRETO%20No%201.775%2C%20DE,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20no%20art. Acesso em 23 mar. 2023.

⁴⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 122.

⁴⁶ BARBOSA, Samuel. Introdução. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

Em que pese o entendimento doutrinário acima exposto, o STF, no julgamento da PET 3.388, impôs condicionantes ao exercício do usufruto que não atendem a uma perspectiva intercultural do tema, concedendo interpretação que esvazia o direito originário indígena, favorecendo práticas integracionistas, através da ênfase a outros valores⁴⁷. A Suprema Corte relativizou o usufruto nas hipóteses em que estiver presente o *relevante interesse público*, dispondo, por exemplo, no sentido da sobrepujança da política de defesa nacional e da exploração energética de cunho estratégico, os quais não se sujeitariam à consulta das comunidades indígenas envolvidas. Da mesma forma, foi reconhecida a possibilidade de ingresso, trânsito e permanência em territórios tradicionais de não indígenas, de acordo com condições a serem estabelecidas pela FUNAI, ao mesmo tempo em que se permitiu a afetação de territórios indígenas como unidades de conservação, a serem administrados pelo ICMBIO, inclusive com a possibilidade de dispor acerca do trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas na área. Prosseguiu o STF vedando a cobrança de qualquer quantia pela instalação de equipamentos públicos e impedindo o arrendamento de terras indígenas, permitida somente a exploração direta da área.⁴⁸

Por sua vez, o julgamento do RE 1.017.365, de revisão da tese do marco temporal, não evoluiu nesse ponto, tangenciando substancialmente o assunto⁴⁹, restringindo-se a fixar tese vaga sobre as hipóteses de sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação, dispondo que “a ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas”⁵⁰, contudo, não dispôs sobre a gestão da área. Já o veto presidencial ao Projeto de Lei nº 2.903/23, ao rechaçar a responsabilidade exclusiva do órgão ambiental pela administração de eventual área de sobreposição, destacou que “a proposição legislativa contraria o interesse público ao submeter o usufruto indígena à tutela do órgão ambiental nos casos de sobreposição de terras indígenas a unidades de conservação”⁵¹, entretanto, por outro

⁴⁷ ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas**: Uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018. *E-book. E-book*. p. 231-236.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjurl80136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

⁵¹ Razões ao veto do artigo 23 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023.

lado, pondera a possibilidade de uma gestão compartilhada dessas áreas, o que não atende a garantia constitucional, uma vez que incide em inegável mitigação do usufruto exclusivo previsto pelo constituinte.

O mencionado veto presidencial demonstra certa oscilação da Administração Pública Federal sobre o tema, o que fica evidente em outros trechos do documento. Ao longo do veto ao Projeto de Lei nº 2.903/23, restou reconhecida a possibilidade de eventual compensação financeira pela instalação de equipamentos destinados ao serviço do público em terras indígenas⁵², bem como a possibilidade de cobrança de pecúnia por atividades econômicas desenvolvidas por povos indígenas, sendo dado como exemplo o turismo de base comunitária já realizado em diferentes regiões do país⁵³. Por outro lado, foi afastada a possibilidade de celebração de contratos de cooperação para realização de atividades econômicas entre indígenas e não indígenas⁵⁴ e de captação de investimentos de terceiros visando ao turismo⁵⁵, sob a justificativa do usufruto exclusivo ser “potencialmente afetado pelo desenvolvimento de atividades econômicas realizadas em conjunto com não indígenas”⁵⁶. Já o trecho sancionado, que originou a Lei nº 14.701/23, prevê a possibilidade de ingresso de não indígenas em terras indígenas, sem o respectivo consentimento da comunidade, como no caso de agentes públicos a serviço e de pessoas em trânsito⁵⁷.

Embora o usufruto exclusivo do solo, dos rios e dos lagos esteja garantido conforme acima retratado, a Constituição Federal confere tratamento distinto especificamente ao

Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

⁵² Razões ao veto do artigo 25 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

⁵³ Razões ao veto do § 3º artigo 24 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

⁵⁴ Razões ao veto dos § 1º e § 2º do artigo 26 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

⁵⁵ Razões ao veto do artigo 27 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

⁵⁶ Razões ao veto dos § 1º e § 2º do artigo 26 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 14.701**, de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/37732914/publicacao/37735531.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, e à exploração das riquezas minerais (pesquisa e lavra) em terras indígenas. A Constituição Federal assevera que a utilização desses recursos naturais só poderá ser efetivada com a respectiva autorização do Congresso Nacional, mediante Decreto Legislativo, ouvidas as comunidades afetadas e assegurada a participação nos resultados da lavra, participação essa a ser regulamentada em lei, ainda não editada⁵⁸. O constituinte claramente respaldou, em certa medida, a posse permanente e o usufruto exclusivo indígena nessas hipóteses, condicionando a concessão dessas explorações ao preenchimento cumulativo dos requisitos expostos no texto constitucional, sendo vedada qualquer utilização desses recursos sem a observância dessas exigências⁵⁹. Mesmo que a Constituição Federal não tenha ignorado o usufruto indígena nessas hipóteses, o fato de não estar expressa a possibilidade de veto da exploração pelos povos originários, alimenta a dicotomia entre crescimento econômico e preservação dos territórios indígenas, os quais recorrentemente são vistos como obstáculos a ações desenvolvidas pelo Estado e a expansão do agronegócio⁶⁰.

Prosseguindo na proteção territorial indígena garantida pela Constituição Federal, as terras tradicionais são inalienáveis e indisponíveis, sendo os direitos sobre elas, imprescritíveis⁶¹. A inalienabilidade e a indisponibilidade decorrem naturalmente da natureza do hábitat do território para os povos originários, cujo direito é comunitário, pertencente aos indígenas como integrantes das respectivas comunidades, o que o torna indiviso e indissolúvel. Já a imprescritibilidade do direito originário impede a aquisição das terras por qualquer interessado, afastando a legitimidade de eventual ocupação não indígena, ou seja, enquanto eventual comunidade usurpada existir, o direito sobre sua terra perdura⁶².

O texto constitucional também veda expressamente a remoção de grupos indígenas de suas terras, algo excepcional somente nos casos de catástrofe ou epidemia que represente risco à comunidade, sujeito a referendo do Congresso Nacional, e de interesse da soberania do

⁵⁸ CF 1988. Art. 231. (...) § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. (...)

⁵⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 139-142.

⁶⁰ ARAUJO JUNIOR, Julio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista? In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

⁶¹ CF 1988. Art. 231. (...) § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (...)

⁶² SILVA, José Afonso da. Parecer. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer das hipóteses, o retorno imediato logo que cesse o risco⁶³. A remoção é tratada como medida excepcional, sempre com o direito de retorno assegurado, o que deslegitima práticas genocidas e demais ações violentas perpetradas ao longo dos séculos, já que a utilização desses fatos em prejuízo dos povos originários, implicaria culpabilizar as vítimas e beneficiar os infratores, o que viola preceitos básicos de justiça e dignidade. O texto constitucional adotou claramente o princípio geral da não remoção, o que engloba medidas de justiça restaurativa a serem empregadas quando houver deslocamentos necessários nas hipóteses previstas, os quais sempre estarão revestidos do elemento da transitoriedade.⁶⁴

O usufruto exclusivo, a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade são elementos perenes e indissociáveis do território indígena, o quais, associados à vedação expressa de remoção dos povos originários, evidenciam a completa imunidade e intangibilidade da tradicionalidade perante agentes externos à comunidade indígena. Tal condição afasta qualquer possibilidade de não reconhecimento de um território tradicional, não sendo a existência de degradação ambiental avançada ou a ocupação numerosa por não indígenas motivos suficientes a afastar o direito originário constitucionalmente reconhecido. A demarcação das terras indígenas é sucedâneo natural da perpetuação da condição indígena resguardada pelo texto constitucional, sendo a concessão de área substituta inaceitável, já que a territorialidade indígena não é permutável e não se encontra sujeita a discricionariedade da Administração. A infungibilidade do território indígena não restou observada pelo STF no julgamento da RE 1.017.365, oportunidade em que se fixou tese admitindo a formação de áreas reservas na eventualidade de uma impossibilidade de concretização da demarcação⁶⁵.

A extensão e a amplitude do direito territorial indígena previsto no texto constitucional, o qual deve ser compreendido diante de uma perpetuação da identidade étnica assegurada, deixam claro que garantir a territorialidade tradicional assume a proporção de preservar a própria sobrevivência dos povos originários, como coletividade distinta da sociedade hegemônica, o que atende a um entendimento antropológico da matéria. A

⁶³ CF 1988. Art. 231. (...) § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. (...)

⁶⁴ FERNANDES, Pádua. A proteção das terras indígenas no direito internacional: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

territorialidade constitui-se, portanto, em direito originário personalíssimo indígena, já que inerente à própria personalidade, tratando-se de bem imaterial e incorpóreo, com nítido caráter perpétuo, inalienável e absoluto, o que afasta qualquer possibilidade de aquisição das terras indígenas por eventuais ocupantes não indígenas⁶⁶.

1.2.1. Teoria do Indigenato

O direito originário previsto no texto constitucional, acima descrito, representa, em certa medida, o resgate da teoria do indigenato, desenvolvida por João Mendes Júnior em 1912, já que ambos possuem no caráter congênito o ponto central do reconhecimento do direito territorial dos povos originários. Assim, oportuno detalhar aspectos da teoria do indigenato, em razão de sua influência e colaboração, ainda presente, na interpretação e na aplicação do direito indígena.

A teoria do indigenato surge na tentativa de se buscar o reconhecimento das terras indígenas após a promulgação da Lei de Terras em 1850, a qual inaugurou um conjunto normativo que desencadeou um processo de espoliação de indígenas de suas terras⁶⁷. Mesmo que as terras dos povos originários já possuíssem reconhecimento jurídico, vários mecanismos foram empregados nesse processo de esbulho, como o deslocamento e a concentração de grupos indígenas, bem como o aldeamento de comunidades (confinamento), tidas como hordas selvagens. Na hipótese desses aldeamentos – muito embora, na maioria das vezes, ocorressem dentro do próprio território originário indígena –, acabava-se por reduzir e limitar a ocupação, favorecendo a tentativa de descaracterizar as terras originárias em terras de aldeamento (devolutas), como se fossem distintas das terras imemorais, o que permitia, inclusive, o arrendamento ou o aforamento.⁶⁸

Em sua obra, o autor destacou que, quando da edição da Lei de Terras em 1850⁶⁹, foram previstas as hipóteses de terras enquadradas como devolutas (vagas), ao mesmo tempo em que foi possibilitado processo de legitimação e registro de áreas através da revalidação de

⁶⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁶⁷ ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 131-147.

⁶⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos**. Brasília: editora brasiliense, 1987. p. 69.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro, set. 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm#:~:text=LEI%20nº%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais. Acesso em 10 mar. 2023.

sesmarias e de concessões pretéritas, bem como através da aquisição de posses mansas e pacíficas adquiridas por ocupação primária ou havidas dos primeiros ocupantes. Tal previsão legal de regularização fundiária era naturalmente inviável aos indígenas, fosse por ocuparem terras longínquas, fosse por desconhecerem a própria edição da norma, circunstância que favoreceu a terceiros não indígenas criar artificialmente posses sobrepostas ao território indígena e formar o respectivo registro, o que culminou em expropriações, lutas e carnificinas.

Associados a esse processo de regularização fundiária à margem dos indígenas, a própria Lei de Terras⁷⁰ e o posterior Regulamento n. 1.318 de 1854⁷¹ previam que terras devolutas seriam reservadas à colonização de indígenas que se encontrassem fora dos seus respectivos lugares de origem e ao aldeamento de hordas selvagens existentes em distritos. Nesse contexto normativo, criou-se um cenário em que não havia possibilidade fática de os indígenas legitimarem suas terras, ao mesmo tempo em que se fortalecia o entendimento que suas terras estavam restritas às devolutas destinadas à colonização ou ao aldeamento⁷².

Essa situação restou agravada com a omissão do texto constitucional de 1891 quanto à matéria indígena e com a previsão normativa de as terras devolutas pertencerem aos Estados, o que gerou um aprofundamento da tomada de terras indígenas em âmbito regional, já que os Estados passaram a prever, em seus textos normativos, a conversão de aldeamentos extintos ou abandonados em terras devolutas⁷³. Entre as medidas indevidas estabelecidas pelos Estados, João Mendes Júnior destaca o reconhecimento e a revalidação de títulos de domínio, sempre subordinados ao direito civil, além da legitimação de posses e da discriminação realizada entre terras possuídas, reservadas e devolutas⁷⁴.

Nesse cenário, João Mendes Júnior definiu *indigenato* como direito territorial originário reservado aos indígenas, o que lhes garantiria um título congênito de domínio de suas terras, de forma imediata e não sujeita à legitimação, sendo imune a qualquer pretensão possessória deduzida por terceiro não indígena, já que a ocupação, como título aquisitivo, somente tem como objeto terras que nunca tiveram dono ou que foram abandonadas, nas quais

⁷⁰ Lei nº 601/1850. Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos; 3º, para a construção naval.

⁷¹ Regulamento nº 1.318/1854. Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.

⁷² MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 56-57.

⁷³ ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 131-147.

⁷⁴ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 62.

não se enquadram as áreas habitadas tradicionalmente pelos povos originários. Segundo entendimento do autor, seria inconcebível exigir que os indígenas tivessem de adquirir, por simples ocupação, o direito territorial que lhes é congênito e primário, uma vez que, se assim o fosse, suas terras seriam reduzidas a uma simples posse.⁷⁵ Mostra-se, inclusive, oportuno transcrever trecho da obra do autor que bem esclarece o indigenato⁷⁶:

(...) Só estão sujeitas a legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art. 3.º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a *ocupação*, como título de aquisição, só pode ter por objeto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A *ocupação* é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae* (confirmam-se os civilistas, com referência ao Dig., tit. de *acq. rerum domin.*, L. 3, e tit. de *acq. vel. amitt. poss.*, L. 1); ora, as terras de índio, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outro, 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 uma simples posse, há um título *imediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado. (...)

João Mendes Júnior fundamentou o indigenato no Alvará de 1º de abril de 1680⁷⁷, o qual reconhecia serem os indígenas os primários e naturais senhores de suas terras, concedendo-lhes direito territorial oponível mesmo frente a eventual sesmeiro ou ocupante particular, sendo assegurado que não fossem retirados de suas terras ou que essas não lhe fossem tomadas, não havendo a necessidade de pagamento de qualquer foro ou tributo⁷⁸:

E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeas: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer molestia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para". neles layrarem, 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 en tende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturaes senhores dellas..." (Alvará de 1.4.1680, parágrafo 4)

A partir do Alvará de 1680, não revogado pelas normas sucessivas, o autor sustentou que há direito indígena ao seu território, o qual jamais poderá ser confundido com

⁷⁵ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 59.

⁷⁶ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 59.

⁷⁷ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 57.

⁷⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos**. Brasília: editora brasiliense, 1987. p. 59.

posse sujeita a legitimação e a registro, sendo primário o direito independentemente dos indígenas estarem preservados em suas terras originárias, deslocados para áreas destinadas à colonização ou confinados em aldeamentos localizados em distritos, já que o direito territorial seria decorrência natural da ocupação originária ou da reserva de terras devolutas (vagas, sem destinação).

Prossegue João Mendes, reforçando que o direito territorial dos indígenas se reconhece a partir da verificação de que eles se encontrem aldeados com cultura e morada habitual estabelecidos, mesmo na hipótese de terras devolutas destinadas a reserva, sempre com base no Alvará de 1º de abril de 1680⁷⁹. Inclusive, nos casos em que há deslocamento forçado de povos, relembra interrogação feita por Joaquim Antonio Pinto Junior, então tenente-coronel dos índios, que questionava “como chamar de novo a um centro indivíduos que foram esbulhados de seus terrenos primitivos, deslocados do lugar em que habitavam, hoje ocupado até por potentes que dificilmente poderão ser convencidos e punidos pelos abusos que praticaram?”⁸⁰. Aqui fica claro que João Mendes abordou o elemento da tradicionalidade da ocupação, embora não o faça com essa terminologia, a qual seria posteriormente consagrada no texto constitucional de 1988.

Quanto ao comportamento expropriatório adotado pelos Estados a partir da Constituição de 1891, de arrecadação de terras indígenas como se devolutas fossem, João Mendes Júnior pondera que, como devolutas, não se enquadram as terras do indigenato, já que essas são congenitamente possuídas pelos indígenas, sendo-lhes originariamente destinadas por expressa disposição do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de Terras de 1850 e do artigo 24⁸¹, § 1º, do Decreto de 1.318 de 1854, o que afastaria qualquer possibilidade de arrecadação⁸².

José Afonso da Silva, ao tratar o tema, defende que o Alvará de 1º de abril de 1680 consagrou e consolidou o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira, como fonte primária e congênita do direito territorial indígena, firmando o princípio de que as posses indígenas seriam sempre reservadas, mesmo nas outorgas de terras a particulares, evitando que grileiros ocupassem as terras indígenas e pretendessem o registro fraudulento de

⁷⁹ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 57.

⁸⁰ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 57.

⁸¹ Regulamento nº 1.318/1854. Art. 24. Estão sujeitos á legitimação: § 1º As posses, que se acharem em poder do primeiro occupante, não tendo outro titulo senão a sua occupação. (...)

⁸² MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ, Hennies Irmãos, 1912. p. 62.

suas posses. Essas características evidenciariam a não sujeição das relações entre indígenas e suas terras às normas civilistas, já que não constituem simples ocupação de terra para exploração, mas sim hábitat de um povo, o que engloba a interação com o meio ambiente e com todos os demais elementos naturais e culturais próprios da comunidade.⁸³

Por sua vez, Manuela Carneiro da Cunha também afirma que o direito territorial indígena deriva do fato de o indigenato ser a fonte primária e congênita da posse territorial indígena, o que foi reconhecido por diversas leis coloniais, em particular pelo já mencionado Alvará de 1680, o qual declarou os indígenas primários e naturais senhores das suas terras, devendo seus direitos serem preservados diante de eventuais concessões a particulares, já que é um direito histórico, decorrente da ocupação primitiva⁸⁴.

1.3. FUNDAMENTALIDADE DO DIREITOS CONSTITUCIONAIS INDÍGENAS

Toda especificidade da identidade dos povos originários, que têm no território o espaço natural de reprodução e de vivência, associada à ruptura com o paradigma assimilacionista proposto pelo constituinte de 1988, evidenciam a fundamentalidade dos direitos indígenas assegurados pelo texto constitucional, já que inerentes à própria personalidade, o que afasta qualquer possibilidade de supressão, sob pena de enfraquecimento do normativo constitucional quanto à perenidade da condição indígena e quanto à existência de uma sociedade plural.

Os direitos fundamentais são direitos históricos, cuja origem se caracteriza pelo conflito contra os poderes estabelecidos e pela ruptura, mesmo que progressiva, com a norma jurídica até então vigente, adotando-se um comportamento legislativo emancipatório perante valores até então consolidados no ordenamento. Bobbio defendia que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”⁸⁵.

Os direitos fundamentais encontram-se intimamente ligados ao Estado de Direito instituidor da norma, assumindo verdadeira tarefa permanente de concretização do propósito

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 873-875.

⁸⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios: ensaios e documentos**. Brasília: editora brasiliense, 1987. p. 33.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão. p. 5.

instituído pelo constituinte. Nesse sentido, Ingo Sarlet sustenta que “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material”⁸⁶. Representam, assim, os valores preponderantes em determinada sociedade, e sobre os quais o Estado Democrático correspondente deverá ser formado e desenvolvido, conferindo-lhe legitimidade, já que os direitos fundamentais servirão de meta, parâmetro e limite à própria atuação estatal⁸⁷.

No Brasil, a fundamentalidade de determinados direitos, no sentido jurídico-constitucional, não ocorre apenas pela importância do bem jurídico tutelado, mas principalmente pela relevância concedida ao bem jurídico na perspectiva do constituinte, algo que é acompanhado da atribuição da devida hierarquia normativa. Tal circunstância permite a construção de um conceito ao mesmo tempo formal e material dos direitos fundamentais, o que inevitavelmente passa pela análise do alcance atribuído pelo constituinte. A fundamentalidade formal funda-se no direito constitucional positivo, sendo o direito correspondente parte integrante da Constituição escrita, situando-se no ápice do ordenamento jurídico. Por sua vez, a fundamentalidade material é decorrência de os direitos fundamentais serem elementos constitutivos da Constituição material, representando decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, não necessariamente positivados, o que permite a existência de direitos fundamentais fora dos capítulos dedicados ao tema no texto constitucional, bem como fora da própria Constituição.⁸⁸

A inexistência de um rol taxativo de direitos fundamentais e a abertura material desse catálogo são indiscutíveis no ordenamento nacional, o que decorre da própria previsão do texto constitucional, que, em seu artigo 5º, § 2º, assegura a não exclusão de outros direitos e garantias compatíveis, independentemente da localização topográfica ou da ausência de expressa previsão na Constituição Federal. Portanto, a fundamentalidade pode abranger direitos de cunho negativo, dirigidos à proteção do indivíduo, direitos sociais, preponderantemente direcionados a prestações positivas do Estado, e direitos políticos, mesmo que esses direitos estejam fora do catálogo expresso presente no texto constitucional (rol do Título II), o que

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 59.

⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. P. 67.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 75-79.

encontra respaldo direto do princípio democrático consagrado na Constituição. Esse catálogo aberto, além de permitir a existência de direitos fundamentais fora do rol constitucional expresso e fora da própria Constituição, também é compatível com a existência de direitos implícitos, ou seja, não escritos, o que naturalmente decorre do Estado Democrático e Social de Direito.⁸⁹ A abertura do sistema de direitos fundamentais também permite atualização e adequação permanente desse rol, através da apreciação constante de eventual conteúdo normativo deduzido a partir do texto constitucional⁹⁰.

Diante desse contexto, os direitos indígenas previstos no artigo 231 da Constituição Federal constituem inegáveis direitos fundamentais expressos no texto constitucional. A perpetuação assegurada da organização social, das expressões culturais e do direito territorial dos povos originários significa uma ruptura com o paradigma assimilacionista que preponderava nas Constituições anteriores, representando verdadeira decisão política fundamental proferida pelo constituinte, a qual indica o modelo de sociedade inclusivo adotado. Esses direitos constitucionais permitem a plenitude da personalidade indígena, e consequentemente o respeito à dignidade dos povos originários, já que atendem a totalidade de suas peculiaridades, as quais guardam estreita ligação com os recursos naturais que os cercam. Portanto, a preservação da identidade indígena atende à tarefa permanente de concretização do propósito estabelecido pelo constituinte, o que evidencia toda fundamentalidade do artigo 231, servindo de parâmetro à atuação estatal.

A intrínseca e indissociável relação dos indígenas com seu território evidencia a indiscutível fundamentalidade do direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, estando intimamente ligado à dignidade do indivíduo indígena, assegurá-lo corresponde a inviolabilidade de outros direitos constitucionais, como à vida, à liberdade e à segurança⁹¹. Todas essas características destacam a fundamentalidade material do direito originário, que facilmente se sobressai da análise do seu conteúdo, o qual reflete uma decisão fundamental do constituinte, sendo elemento constitutivo da própria Constituição em seu aspecto material, não puramente formal⁹². A garantia aos indígenas de ocupação de suas terras tradicionais

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 83-87.

⁹⁰ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 137-172, jan./abr. 2022. p. 151-152.

⁹¹ CF 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 76.

claramente evidenciou uma estrutura de sociedade plural, perante a qual um Estado brasileiro socialmente inclusivo comprometeu-se a assegurar.

A fundamentalidade dos direitos indígenas não se restringe ao direito originário; pelo contrário, avança em toda plenitude da personalidade própria indígena. O texto constitucional reconhece os costumes, as línguas, as crenças e as tradições indígenas, o que reflete toda fundamentalidade atribuída às expressões culturais dos povos originários, cuja preservação possibilita a perpetuação da identidade dos povos originários frente a pressões históricas exercidas pela sociedade envolvente, evitando o risco de desaparecimento ou deterioração do ambiente cultural único em que estão inseridos. A subordinação cultural constituiu instrumento de desintegração dos povos indígenas ao longo dos séculos, segundo a qual não se permitiu a convivência de culturas distintas, tendo como preponderante a cultura ocidental quando em colisão com a cultura tradicional, sendo a própria previsão da transitoriedade da condição indígena exemplo dessa prática⁹³. Permitir, portanto, o livre desenvolvimento dos hábitos culturais indígenas significa assegurar a reprodução do próprio povo, assegurando a plena efetividade dos direitos culturais indígenas, resguardando a representatividade cultural própria⁹⁴.

Da mesma forma, o direito à organização social indígena também se mostra essencial à identidade tradicional dos povos originários, já que a estrutura em que as sociedades indígenas são concebidas e o papel de cada indivíduo no contexto social comunitário não guardam correspondência com a sociedade hegemônica, o que evidencia a necessidade de preservação. Dentro da organização social específica indígena, merecem destaque as respectivas instituições representativas, as quais exemplificam uma das sensíveis diferenças entre sociedades tradicionais e envolventes. Enquanto as sociedades ocidentais têm representatividade centralizada em órgãos públicos institucionalizados, com atribuições específicas dentro da organização político-administrativa estatal, os povos tradicionais estabelecem hierarquias e representações de forma completamente distintas, podendo,

⁹³ GOMES, Elaine Aparecida Barbosa; BRASIL, Deilton Ribeiro. A diversidade cultural enquanto direito fundamental: o caso do povo indígena Wayãpi. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 10, n. 3, p. 258-287, set/dez 2019. p. 265.

⁹⁴ Convenção nº 169/OIT. Art. 2º. (...) 2. Essa ação deverá incluir medidas: (...) b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; (...)

conforme a matéria em análise, centralizar a decisão em uma única autoridade tradicional ou deliberar através do conjunto de representantes de diversas aldeias.⁹⁵

Esses direitos constitucionais indígenas referentes à organização social, às expressões culturais e à territorialidade refletem atributos da própria personalidade indígena, tratando-se de bens imateriais e incorpóreos, com nítido caráter perpétuo, inalienável e absoluto, o que, associado com a decisão fundamental do constituinte de ruptura com o paradigma integracionista, reforça a manifesta jusfundamentalidade desses direitos⁹⁶. A perpetuação da identidade étnica assegurada e sua plenitude, intimamente ligada aos atributos da personalidade indígena, deixam claro que garantir o exercício dos direitos fundamentais correspondentes assume a proporção de preservar a própria sobrevivência dos povos originários, como coletividade distinta da sociedade hegemônica, a qual tem, na natureza que a cerca, uma relação social definidora da própria razão da existência.

O texto constitucional, ao adotar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, reconhece a pessoa humana como finalidade e justificativa do exercício do poder estatal e do próprio Estado, o qual somente existe e se justifica em função do indivíduo, e não o contrário. Todo esse contexto reveste a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do ordenamento, possuindo concomitantemente a condição de valor, princípio e regra, além de constituir manifestamente direito fundamental e critério de interpretação e aplicação do direito constitucional e infraconstitucional, cabendo ao Estado, impreterivelmente, servir de instrumento para sua garantia e promoção.⁹⁷

A fundamentalidade dos direitos indígenas lhe confere os atributos constitucionais inerentes aos direitos fundamentais, a iniciar pela aplicabilidade imediata, estando presentes todos os meios e os elementos necessários à sua pronta incidência. A eficácia plena e a aplicabilidade direta e integral também são características reconhecidas, sendo a disposição constitucional apta a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional⁹⁸. Além disso, sujeitam-se aos princípios da máxima eficácia e da força normativa da constituição, os quais ganham especial incidência quando da ponderação de

⁹⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; SILVA, Liana Amin Lima da; OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina. **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 28-32.

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 335-336.

⁹⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; NASCIMENTO, Gabriel Biondes. Os direitos fundamentais como vetor de atuação do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 125, p. 137-156, mai./jun. 2020. RT online.

direitos, controle de políticas públicas e efetivação de direitos sociais, sempre na busca de uma interpretação coerente que garanta os objetivos da Constituição⁹⁹. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais também é um atributo da própria norma constitucional que os definem, devendo os valores ali refletidos se propagar por todo ordenamento jurídico, inclusive na interpretação e na aplicação das normas pelo Judiciário¹⁰⁰.

1.3.1. Cláusula Pétrea

A fundamentalidade material conferida aos direitos constitucionais indígenas, em especial ao direito territorial originário, atribui caráter de imutabilidade à norma, mesmo diante do próprio poder constitucional reformador, servindo de limite material, em razão da inerente natureza de cláusula pétrea.

As restrições impostas pelas cláusulas pétreas à alteração da Constituição buscam preservar a identidade básica de seu texto, significando inegável limite à atividade legiferante reformadora, em razão de manifesta disposição do próprio constituinte originário, o que visa prevenir o processo de erosão da Constituição. As cláusulas de perpetuidade perfazem o núcleo essencial do ordenamento jurídico idealizado pelo poder constituinte originário, núcleo este preservado de qualquer mudança institucionalizada e responsável por resguardar a identidade do texto inicial, evitando o enfraquecimento dos valores originariamente propostos. O desrespeito às cláusulas pétreas, previstas no texto constitucional, seria subverter a lógica constitucional, igualando poder originário e reformador, o que não se mostra razoável. Somente serão possíveis alterações constitucionais profundas na hipótese de ruptura institucional, através da adoção de meios revolucionários, cujo exercício se dá de forma imune a restrições normativas.¹⁰¹

O artigo 60, § 4º, do ordenamento constitucional¹⁰², prevê como cláusulas pétreas os direitos e as garantias individuais, a separação dos poderes, a forma federativa do Estado e o voto direto, secreto, universal e periódico. Embora o texto constitucional tenha adotado a

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 378.

¹⁰⁰ VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009. *E-book*.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, p. 883-914, jun. 2021. RT online.

¹⁰² CF/1988. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

terminologia *direitos individuais*, nestes também devem estar compreendidos os direitos fundamentais sociais, uma vez que o constituinte elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento expresso da República, ao mesmo tempo que constituiu como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa e solidária, a redução de desigualdades sociais, a promoção do bem de todos e a erradicação da pobreza e da marginalização. Esse contexto constitucional evidencia que os direitos fundamentais sociais integram a essência da concepção do Estado Democrático de Direito brasileiro, não sendo passíveis de supressão, sob pena subversão da ordem constitucional. Inclusive, esse entendimento ampliativo permite identificar cláusulas pétreas em diversos dispositivos constitucionais originais distribuídos ao longo do texto, não se restringindo aos direitos fundamentais sociais enumerados nos artigos de 6º a 11º da Constituição Federal.¹⁰³

Nesse sentido, resta claro que o direito fundamental indígena à ocupação do território tradicional constitui cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda constitucional abolitiva, sob pena de esvaziamento substancial da identidade indígena assegurada pela Constituição, a qual rompeu com o paradigma integracionista presente até 1988, fortalecendo a existência uma sociedade plural e inclusiva. As limitações ao poder de reforma admitem exame do judiciário, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade tanto de forma concreta quanto abstrata. Esse controle, inclusive, pode ocorrer de forma preventiva, antes da votação da emenda, através da impetração de mandado de segurança por parlamentar federal interessado, questionando a própria constitucionalidade material da proposta de emenda.¹⁰⁴

1.4. NORMAS INTERNACIONAIS

Na esfera internacional, o direito territorial indígena também detém significativo respaldo, o que reforça o arcabouço normativo protetivo das terras tradicionais, a partir de uma necessária análise sistemática de todo ordenamento jurídico, o que exige uma interpretação harmônica das normas vigentes, sob pena de subversão dos institutos de direito internacional.

A Convenção da OIT 169 expressamente exige que os Estados respeitem a especial importância do território tradicional para as culturas e para os valores espirituais dos povos

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais – o problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, São Paulo, v. 1, p. 105-141, set. 2012. RT online.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

indígenas, dando destaque para o aspecto coletivo da relação existente entre povo e território¹⁰⁵. Prossegue dispondo acerca do dever de os Estados reconhecerem “aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, inclusive destacando a necessidade de adoção de “medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles”, mas que sejam empregadas em atividades tradicionais e de subsistência. Tal previsão denota uma atenção especial dada aos povos nômades, os quais praticam deslocamentos constantes nos exercícios de suas atividades, não possuindo habitação fixa, características essas que repercutem nos critérios a serem avaliados ao longo dos processos de reconhecimento dos respectivos territórios.¹⁰⁶

Prosseguindo no caráter protetivo, a Convenção demonstra preocupação na devida demarcação dos territórios, exigindo que o Estado adote “as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”¹⁰⁷. A Convenção, ao conceituar as terras indígenas, adota concepção mais vaga do que a empregada pelo texto constitucional, ao referir que “abrange a totalidade do hábitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”¹⁰⁸, o que inclui, também, o direito de administração e de conservação dos recursos naturais existentes nas terras¹⁰⁹. A norma internacional, com semelhança ao disposto em nossa Constituição, prevê a consulta dos povos indígenas quanto à exploração de recursos naturais em suas terras, garantida a participação em eventuais benefícios decorrentes da atividade desenvolvida ou a indenização por eventuais danos sofridos¹¹⁰. Outro

¹⁰⁵ Convenção nº 169/OIT. 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.

¹⁰⁶ Convenção nº 169/OIT. Artigo 14.1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

¹⁰⁷ Convenção nº 169/OIT. Artigo 14 (...) 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

¹⁰⁸ Convenção nº 169/OIT. Artigo 13 (...) 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.

¹⁰⁹ Convenção nº 169/OIT. Artigo 15. 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

¹¹⁰ Convenção nº 169/OIT. Artigo 15. (...) 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer

ponto que merece destaque é a exigência de sanções contra toda intrusão não autorizada em terras indígenas ou o uso não autorizado das terras por terceiros, devendo ser adotada medidas para coibir essas infrações¹¹¹.

Já em seu artigo 6º, a Convenção nº 169 da OIT dispõe que os Estados deverão consultar previamente os povos interessados cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, cabendo a adoção de procedimento apropriado com a participação das respectivas instituições representativas¹¹². Isso significa que todo ato do poder público com potencial lesivo, inclusive ao território indígena, deve ter sua realização precedida da devida consulta à comunidade tradicional atingida, antes de qualquer realização ou aprovação, o que deixa claro o zelo com a incolumidade das garantias asseguradas e com o rompimento de práticas de subordinação de grupos culturalmente diferenciadas.

Os elementos até aqui destacados, mesmo diante de eventuais diferenças, mostram-se manifestamente compatíveis com o texto constitucional, o que não necessariamente ocorre com outros pontos. O artigo 16 da Convenção¹¹³, embora preveja a impossibilidade de traslado dos povos indígenas, excepciona a vedação quando concluído procedimento estabelecido com essa finalidade, o que faculta um maior número de hipóteses de remoção em comparação com o texto constitucional. Ademais, a garantia de retorno é relativizada, havendo possibilidade de não regresso quando não houver possibilidade, inclusive com a previsão de compensação

ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

¹¹¹ Convenção nº 169/OIT. Artigo 18. A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

¹¹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais**. 07 jun. 1989. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 27 nov. 2022.

¹¹³ Convenção nº 169/OIT. Artigo 16. 1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser translados das terras que ocupam. 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. 3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento. 4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas. 5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

através de terras ou de indenização, o que não ocorre em nossa Constituição. Além dessa questão da remoção, o artigo 17 da Convenção¹¹⁴ dispõe no sentido da possibilidade de transmissão das terras indígenas entre membros da própria comunidade e, inclusive, para terceiros, confrontando-o com a inalienabilidade, a indisponibilidade e a imprescritibilidade previstas na Constituição Federal.

Oportuno destacar que a mencionada Convenção nº 169 da OIT se encontra em vigência no ordenamento jurídico brasileiro. Assinada a Convenção, o Brasil depositou o respectivo instrumento de ratificação junto à OIT na data de 25 de julho de 2002, após a devida aprovação pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 143 de 2002, promulgando o texto pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, momento em que o tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, o decreto de promulgação originário foi revogado e substituído pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, hoje em vigência. Assim, trata-se de norma internalizada ao ordenamento jurídico, aplicando-se a regra fundamental da *pacta sunt servanda*, devendo o respectivo cumprimento ocorrer de boa-fé, não podendo ser invocados dispositivos internos para eventual inobservância. Além disso, constitui-se norma de direito humano, possuindo status de supralegalidade, com a incidência do princípio da proibição do retrocesso, não comportando a possibilidade de desaparecimento do ordenamento, mas tão somente eventual substituição por norma mais protetiva¹¹⁵.

Além da Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas também evidencia uma grande preocupação com a preservação do território tradicionalmente ocupado, assegurando aos povos indígenas o direito às terras que ocupem e aos recursos a que tenham acesso de forma tradicional ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido, garantido o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar tais terras e recursos. Caberá ao Estado zelar pelo reconhecimento e pela proteção dessas áreas, devendo a identificação do território atender os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos respectivos povos indígenas¹¹⁶, ao mesmo tempo em que é garantido aos povos indígenas o

¹¹⁴ Convenção nº 169/OIT. Artigo 17. 1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos. 2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade. (...)

¹¹⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

¹¹⁶ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Artigo 26. 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão

direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade de suas terras e recursos¹¹⁷. A Declaração prevê o direito dos povos indígenas de manterem e de fortalecerem sua própria relação espiritual com suas terras tradicionais, bem como de assumirem a responsabilidade decorrente dessa relação territorial em relação às gerações futuras¹¹⁸. Exige-se dos Estados que obtenham o prévio consentimento da comunidade antes de aprovar qualquer projeto que afete as terras indígenas, devendo ser estabelecidos mecanismos eficazes para a reparação das atividades e adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências¹¹⁹.

Por outro lado, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas relativiza o regresso dos povos indígenas na hipótese de remoção, sendo possível acordo prévio que preveja somente indenização¹²⁰. Já para as hipóteses de confisco ou de danos dos territórios e recursos indígenas, a Declaração prevê direito à reparação, através de restituição do território ou, quando isso não for possível, da indenização justa, imparcial e equitativa¹²¹. Essas duas hipóteses, a exemplo do que ocorre em parte com a Convenção nº 169, evidenciam certa incompatibilidade com nossa Constituição, a qual demonstra viés mais protetivo, não deixando margem para o não retorno após remoção, bem como não prevendo simples indenização pela usurpação territorial indígena.

reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

¹¹⁷ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Artigo 29. 1. Os povos indígenas têm direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos. Os Estados deverão estabelecer e executar programas de assistência aos povos indígenas para assegurar essa conservação e proteção, sem qualquer discriminação. (...)

¹¹⁸ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Artigo 25 Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

¹¹⁹ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Artigo 32. 1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos. 17 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas 18 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. 3. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual.

¹²⁰ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

¹²¹ Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Artigo 28. 1. Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado. 2. Salvo se de outro modo livremente decidido pelos povos interessados, a indenização se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada.

A Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas não tem eficácia vinculante aos estados membros da ONU, o que demandaria elaboração formal de tratado ou convenção, com posterior aprovação e ratificação no âmbito interno, que não ocorreu, tendo se restringido a ser aprovada por resolução (nº 61/295). Entretanto, trata-se de importante instrumento de *soft law*, carregando grande relevância política, servindo de referência para elaboração da legislação internacional e nacional na matéria, bem como para formulação e execução de políticas públicas direcionadas aos povos originários. O valor normativo limitado da declaração, desprovido de obrigatoriedade, não impede sua adoção como indispensável parâmetro interpretativo das normas existentes e reforço de argumentação para operadores do direito.¹²²

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos também merecem destaque na proteção ao direito territorial indígena. A Corte Interamericana, no caso envolvendo a comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua, bem esclarece a natureza do território indígena, ficando assentado que o direito dos povos originários à ocupação de suas terras não se trata de simples questão possessória, mas sim direito fundamental à vida espiritual, à integridade e à sobrevivência econômica, constituindo elemento material e espiritual de indispensável gozo pleno, com forma de preservação do legado cultural do povo e sua transmissão a gerações futuras. Já no litígio entre indígenas Yakye Axa contra o Paraguai, a Corte dispôs que o acesso ao serviço de saúde deve ser apropriado às perspectivas culturais, sendo que a saúde representa uma dimensão coletiva e que eventual ruptura da relação dos povos originários com sua terra exerce efeito prejudicial sobre o bem-estar da comunidade. O julgado evidencia a terra como elemento estreitamente ligado às tradições, às expressões orais, aos costumes, às línguas, às artes, aos rituais, à natureza e à culinária das comunidades indígenas, sendo parte indissociável dessas representações culturais. Pondera que permitir a interferência indesejada no território indígena implicaria rompimento com toda ancestralidade do povo, prejudicando toda a identidade cultural da comunidade.¹²³

A jurisprudência criada pela Corte contribui para aprofundar e esclarecer a aplicação das normas do sistema interamericano, não sendo a observância aos seus precedentes simples liberalidade do Estado-parte. A Corte Interamericana tem competência para processar e julgar casos relativos à interpretação e à aplicação das disposições normativas previstas pela

¹²² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 74 e 901.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 254-272.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tendo sua composição e seu funcionamento regulados pelo próprio diploma internacional, o qual foi internalizado ao ordenamento jurídico nacional pela promulgação do Decreto nº 678/92. Ademais, o Brasil, através da promulgação do Decreto nº 4.463/02, expressamente reconheceu a competência obrigatória do Tribunal em todos os casos relativos à interpretação ou à aplicação da Convenção Americana¹²⁴. Ou seja, adotar interpretação diversa do entendimento manifestado pela Corte é afrontar diretamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, violando norma incorporada ao ordenamento pátrio, com status de supralegal¹²⁵. Portanto, eventual ato estatal contrário ao entendimento adotado pelo órgão internacional sujeita-se ao controle de convencionalidade¹²⁶.

Deve-se ter claro, ainda, que toda sentença proferida pela Corte, além de notificada às partes do processo, é obrigatoriamente transmitida aos Estados-partes na Convenção, garantindo a plena ciência sobre as interpretações adotadas pelo órgão, conforme previsão expressa do próprio texto do Pacto, em seu artigo 69¹²⁷. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, adota a jurisprudência da Corte Interamericana como fundamento de suas decisões, o que evidencia uma força argumentativa e vinculante dos julgados da Corte internacional, mesmo nos feitos em que o Brasil não figura como parte do litígio examinado¹²⁸.

¹²⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 981-985.

¹²⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

¹²⁶ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 135.

¹²⁷ BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 18 set. 2023.

¹²⁸ Exemplos: ADPF 496; ADPF 635 MC; HC 171118; e RE 511961.

2. MÍNIMO EXISTENCIAL INDÍGENA

2.1. ORIGEM E FUNDAMENTOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial compreende o direito de todo indivíduo a um conjunto de prestações materiais, por parte do Estado, que assegure uma existência digna, garantindo àquele que não tenha condições de prover seu próprio sustento condições suficientes ao atendimento de necessidades básicas. Essa garantia a uma efetiva existência digna não se restringe a simples sobrevivência física, exigindo que o indivíduo tenha alternativas substanciais em suas escolhas cotidianas, o que transcende o puro combate à pobreza absoluta pelo Estado. Embora sem uniformidade terminológica e com fundamentações filosóficas distintas, essa noção de direito à subsistência, alicerçado em um dever estatal correspondente de enfrentamento da exclusão social, foi objeto de diversas experiências ao longo do tempo.¹²⁹

Embora os Estados de raízes liberais fossem alicerçados na ideia de liberdade e no combate ao poder estatal, já era possível identificar certa preocupação com o assistencialismo estatal, assegurando condições mínimas de subsistência aos mais necessitados. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, já previa algumas hipóteses de socorros públicos e a necessidade de assistência a cidadãos desafortunados.¹³⁰ Por sua vez, a Constituição francesa de 1848, criada em um ambiente revolucionário, com pretensões sociais e socialistas, representou um legado às reivindicações e ao reconhecimento de direitos sociais, já que impôs ao Estado a obrigação de garantir o bem-estar do indivíduo, estabelecendo algumas prestações, como o estabelecimento do ensino primário gratuito¹³¹.

A crescente concentração de renda, acentuada pelos monopólios econômicos, associada às danosas consequências sociais provocadas pela Primeira Guerra Mundial, ensejaram a criação do modelo de Estado Social, caracterizado pela maior intervenção estatal nos campos econômicos e sociais. A promulgação da Constituição da República de Weimar (Alemanha), em 1919, inaugura esse novo período do constitucionalismo ocidental, ao mesmo tempo em que representa uma das sementes da criação do direito ao mínimo necessário a uma existência

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 116-118; 120.

¹³⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45-47.

¹³¹ PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 23.

digna¹³². A Constituição de Weimar dispôs, em seu artigo 151, que a vida econômica deveria atender aos ditames da Justiça, objetivando assegurar a todos uma existência com dignidade¹³³. A partir da influência europeia, o texto constitucional brasileiro de 1934 incorporou a noção de *dignidade* no título dedicado à ordem econômica e social, prevendo, em seu artigo 115, que a ordem econômica deveria “ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”¹³⁴. Dentro desses limites, seria garantida a liberdade econômica.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, consolida-se o modelo de Estado Democrático e Social de Direito, no qual se torna clara a existência de um direito fundamental à existência digna¹³⁵. O reconhecimento de um direito subjetivo a prestações básicas, exigíveis pelo indivíduo perante o próprio Estado, tem origem a partir de uma elaboração dogmática desenvolvida na Alemanha. A Lei Fundamental alemã, positivada em 1949, não previa, como regra, direitos sociais típicos de cunho prestacionais, o que ensejou ampla discussão em torno da garantia ao mínimo indispensável para uma existência digna. No início da década de 1950, o doutrinador alemão Otto Bachof foi um dos primeiros a sustentar essa possibilidade de reconhecimento de uma garantia a recursos mínimos para uma existência digna, sustentando que o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no texto constitucional alemão assegurava um mínimo de segurança social, e não apenas liberdade, o que exigiria do Estado não somente coibir a distribuição da existência física do ser humano, mas também adotar uma postura ativa na preservação da vida.¹³⁶ Já a partir do primeiro ano de existência do novo regime, os Tribunais alemães começaram a reconhecer o direito subjetivo do indivíduo carente ao auxílio material estatal, como forma de manutenção das condições mínimas de existência, assegurada pela incidência do postulado da dignidade da pessoa humana¹³⁷.

¹³² BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 118.

¹³⁴ BRASIL. [Constituição (1934)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1934*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

¹³⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

¹³⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 209-210.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. p. 118-120.

No Brasil, o direito ao mínimo para uma existência digna, originado da dogmática jurídica alemã, foi reconhecido inicialmente no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu de forma dispersa e pontual, sem uma análise propriamente centralizada no tema¹³⁸. Após, foi inserida na literatura constitucional por Ricardo Lobo Torres, passando a ter uma utilização cada vez mais expressiva¹³⁹. Embora um direito constitucional ao mínimo existencial inexistia de forma expressa, articulada e parametrizada, é legítimo afirmar, com segurança, que a Corte Constitucional brasileira reconhece a existência e a aplicação do instituto, sendo possível identificar os fundamentos constitucionais para sua incidência, a partir dos julgados do próprio Tribunal. O mínimo existencial, desenvolvido a partir da jurisprudência do STF, funda-se substancialmente na dignidade da pessoa humana, na existência de um Estado Democrático e Social de Direito e no amplo rol de direitos sociais previstos no texto constitucional¹⁴⁰.

A dignidade da pessoa humana é o eixo central do atual sistema constitucional brasileiro, fruto da superação do antecedente período autoritário, sendo adotado expressamente no texto da Constituição, como fundamento da nossa República Federativa (artigo 1º, III), objetivo da ordem econômica e financeira (artigo 170, *caput*), princípio da proteção da família como base de nossa sociedade (artigo 226, § 7º) e parâmetro da remuneração dos profissionais da educação básica (artigo 212-A). Adota-se a dignidade da pessoa humana como qualidade inata e intrínseca de todo indivíduo, a qual se manifesta na autodeterminação consciente da própria vida, sendo irrenunciável e inalienável¹⁴¹. Cabe ao Estado e à sociedade reconhecê-la e protegê-la, o que reflete no amplo acesso de bens da vida a ser assegurado, como forma de garantir o pleno desenvolvimento ao ser humano, com a possibilidade de livremente tomar decisões relevantes sobre seu destino, impedindo que o indivíduo seja tratado como objeto. Ou seja, exige-se a intervenção do Estado, tanto impedindo a violação da condição humana do indivíduo quanto garantindo sua assistência, de modo a assegurar o poder de autodeterminação em suas escolhas fundamentais ou nos acessos a bens e serviços básicos.¹⁴²

¹³⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-98.

¹³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

¹⁴⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-98.

¹⁴¹ GONÇALVES, Heloísa Alva Cortes; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 129-145, jul/dez. 2013. p. 131.

¹⁴² BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-71.

O Estado Democrático e Social de Direito, outro fundamento para incidência de um mínimo existencial, funda-se no dever estatal de concretizar uma sociedade de bem-estar e de garantir uma participação democrática plena a todo indivíduo, de forma representativa ou participativa. Por outro lado, o pluralismo político, próprio desse regime, permite a manifestação da vontade popular na definição das prioridades, valorizando e legitimando a função legislativa na implementação de políticas públicas, bem como afastando desvios arbitrários e autoritários¹⁴³. Em tese, esse pluralismo assegurado pelo constituinte permite que camadas mais vulneráveis de nossa sociedade consigam romper a hegemonia das classes dominantes, facilitando que movimentos sociais tenham seus anseios atendidos¹⁴⁴. Ademais, o princípio da socialidade, também característica desse Estado, exige a mitigação da desigualdade social e o cumprimento de requisitos sociais mínimos para o próprio exercício da cidadania¹⁴⁵.

Esse modelo de Estado incorpora o princípio da igualdade material, substancial ou de fato, o qual se caracteriza como alicerce axiológico dos direitos sociais e como justificativa para as prestações materiais a serem exigidas perante o Estado, tornando clara a sociedade de bem-estar visada. O preceito da igualdade material reconhece a inerente diferença entre os indivíduos e enseja uma intervenção estatal no sentido de discriminações positivas, reconhecendo a diversidade que compõe uma sociedade plural e, em paralelo, corrigindo distorções que dificultem o desenvolvimento de uma sociedade justa¹⁴⁶, como, por exemplo, a redistribuição de riqueza¹⁴⁷.

A igualdade material busca a transposição de barreiras sociais e a garantia de meios mínimos que impeçam a realização pessoal e social do indivíduo, exigindo o absoluto respeito às diferentes formas de viver naturalmente, decorrentes da existência de valores culturais distintos, o que amplia as possibilidades de um desenvolvimento completo. A aplicação desse princípio exige a eleição de uma característica de fato que iguale ou desiguale dois sujeitos, justamente como forma de justificar e de legitimar eventual tratamento distinto ou igualitário, sendo as necessidades básicas um critério relevante para essa valoração, a qual deverá ter

¹⁴³ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 71-76.

¹⁴⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 1-270, jul./set. 2017. p. 128-129.

¹⁴⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 71-76.

¹⁴⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103-107.

¹⁴⁷ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019. p. 779.

presente a dimensão histórico-cultural dos indivíduos analisados. A preocupação com a tolerância e o respeito à diversidade deverá nortear a implementação de políticas públicas e a adoção de ações afirmativas, potencializando o desenvolvimento pessoal, sem que isso implique anulação da liberdade individual ou o enfraquecimento da autonomia de vontade.¹⁴⁸

Além da igualdade material, o princípio da solidariedade social também integra o núcleo formador de um Estado Democrático e Social de Direito como o brasileiro, igualmente servindo de fundamentação para formação da ideia de um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado. A incidência do preceito exige o reconhecimento das dificuldades sociais especialmente vividas por alguns membros da sociedade e o dever de contribuir do restante da sociedade para superação desses obstáculos, ou seja, assegurar a dignidade do indivíduo é uma questão da sociedade, e não exclusivamente individual, o que necessita a adoção de discriminações positivas como meio de suavizar essas dificuldades identificadas.

Cabe a um Estado solidário, portanto, dispor sobre direitos e deveres fundamentais que ensejem a intervenção estatal justamente para corrigir as dificuldades reconhecidas, através do emprego de ações e recursos para superação do quadro de adversidade e para satisfação de necessidades básicas de alguns indivíduos. Impõe-se à sociedade como um todo, não só ao Estado, o dever geral de contribuir para assegurar meios mínimos de desenvolvimento a todos seus membros, inclusive com o sacrifício de eventual direito subjetivo em benefício da existência digna do outro, servindo o princípio da solidariedade, inclusive, como vetor interpretativo na aplicação normativa.¹⁴⁹ Esse princípio também é fruto de uma consciência coletiva, independente da individual, capaz de propiciar uma coesão social suficiente a incluir o maior número de indivíduos na vida social¹⁵⁰.

Outro fundamento para concepção do mínimo existencial decorrente do ordenamento é o amplo rol de direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, o qual permite identificar diversos parâmetros fixados pelo constituinte e reforçar o caráter social do Estado brasileiro, imbuído no dever de construção de uma sociedade plural e de bem-estar, através da universalização da fruição dessa ampla listagem de prestações asseguradas. Essa existência de direitos sociais constitucionalmente expressos afasta do campo da discricionariedade as escolhas políticas para superação da miséria, as quais passam a ser

¹⁴⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103-107.

¹⁴⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-113.

¹⁵⁰ MELEU, Marcelino da Silva; THAINES, Aleteia Hummes. A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos. *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 1-280, jul./set. 2018. p. 193.

obrigatórias ao Estado, devendo a Administração Pública adotar os meios necessários a assegurar prestações materiais mínimas aos necessitados e a fruição de posições ativas a partir desses direitos sociais previstos.¹⁵¹ Embora o mínimo existencial retire do núcleo essencial dos direitos sociais parte substancial de seu conteúdo, principalmente as disposições de cunho prestacionais, deve-se ter claro que esses direitos não se reduzem ao mínimo existencial, sendo mais amplos e abrangentes¹⁵².

2.2. CONCEITO E FUNDAMENTALIDADE DO INSTITUTO

O mínimo existencial corresponde às condições mínimas a serem asseguradas em defesa de uma existência humana digna, condições que não podem ser objeto de intervenção estatal através de onerações excessivas e que, por outro lado, exigem a atuação positiva do Estado através da concessão de prestações materiais¹⁵³. No aspecto negativo destacado, o mínimo existencial garante imunidade sobre a incidência de eventual tributação que possa subtrair do indivíduo os meios indispensáveis a sua subsistência com dignidade, impedindo que o Poder Público onere de forma demasiado eventual renda ou patrimônio intimamente ligado ao fornecimento dessas condições básicas. Já em relação ao caráter positivo, o conjunto de ações estatais a serem prestadas deve atender às necessidades indispensáveis à satisfação da dignidade protegida¹⁵⁴.

O duplo aspecto destacado permite aferir que as necessidades básicas a serem asseguradas em favor de uma existência plena devem ser compreendidas como elementos que, uma vez suprimidos, interferem na possibilidade de sobrevivência do indivíduo e no gozo pleno de sua liberdade, atributos esses que devem ser assegurados de forma universal a todos, independentemente de condição financeira ou social¹⁵⁵. As prestações de natureza dúplice, que compõem o mínimo existencial, evidenciam sua natureza híbrida, já que têm como vocação principal tanto posições de defesa e proteção quanto posições de prestações materiais, ou seja,

¹⁵¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 76-79.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

¹⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35-36.

¹⁵⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 210.

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35-36.

pode-se afirmar que o mínimo existencial postula, com o mesmo vigor, abstenções, prestações normativas e prestações fáticas do Estado¹⁵⁶.

A existência plena aqui a ser assegurada não considera apenas a experiência física, como a simples sobrevivência ou a manutenção do corpo, mas também a espiritual e intelectual do indivíduo, o que possibilita o livre desenvolvimento de sua personalidade, permitindo a participação democrática efetiva nas esferas de deliberação pública¹⁵⁷. Ingo Sarlet pondera que “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia a mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta”¹⁵⁸, não podendo o mínimo existencial ser confundido com o mínimo vital, já que a vida não se reduz à simples existência, o que evidencia que somente haverá dignidade se houver alternativas de escolha. Impedir que alguém sucumba de fome é o primeiro passo para concretização do mínimo existencial, mas não o único¹⁵⁹. Além disso, o direito ao mínimo existencial é situacional e, não raramente, transitório, não podendo ser confundido com o direito à vida, o qual é de duração continuada, perdurando do nascimento até a morte. Ademais, a preservação de condições mínimas restringe-se aos intrinsecamente ligados às condições dignas da pessoa humana, não abrangendo direitos de pessoas jurídicas, mesmo que fundamentais¹⁶⁰.

Essa análise ampliadora da existência humana digna, bem jurídico tutelado pelo conceito de mínimo existencial, mostra-se relevante justamente para evitar sua redução ao mínimo vital, o que acabaria por restringi-lo às condições materiais mínimas para sobrevivência do indivíduo, colocando inevitavelmente a plenitude da vida em risco. Essa circunstância evidencia a presença de um componente sociocultural do mínimo existencial, o que decorre dos próprios fundamentos do instituto, quais sejam, preceito da dignidade da pessoa humana, Estado Democrático e Social de Direito e princípio da igualdade material.¹⁶¹ A inserção do indivíduo na vida social, a garantia de sua participação e integração na comunidade e o

¹⁵⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 171.

¹⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21-22.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21-23.

¹⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 35-36.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 24-25.

desenvolvimento de sua personalidade são elementos que integram esse componente sociocultural do mínimo existencial, sendo dele indissociáveis¹⁶².

Outro componente que compõe essa plena existência digna é o socioambiental, ou ecológico, o qual pode ser deduzido a partir do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, expressamente previsto em nossa Constituição Federal¹⁶³, bem como a partir de um cenário jurídico-político propiciado pela ideia da existência de um Estado Socioambiental de Direito. Esse componente socioambiental do mínimo existencial incorpora-se ao princípio da dignidade humana, exigindo padrões mínimos de qualidade dos recursos naturais disponíveis, o que se mostra essencial para o desenvolvimento da vida humana em toda a sua potencialidade. Exige-se que os riscos ambientais sejam ponderados no âmbito protetivo da vida, já que a salubridade do ambiente impacta decisivamente no desenvolvimento humano, havendo, inclusive, uma responsabilidade intergeracional.¹⁶⁴ Há uma incontestável ética ambiental em expansão, que exige visão integrativa da vida com o meio ambiente, segundo a qual o crescimento econômico perde força em detrimento do desenvolvimento sustentável e da perenidade de recursos¹⁶⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo que fundamenta o mínimo existencial, também serve de substrato para sua conceituação, já que se encontra intimamente ligado ao instituto. Embora a dignidade humana possa ser promovida em intensidades distintas, conforme a densidade normativa existente, é possível aferir um limite tolerável, abaixo do qual não haverá dignidade, em razão da absoluta insuficiência do Estado em proporcionar ao indivíduo garantias mínimas de uma vida digna. Deve-se ter claro que o desrespeito a esse limite pode decorrer tanto de ações estatais quanto de omissões do Poder Público, transgressões passíveis de ser aferíveis por consenso social¹⁶⁶.

¹⁶² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 195.

¹⁶³ CF/1988. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁶⁴ FENSTERSEIFER Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade, equilíbrio e segurança ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (pelas presentes e futuras gerações). In: PERALTA, Carlos E.; ALVARENGA, Luciano J.; AUGUSTIN, Sérgio (orgs.). **Direito e justiça ambiental**: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 74-96.

¹⁶⁵ CARDOSO, Giselle Maria Custódio. O Estado Socioambiental de Direito e a Garantia do Mínimo Existencial Ecológico para Indivíduos Humanos e Não Humanos. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 59-76, jan./jul. 2021.

¹⁶⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 211.

Ana Paula de Barcellos, ao tratar de tema, defende que a não garantia de condições elementares de dignidade importa ofensa ao aspecto material do preceito, defendendo que o “mínimo existencial e o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno”¹⁶⁷, ou seja, são coincidentes. O mínimo existencial, portanto, é a representação do núcleo valorativo do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, extrai seu conteúdo dos direitos fundamentais de todas as espécies, em uma verdadeira relação de complementaridade entre as normas. Nesse sentido, Daniel Hachem leciona que “direitos individuais, civis e políticos, requerem a garantia de condições materiais mínimas para o seu exercício, proporcionadas pelos direitos sociais, de modo que todos conjuntamente promovem a dignidade humana”¹⁶⁸.

O fato de o mínimo existencial reconhecer a dignidade da pessoa humana como base da organização social brasileira e eixo central do ordenamento, já que do preceito da dignidade retira seu objeto, evidenciando sua natureza de direito-condição. Nesse sentido, Eurico Bitencourt Neto defende que o respeito pela dignidade como valor central impõe resguardar “as condições materiais para que todos e cada um estejam aptos para fruir os direitos fundamentais consagrados, em todas as suas possibilidades e virtualidades”¹⁶⁹, ou seja, “a condição para a eficácia real dos direitos fundamentais é a garantia de um direito ao mínimo para uma existência digna”¹⁷⁰.

Além do fato de o mínimo existencial constituir, de certa forma, reserva de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, é possível identificar outra característica, a de direito sobre direitos, conforme lição do próprio Eurico Bitencourt Neto, o qual esclarece que o direito ao mínimo “não possui conteúdo próprio, distinto e complementar dos demais direitos fundamentais, mas é um direito ao cumprimento do mínimo de outros direitos fundamentais”¹⁷¹, no que for necessário para viabilizar meios materiais indispensáveis a uma existência digna. Esse atributo, o de ser um direito ao cumprimento do mínimo de outros direitos, também lhe confere o status de direito fundamental autônomo, uma vez que lhe concede o peculiar caráter

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 248.

¹⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. P. 89-90.

¹⁶⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 170.

¹⁷⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 170.

¹⁷¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 172-173.

instrumental à execução do núcleo de outros direitos fundamentais, os quais não necessariamente gozam dessa condição de indispensabilidade à existência digna. O direito ao mínimo existencial representa importante reforço argumentativo em favor da imediata materialização de prestações impreteríveis deduzidas a partir de outras normas.¹⁷²

E, nesse contexto, fruto de um catálogo constitucional aberto, é possível reconhecer o mínimo existencial como verdadeiro direito fundamental implícito no texto constitucional, segundo o qual é assegurado a cada indivíduo o direito a um conjunto de prestações estatais suficientes a oportunizar uma vida condigna¹⁷³. A fundamentalidade material do mínimo existencial decorre naturalmente da dignidade da pessoa humana, preceito que constitui elemento central do ordenamento jurídico brasileiro, representando uma decisão fundamental do constituinte sobre a estrutura básica de Estado e de sociedade almejados¹⁷⁴.

Sendo o mínimo existencial um direito fundamental implícito, seu conceito, acima enfrentando, não resta extraído da dicção expressa e direta da Constituição, originando-se a partir dos seus próprios fundamentos substanciais expostos no capítulo anterior (preceito da dignidade da pessoa humana, existência de um Estado Democrático e Social de Direito e amplo rol de direitos sociais constitucionalmente previstos), bem como dos demais direitos fundamentais distribuídos ao longo do texto constitucional, como os direitos de liberdade, o direito à vida, o princípio do devido processo, a garantia da livre iniciativa, as imunidades, entre outros. Além dos elementos essenciais presentes na Constituição brasileira, é possível identificar aspectos materiais tratados em outras normas, mesmo internacionais, algumas, inclusive, internalizadas pelo ordenamento pátrio, como é o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e da Convenção da OIT nº 169, que também contribuem na formação do conceito do instituto.¹⁷⁵

O reconhecimento do mínimo existencial como direito fundamental autônomo, intimamente ligado ao cumprimento do núcleo do preceito da dignidade da pessoa humana, repercute em sua forma de aplicação e estrutura normativa, ensejando o surgimento da corrente doutrinária chamada *mínimo existencial definitivo*, a qual reveste o instituto da natureza de regra jurídica, aplicável consoante a lógica do *tudo ou nada*. Para os adeptos dessa corrente, a

¹⁷² BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 173.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

¹⁷⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62-71.

¹⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

exigibilidade do mínimo existencial não poderia ser afastada por argumentos jurídico-normativos contrários, ocorrendo sua aplicação em termos absolutos, independentemente das circunstâncias elementares do caso concreto. A adoção dessa posição torna o mínimo existencial um interessante critério de justiciabilidade do conteúdo essencial irreduzível dos direitos fundamentais, viabilizando sua postulação em juízo, inclusive com a preponderância sobre outros argumentos jurídicos, tais como a reserva do possível e os princípios da separação de poderes e da legalidade orçamentária.¹⁷⁶ Além do critério de justiciabilidade, o mínimo existencial exige o exercício da função legislativa nas hipóteses de omissão normativa, inclusive com sujeição ao controle de constitucionalidade¹⁷⁷. De outro lado, há a corrente denominada *mínimo existencial prima facie*, a qual entende o mínimo existencial como princípio jurídico, sujeito a ponderações no caso concreto¹⁷⁸.

2.3. INSUFICIÊNCIA DE CONTEÚDO ÚNICO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Caracterizado o direito fundamental ao mínimo existencial, especialmente a partir da identificação dos elementos inseridos no instituto e de sua jusfundamentalidade, mostra-se oportuno adentrar no conteúdo propriamente das necessidades básicas a serem atendidas, as quais compõem e satisfazem esse mínimo indispensável para uma vida com dignidade. Após análise dos métodos adotados pela doutrina para fixação do conteúdo, será impositivo apreciar se as respectivas prestações atendem à plenitude das necessidades indígenas. Aqui, antes mesmo de adentrar nos critérios adotados por correntes doutrinárias distintas, impõe-se destacar que o caráter individual do ser humano conduz substancialmente as análises, o que não atende sociedades distintas da ocidental, concebidas a partir de coletividades, como a indígena.

Há consenso doutrinário quanto à variabilidade, no tempo e no espaço, do conteúdo do direito fundamental ao mínimo existencial, já que eventuais condições necessárias a garantir uma existência digna não são idênticas em países distintos, além de variarem sensivelmente de acordo com o momento histórico vivido por determinada sociedade. Quando da fixação do conteúdo, devem ser apreciados diversos fatores para uma apuração legítima, como padrões

¹⁷⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 361-363.

¹⁷⁷ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 129.

¹⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 361-363.

econômicos, sociais e culturais difundidos na sociedade em questão. Embora haja consenso quanto à variabilidade, há divergência quanto à forma de definição desse conteúdo, sendo interessante destacar duas correntes distintas, a denominada *conteúdo determinável no caso concreto* e a apelidada *rol constitucional preferencial*.¹⁷⁹

Para a corrente denominada *conteúdo determinável no caso concreto*, entende-se que o mínimo existencial carece de conteúdo específico, sendo somente possível definir seus contornos no caso concreto, diante da análise individualizada das circunstâncias fáticas e das necessidades da pessoa submetida à apreciação do Estado. O conjunto de prestações materiais, imprescindíveis à vida minimamente digna, deveria atender às díspares necessidades apresentadas por cada indivíduo, o que inevitavelmente varia, por exemplo, entre países distintos, momentos históricos sucessivos e realidades regionais diversas, inviabilizando a fixação prévia das necessidades a serem atendidas. Essa influência temporal e espacial no conteúdo do instituto indica a ausência de uniformidade na natureza das prestações a serem prestadas pelo Estado, as quais sofrem impacto direto em razão da especificidade do mínimo existencial para cada cidadão. Essa corrente é adotada pela doutrina majoritária, sendo adeptos nomes como Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet, Mariana Filchtner Figueiredo, Eurico Bittencourt Neto, José Carlos Francisco, Cláudia Honório e Rogério Gesta Leal.¹⁸⁰

Embora essa corrente entenda que o conteúdo deva ser fixado no caso específico, seus seguidores procuraram estabelecer parâmetros para a apreciação das condições materiais mínimas em cada situação, sugerindo indicativos extraídos a partir das experiências e de normas nacionais e internacionais. Eurico Bittencourt Neto defende que a identificação do conteúdo deve ocorrer “a partir de disposições constitucionais jusfundamentais e da identificação de necessidades concretas extraídas de um padrão de vida mais ou menos consolidado em dada sociedade”, adotando, como exemplo de parâmetro para definição do conteúdo, o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, o qual estabelece as necessidades vitais básicas a serem atendidas, como o salário mínimo, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, permitindo identificar as bases de uma existência digna para o

¹⁷⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 213.

¹⁸⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 214.

constituente¹⁸¹. Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet menciona que o conteúdo “não pode ser reduzido a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário determinado, visto que dependente de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de componentes de ordem social, econômica e cultural”¹⁸², estabelecendo um conteúdo de caráter ilustrativo, contendo saúde, educação, moradia, assistência, previdência social e fornecimento de serviços essenciais.

Por outro lado, há a corrente apelidada *rol constitucional preferencial*, segundo a qual – embora reconheça a variação em razão temporal e espacial – pode haver a definição do conteúdo a partir de um elenco preferencial extraído de cada ordenamento constitucional vigente, ou seja, a partir da decisão político-jurídica fundamental do constituinte. Ao apreciar a corrente contrária, pondera que aceitar um conceito completamente aberto e ampliado de mínimo existencial seria como o tornar suscetível de variações indiscriminadas a depender do caso e do intérprete, o que prejudicaria sua funcionalidade operacional, dificultando a definição das prestações materiais a serem atendidas e a exigibilidade imediata dessas judicialmente. Dessa forma, seria interessante estabelecer o conjunto de elementos essenciais a uma vida minimamente digna, a partir do sistema constitucional vigente de cada Estado, independentemente de dificuldades vivenciadas por um grupo determinado de indivíduos.¹⁸³

Ana Paula de Barcellos entende que é possível a concretização do mínimo existencial a partir dos elementos que compõem o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, o que é possível através da análise sistemática do ordenamento constitucional, e não simplesmente com base em escolhas aleatórias e desconexas de uma estrutura lógica existente e perceptível de nossa Constituição¹⁸⁴. Por sua vez, Daniel Wunder Hachem pondera que “a noção de mínimo existencial deve ser mais restrita e bem delimitada, para impedir que toda e qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social possa nele se ver incluída”¹⁸⁵, destacando que “os critérios da sobrevivência e da atenuação do sofrimento do

¹⁸¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 121-122.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 321.

¹⁸³ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 215-217.

¹⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 300-302.

¹⁸⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul**: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 215-216.

indivíduo, embora relacionados com a categoria em discussão, não são definitivos para inserir determinada prestação entre aquelas situadas na esfera do mínimo existencial”¹⁸⁶, já que o instituto não se prestaria a evitar qualquer forma de sofrimento.

Nesse sentido, a partir do núcleo material da dignidade da pessoa humana, Ana Paula de Barcellos formulou uma proposta acerca do conteúdo preferencial, e não absoluto, do mínimo existencial, dividindo as prestações em quatro grupos: a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Os três primeiros são de natureza material e o último, de natureza instrumental. A educação básica legitima-se por configurar-se como pressuposto da participação democrática e do próprio exercício da cidadania, ensejando o acesso gratuito à educação infantil, ao ensino fundamental e ao ensino médio. A saúde básica, por sua vez, englobaria as prestações de saúde disponíveis a todos, o que incluiria saneamento básico, atendimento preventivo e controle de doenças próprias da terceira idade, afastando a disponibilização do melhor ou do pior tratamento de saúde. Já a assistência aos desamparados busca impedir a indignidade em termos absolutos, compreendendo formas de transferência de renda mínima, alimentação, vestuário e abrigo. Por fim, o acesso à justiça agiria como instrumento capaz de assegurar a postulação em juízo dos direitos materiais integrantes do mínimo existencial, o que torna necessárias a eliminação de obstáculos, como o custo e a desinformação, e a participação de órgãos públicos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.¹⁸⁷

O conteúdo das prestações materiais mínimas, acima identificados, parte de uma análise substancialmente particular e individualista do ser humano, o que indiscutivelmente satisfaz indivíduos que compõem a sociedade hegemônica. Contudo, em razão de toda peculiaridade já delineada das sociedades indígenas, os desejos e as necessidades de grupos hegemônicos não atendem os membros dos povos originários, exigindo que o conteúdo das prestações materiais a garantir uma existência indígena plena seja apreciado de acordo com uma perspectiva absolutamente própria. Assim, é oportuno salientar que as condições básicas dos povos originários sejam deduzidas a partir do núcleo da dignidade existencial próprio, o que deve ser extraído dos direitos fundamentais indígenas fixados pelo texto constitucional, o que permite a preservação das características substanciais do instituto do mínimo existencial.

¹⁸⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 216.

¹⁸⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 300-349.

2.4. EXISTÊNCIA DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL PRÓPRIO

Diante de um contexto constitucional inovador de perenidade da condição indígena, o artigo 231 evidenciou a fundamentalidade dos direitos indígenas quanto à organização social, às expressões culturais e ao direito territorial, proteção esta que se faz necessária justamente como forma de atender ao propósito de construção de uma sociedade plural e solidária, almejada pelo constituinte e presente nos fundamentos e objetivos de nossa República. Desses direitos fundamentais indígenas, é possível extrair um elemento comum, presente em todos eles, o território tradicional, já que é a terra indígena o local genuíno de reprodução física e cultural de um organismo social coletivo único.

O território tradicional indígena corresponde à condição mínima material a ser assegurada em defesa de uma existência humana digna aos povos originários, já que as relações sociais e culturais indígenas se desenvolvem a partir das terras ocupadas, desenvolvimento que ocorre em verdade troca e dependência com os elementos naturais difundidos no meio ambiente que os circundam. A territorialidade constitui atributo da própria personalidade indígena, sendo seu traço mais marcante, apresentando ampla dimensão sócio-político-cosmológica para comunidade. Portanto, assegurar uma existência plena aos povos originários compreende resguardar seus territórios tradicionais, já que, uma vez suprimidos, interferem, não só na sobrevivência físicas dos indivíduos ocupantes, como no pleno gozo e no desenvolvimento de seus atributos sociais e culturais. A eliminação das terras indígenas implica inevitável erosão da identidade coletiva indígena, ou seja, impede a perenidade dos povos originários, facilitando sua descaracterização enquanto grupo étnico distinto da sociedade envolvente.

E o próprio texto constitucional procurou definir a territorialidade indígena, dando a ampla dimensão inerente ao tema. A norma constitucional caracteriza as terras tradicionais como as habitadas em caráter permanente pelos indígenas, “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”¹⁸⁸. O constituinte deixa clara a necessidade do território a ser garantido apresentar esses quatro atributos, os quais somente podem ser compreendidos conjuntamente, e não de

¹⁸⁸ CF/1988. Art. 231. (...) § 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.

forma isolada¹⁸⁹. Mostra-se inadequado definir o território somente como local de habitação, já que é a soma desse espaço, juntamente com as áreas necessárias à atividade produtiva, à preservação ambiental e à reprodução física e cultural do grupo, que definem a territorialidade indígena, evidenciando uma concepção ampliada em relação ao previsto em textos constitucionais anteriores¹⁹⁰. Acolheu-se a noção de hábitat, dando um tratamento constitucional à posse indígena, e não civilista, o que foge da ideia de apreensão física de um bem imóvel, conceito que não abriga as áreas necessárias à reprodução plena de um povo, nas quais devem estar incluídos os espaços sagrados e de manutenção da vida social, não somente moradia ou habitação.

As prestações a serem asseguradas por um mínimo existencial indígena, ora identificado, são de natureza dúplice, sendo possível identificar tanto uma posição defensiva e protetiva quanto uma posição prestacional, a serem exigidas do Estado.

Em seu aspecto negativo, o mínimo existencial indígena garante a preservação do território indígena contra interferências do Poder Público e do restante da sociedade, impedindo que qualquer medida legislativa, administrativa ou particular, suscetível de afetá-lo, ocorra sem que haja prévio consentimento dos respectivos povos atingidos pelo ato estatal, o que atende à necessidade de consulta prévia prevista no artigo 6º da Convenção nº 169 da OIT¹⁹¹. Essa prestação de natureza protetiva do mínimo existencial legitima a atuação do Estado na conservação da integridade ambiental dos territórios indígenas, bem como na eventual imposição ao particular de reparação integral de eventuais danos ambientais provocados em terras tradicionais, o que observaria, inclusive, a outro direito constitucionalmente previsto, a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹⁹².

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 872.

¹⁹⁰ DUPRAT, Débora. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

¹⁹¹ Convenção nº 169/OIT. Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

¹⁹² CF/1988. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

Já em relação ao caráter positivo, o conjunto de ações estatais a serem prestadas deve garantir o reconhecimento do território tradicional indispensável à satisfação da dignidade protegida, o que exige e legitima que o Estado instaure e conclua os processos administrativos de demarcação de terras indígenas, permitindo o desenvolvimento de uma existência plena aos indígenas. Deve-se ter claro que o principal elemento a ser aferido através de estudos antropológicos de identificação, a serem realizados ao longo do processo demarcatório, é a tradicionalidade da ocupação, a qual guarda íntima ligação com a maneira com que se dá a relação dos indígenas com a terra e com o desenvolvimento de seus usos e costumes, não se confundindo com ocupação imemorial, tampouco remetendo a uma ideia de permanência física em um local num período histórico determinado, o que afasta a necessidade de resgate de terras ocupadas no passado e perdidas na memória¹⁹³. A tradicionalidade das terras indígenas não possui um modelo preestabelecido, cristalizado ou perene e, embora traga um aspecto de repetição e continuidade histórica, não necessariamente se vincula a um passado distante, imemorial, uma vez que a expropriação propiciada por séculos de integração provocou inevitáveis processos de ressignificações e novas formulações, com o surgimento de novas etnias e novos povos, o que não pode ser ignorado pelo ordenamento constitucional e servir de fundamento para não incidência da norma¹⁹⁴.

Além do reconhecimento e da preservação do território indígena como prestações materiais a serem asseguradas pelo mínimo existencial indígena, é possível identificar uma prestação de natureza iminentemente instrumental, a concessão de poder de polícia à entidade pública, incumbindo-a do dever de fiscalizar as infrações ocorridas no âmbito territorial dos povos originários, o que permitiria que servidores públicos exercessem de forma mais eficiente a repressão contra irregularidades perpetrados dentro dos territórios indígenas, através, por exemplo, da utilização de arma de fogo, da restrição de acesso de indivíduos não autorizados de forma mais contundente e da lavratura de autos de infração com a imposição de eventuais multas administrativas e da destruição de instrumentos utilizados em ilícitos apurados. Pondera-se que a lei que criou a FUNAI, Lei nº 5.371/67, conferiu à autarquia o exercício do poder de polícia nas áreas de interesse indígena¹⁹⁵, contudo, tal poder não restou regulamentado, o que dificulta a atuação de seus servidores.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 873.

¹⁹⁴ ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 214-215.

¹⁹⁵ Lei nº 5.371/67. Art. 1º Fica o Govêmo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada "Fundação Nacional do Índio", com

Portanto, é possível identificar a existência de um mínimo existencial indígena, em razão de necessidades básicas próprias dos povos originários, do qual foi possível deduzir duas prestações de natureza material, o reconhecimento e a preservação dos territórios tradicionais indígenas, e uma de natureza instrumental, a concessão de poder de polícia à entidade pública. Tais prestações resguardam o elemento central da existência plena dos povos indígenas, a territorialidade. Pondera-se, ainda, que o mínimo existencial propriamente indígena, ora deduzido, mereceu adaptação somente em relação ao seu conteúdo, restando plenamente preservados os fundamentos e o conceito originais do instituto.

Embora o instituto do mínimo existencial careça claramente de um tratamento dogmático específico, seus fundamentos delineados no presente trabalho demonstram com clareza a necessidade de se atender às peculiaridades das comunidades indígenas. A dignidade da pessoa humana, eixo central do ordenamento jurídico brasileiro, exige que o Estado garanta o pleno desenvolvimento a todo ser humano, com a possibilidade de livremente tomar suas decisões, o que, no caso indígena, só pode ser atendido se observada sua peculiaridade inata.

A concretização de uma sociedade de bem-estar, característica do Estado Democrático e Social de Direito, exige que as necessidades próprias indígenas sejam atendidas, sob pena de esvaziamento do próprio modelo de Estado. O princípio da solidariedade social enseja o reconhecimento de dificuldades sociais especialmente vividas por parcelas de nossa sociedade, como a indígena, assegurando a contribuição de todos na superação de obstáculos identificados. Por sua vez, o princípio da igualdade material, também consagrado no modelo de Estado brasileiro, exige a intervenção estatal no sentido de corrigir distorções que dificultem o desenvolvimento de uma sociedade justa, transpondo barreiras sociais, o que, no caso indígena, é perfeitamente identificado, através de séculos de expropriações territoriais. Já o amplo rol constitucional de direitos sociais, nos quais se incluem direitos fundamentais assegurados aos povos originários, serve de parâmetro para a construção de um instituto que atenda suas necessidades básicas, garantindo uma vida plena.

O conceito doutrinariamente adotado de mínimo existencial também permite a observância da especificidade indígena e da consequente adaptação do conteúdo à realidade dos povos originários, uma vez que a compreensão da existência humana digna já contempla elementos suficientes a legitimar a existência de um mínimo existencial indígena, sem que ocorra uma subversão do instituto original. Como já destacado acima, a existência humana

as seguintes finalidades: (...) VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

digna é composta por diversos elementos, como o vital, o sociocultural e o socioambiental, todos esses concedendo o devido respaldo para adaptação do instituto às necessidades básicas dos povos originários e na identificação de prestações materiais próprias a atender essas necessidades.

A adaptação realizada mostra-se importante, em razão do mínimo existencial constituir relevante instrumento de concretização de políticas públicas. A identificação de prestações materiais que integrem o núcleo da dignidade indígena, ao mesmo tempo que justificam a existência de mínimo existencial próprio, reforçam a proteção territorial garantida pelo artigo 231 do texto constitucional, revestindo o direito originário indígena de maior exigibilidade e maior vinculação, o que repercute numa maior justiciabilidade em juízo, imune à incidência de excludentes, bem como numa maior legitimidade da própria Administração na efetivação de uma política indigenista de Estado, com a retomada da conclusão de procedimentos administrativos em tramitação há anos.

3. MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL

3.1. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STF ACERCA DA OCUPAÇÃO TRADICIONAL INDÍGENA

Embora o Supremo Tribunal não tenha dado origem aos elementos que compõem o marco temporal, o julgamento da PET 3.388 respaldou e desenvolveu a tese, sendo responsável pela difusão de seus critérios quanto ao reconhecimento do direito territorial indígena. Tal circunstância demonstra a pertinência da análise da jurisprudência histórica e atual do Supremo Tribunal Federal, como forma de apreciar o desenvolvimento dos referenciais adotados, ao longo das décadas, para reconhecimento do direito originário às terras tradicionais, culminando no exame do julgamento do RE 1.017.365, o qual superou a tese do marco temporal. Oportuno enfatizar que o estudo jurisprudencial, aqui proposto, restringe-se substancialmente a averiguar os critérios empregados no reconhecimento do direito originário e na abrangência do conceito de território indígena utilizados pela jurisprudência, não se detendo no procedimento demarcatório e em seus efeitos.

Como metodologia adotada, esclarece-se que o estudo deu especial ênfase aos julgados acima mencionados, procurando examinar seus elementos e os precedentes expressamente citados e utilizados na fundamentação. Associado a esse parâmetro, adotaram-se pesquisas livres de jurisprudência no próprio *site* da Suprema Corte, utilizando, na indexação, termos usuais correlacionados à matéria, como *território tradicional*, *direito originário* e *terras indígenas*. Oportuno apontar, ainda, que a pesquisa não ficou restrita às ementas dos julgados, sendo a íntegra dos votos também objeto de consulta, inclusive eventuais votos divergentes. Esse cuidado e a preocupação com as sucessivas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal se justificam em razão da necessidade de apurar os elementos que compõem a evolução do conceito de marco temporal, possibilitando uma análise crítica substancial através da confrontação da tese com o direito originário assegurado no texto constitucional.

3.1.1. Primeira fase: posse imemorial

Em 1961, antes do advento da atual Constituição Federal, em 1988, houve o julgamento do RE 44.585, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Estado do Mato Grosso ao dispor sobre a redução de área indígena anteriormente demarcada. Na oportunidade,

o Min. Victor Nunes Leal asseverou que não estava em discussão a posse em sua acepção civilista, mas sim o hábitat de um povo, no qual se incluem as áreas que fornecem os alimentos necessários à subsistência da comunidade, não devendo necessariamente haver construções ou obras permanentes. Adotar entendimento diverso, segundo o julgador, implicaria confinar os indígenas somente aos seus aldeamentos, nos quais haveria a materialização da posse civil, o que não corresponderia ao almejado pela Constituição da época, de 1946, uma vez que o texto constitucional dispunha no sentido da preservação de todas as características culturais primitivas, incluindo a manutenção de todo ambiente ecológico explorado pelos indígenas que ainda não houvessem sido incorporados aos hábitos e costumes da intitulada civilização colonizadora. Por outro lado, em voto vencido, o Min. Relator, Ribeiro da Costa, entendeu pela constitucionalidade da norma estadual, já que não teria ocorrido o despojamento dos indígenas com a retificação da área demarcada, uma vez que teria sido conservada a posse atual e constante das terras nas quais se achavam permanentemente localizados.¹⁹⁶

No ano de 1983, durante o julgamento da ACO 278, que discutia a desapropriação indireta em razão da criação do Parque Nacional do Xingu, o STF, em relatoria do Min. Soares Muñoz, reconheceu o cabimento da indenização ao particular, em razão de não ter havido demonstração da existência de hábitat imemorial de indígenas na região do parque, tendo somente sido comprovada, pela Funai e pela União, a perambulação de povos originários na área. Inclusive, foi mencionada perícia judicial que referia que as terras do ambiente ecológico sociocultural indígena, em que havia hábitat etno-histórico constituído, haviam sido excluídas quando da criação do parque, o que provocava a evasão de indígenas da região para retorno às suas áreas de origem. Foi pontuado, ainda, que o texto constitucional de 1967 somente protegia a posse de indígenas que viviam à margem da civilização, constituídos em núcleos populacionais primitivos.¹⁹⁷ Em seguida, no ano de 1985, o STF se posicionou no mesmo sentido em caso análogo, apreciado na ACO 297, de relatoria do Min. Oscar Corrêa¹⁹⁸.

Já em 1993, após o advento do atual texto constitucional de 1988, o Min. Relator Francisco Rezek, no julgamento da ACO 323, que declarou a nulidade dos títulos de

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 44.585/MT. Relator: Min. Ribeiro da Costa, 30 de agosto de 1961. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur312968/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 278/MT. Autor: Oswaldo Daunt Salles do Amaral. Réus: União e Funai. Relator: Min. Soares Muñoz, 10 de agosto de 1983. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34676/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 297/MT. Autor: Julio de Queiroz Filho. Réus: União, Funai e Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Oscar Corrêa, 2 de maio de 1985. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109997/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

propriedade emitidos em sobreposição a terras indígenas, reconheceu a proteção constitucional de áreas indígenas de ocupação imemorial, a despeito de eventuais desocupações coercitivamente impostas. Na oportunidade, o Min. Néri da Silveira, ao acompanhar o Relator, destacou que as terras indígenas de ocupação devidamente comprovada ao longo dos tempos não restariam descaracterizadas pela violenta remoção imposta no caso.¹⁹⁹

3.1.2. Segunda fase: marco temporal

Contudo, partir de 1998, com o julgamento do RE 219.983, que discutia o domínio de terras situadas em antigos aldeamentos indígenas, o STF, de forma majoritária, passa a se distanciar do reconhecimento do direito indígena sobre posses imemorais. O Min. Relator, Marco Aurélio de Mello, destacou que a Constituição Federal de 1988 teria deixado explícita a necessidade da posse atual indígena para reconhecimento do território tradicional, o que não abarcaria áreas ocupadas em tempos idos. Ponderou que, em nome da segurança jurídica, seria preponderante a necessidade de se dar maior atenção para a realidade, em outras palavras, a posse atual. No mesmo sentido, o Min. Nelson Jobim também se manifestou no julgamento, defendendo que a atualidade da posse indígena constituiria requisito fático e histórico para comprovação da tradicionalidade do território, sendo a atualidade elemento que atenderia ao conceito objetivo de posse e que deveria ser agregado ao território possuído de forma tradicional. Prossegue, afirmando que a tradicionalidade estaria ligada à forma de possuir a terra, e não à posse imemorial.²⁰⁰

Oportuno asseverar, ainda, que outro precedente julgado nesse mesmo sentido, o RE 249.705, de relatoria do Min. Moreira Alves, em 1999, ensejou a edição da 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”²⁰¹.

Em 2008, quando do início do julgamento da ACO 312, que tratava de títulos de propriedade emitidos em área indígena, o Min. Relator, Eros Grau, manifestou-se no mesmo

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 323/MG. Autor: Funai e União. Réus: Estado de Minas Gerais e outros. Relator: Min. Francisco Rezek, 14 de outubro de 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34501/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 219.983/SP. Recorrente: União. Recorrido: Francisco Nacarato e outra. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de dezembro de 1998. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101703/false>. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 650. 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. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, p. 3, 09 out. 2003.

sentido do anteriormente mencionado voto do Min. Marco Aurélio de Mello no RE 219.983, esclarecendo que a teoria do indigenato exposta por João Mendes deveria ser acatada com ressalvas, bem como reforçando que termos como *tradicional* e *permanente* não se utilizam como sinônimos de posse imemorial. Contudo, mesmo afastando o direito indígena sobre posses imemorais, reconheceu, no caso, a existência de posse permanente e de habitação a configurar a ocupação tradicional da área em litígio, em razão das diásporas ocorridas na localidade, originadas da violência empregada por forasteiros, não terem gerado o abandono completo da área, o que foi identificado em laudo antropológico.²⁰²

No julgamento da PET 3.388, em março de 2009, de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, o STF adotou o marco temporal para identificação da ocupação tradicional, fixando a data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, como referencial insubstituível para o reconhecimento do direito territorial originário indígena, afastando a tradicionalidade das terras que viessem a ser ocupadas posteriormente, bem como das já ocupadas em épocas remotas, referencial que melhor refletiria o propósito constitucional de estabelecer baliza objetiva para reconhecimento do território tradicional, evitando a proliferação artificial de novos aldeamentos e coibindo a expulsão violenta de comunidades com o propósito de descaracterizar a ancestralidade da ocupação.

O julgamento de 2009 acolheu, nos termos do voto-vista do Min. Menezes Direito, a teoria do fato indígena como critério constitucional, o que se deu na tentativa de prestigiar a segurança jurídica, evitando dificuldades práticas no momento de eventual investigação imemorial e remota da ocupação, critério que retirou, em parte, o aspecto temporal da posse indígena, bastando que fosse demonstrada a presença constante e persistente indígena e sua respectiva extensão geográfica na data de promulgação da Constituição. Entendeu-se que o texto constitucional exigiria permanência atual e futura, não passada.²⁰³ Ao julgado não foi concedido efeito vinculante, não se estendendo seus fundamentos, de forma automática, a outros processos similares, ressalvada a força moral e persuasiva inerente a qualquer decisão da Suprema Corte, o que exige, ao menos, o ônus argumentativo para superação²⁰⁴.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 312/BA. Autor: Funai. Réu: Ananias e outros. Relator: Min. Luiz Fux, 2 de maio de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur226728/false>. Acesso em: 3 mar. 2023.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388 ED/RR. Embargante: Augusto Affonso Botelho Neto. Embargado: União. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em: 29 mar. 2023.

Embora, para reconhecimento da tradicionalidade, tenha sido adotada como referência a ocupação na data promulgação do texto constitucional, também foi reconhecido o direito originário sobre terras cuja reocupação apenas não tivesse ocorrido em decorrência de renitente esbulho, perante o qual os indígenas tivessem demonstrado resistência à época da promulgação. Portanto, nas hipóteses em que a persistência do esbulho perpetrado não tenha arrefecido a capacidade de afirmação territorial da comunidade, com a tentativa notória e latente de reocupação territorial, estaria preservado o direito territorial originário, mesmo que o referencial objetivo, ocupação em 1988, não fosse atendido.²⁰⁵ Em posterior julgado, o STF procurou caracterizar o renitente esbulho de forma mais clara, dispondo sua configuração em duas hipóteses, controvérsia possessória judicializada ou conflito deflagrado na área, materializado por circunstâncias de fato²⁰⁶.

O julgamento da PET 3.388 também dispôs sobre as áreas incluídas no conceito de território indígena protegido, englobando todas as terras necessárias e imprescindíveis ao pleno desenvolvimento da comunidade. Essas áreas estariam contidas em quatro círculos concêntricos idealizados pelo então Min. da Justiça Nelson Jobim, quando da decisão administrativa proferida no procedimento de demarcação do Território Indígena Raposa Serra do Sol, o qual serviu de pano de fundo para própria discussão travada no STF. Segundo o relator, esses quatro círculos concêntricos refletiriam o propósito constitucional e evidenciariam o caráter meramente declaratório de uma situação jurídica preexistente, retratando o indissociável laço existente entre cada etnia indígena e suas terras. Os círculos corresponderiam a áreas assim dispostas: (a) as destinadas à habitação permanente; (b) as empregadas em suas atividades produtivas; (c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar de cada etnia/grupo; e (d) as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.²⁰⁷

Esse entendimento no sentido da fixação do marco temporal foi mantido pelo STF no julgamento do RMS 29.087 em 2014, oportunidade em que o redator do acórdão, Min. Gilmar Mendes, declarou a nulidade do processo administrativo de demarcação de território

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). ARE 803.462 AgR/MS. Agravante: Tales Oscar Castelo Branco. Agravado: União. Relator: Min. Teori Zavascki, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur291967/false>. Acesso em: 29 mar. 2023.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

indígena, afirmando a necessidade de comprovação da posse indígena em 5 de outubro de 1988, data da promulgação do texto constitucional, no intuito de evitar recuos históricos. Ao longo do voto condutor, restou exposto que a comunidade indígena foi desapossada da área nos anos 1940, por pressão de fazendeiros, não havendo presença indígena havia mais de 70 anos, o que seria insuficiente a atender o marco referencial adotado pela Corte. Prossegue, citando o voto do Min. Nelson Jobim no RE 219.983, o qual serviu de precedente para edição da Súmula 650 do próprio Tribunal, bem como fazendo referência ao julgamento do caso Raposa Serra do Sol (PET 3.388). Ponderou, ainda, que o marco temporal carece do complemento da tradicionalidade da ocupação, que consiste na efetiva relação de pertencimento dos indígenas com a terra ocupada, e que a palavra *tradicionalmente* não pode ser compreendida como posse imemorial.²⁰⁸

3.1.3. Terceira fase: ocupação tradicional

Entretanto, a partir do julgamento conjunto das Ações Originárias 362 e 366 em 2017, que versavam sobre a dominialidade originária da área correspondente ao Parque Indígena do Xingu, nota-se nova mudança majoritária de posicionamento, com alteração do entendimento que preponderou nas duas décadas anteriores. Na oportunidade, o Relator, Min. Marco Aurélio de Mello, reconheceu o direito indígena ao referir laudo antropológico realizado nos autos, o qual comprovava que não apenas a totalidade do parque era de ocupação tradicional, como também muitas áreas adjacentes, afastando qualquer pretensão particular indenizatória. Após proferir seu voto, o relator ponderou que não estava cedendo a uma postura politicamente correta e não aceitaria patrulhamento. A Min. Carmem Lúcia, ao acompanhar o voto do relator, asseverou que a Constituição Federal de 1988 fortalecera a tutela do indigenato, reconhecendo como imprescritíveis os direitos decorrentes da ocupação tradicional. No mesmo sentido, o Min. Luís Roberto Barroso sustentou a possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas, mesmo que eventuais comunidades não estivessem na área por terem sido retiradas à força, já que somente eventual saída voluntária do território, com o desfazimento dos laços culturais, seria suficiente a descaracterizar a tradicionalidade. O julgado

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). RMS 29.087/DF. Recorrente: Avelino Antonio Donatti. Recorrido: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Redator: Min. Gilmar Mendes, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur280522/false>. Acesso em: 3 mar. 2023.

histórico de relatoria do Min. Victor Nunes Leal, RE 44.585, datado de 1961, foi amplamente citado pelos julgadores.²⁰⁹

No julgamento da ACO 304, finalizado em 2020, também tendo como objeto a dominialidade de terras indígenas demarcadas, o redator do acórdão, Min. Edson Fachin, ponderou que a posse indígena não se iguala à posse civil, já que representaria a própria formação da identidade da comunidade, não se qualificando como mera aquisição do direito ao uso da terra, devendo a delimitação da extensão de suas terras ser analisada a partir de todos os atributos inerentes à posse indígena. Além do voto do Min. Fachin, oportuno destacar o voto do Min. Ilmar Galvão, relator originário do feito, proferido em 2002, quando destacou que a identificada posse xavante na região estava em plena concordância com o conceito de indigenato, o qual não coincidia com o conceito de posse, nem domínio, em sentido civilista, tratando-se, na realidade, do hábitat de um povo, englobando as áreas que fornecem recursos alimentícios ou que, de alguma forma, são necessárias à subsistência, mesmo que tal povo não possuisse construções ou que houvesse frequentes deslocamentos dentro dela. Ambos os votos fizeram expressa menção ao entendimento exposto pelo Min. Victor Nunes Leal, no julgamento do RE 44.585, datado de 1961.²¹⁰ Em caso semelhante tratado na ACO 365, julgado em 2021, a Min. Relatora, Rosa Weber, dispôs no mesmo sentido, destacando o caráter originário e congênito do direito dos povos indígenas sobre suas terras²¹¹.

Após esses recentes julgados, a superação do marco temporal, como critério do reconhecimento territorial, ocorreu definitivamente no julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365, oportunidade em que foram fixadas três teses a respeito do tema. A primeira esclarece que a proteção constitucional aos direitos originários independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho. Por sua vez, a segunda reconhece que o território indígena, em sua plenitude, constituiu posse tradicional distinta da posse civil, conferindo um tratamento constitucional à matéria. Já a terceira tese sobre o tema identifica o laudo antropológico como um dos elementos

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 362/MT. Autor: Estado do Mato Grosso. Réus: União e Funai. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374747/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ACO 304/MT. Autor: Agropecuária Serra Negra Ltda. e outro. Réu: União e Funai. Relator: Min. Ilmar Galvão; Redator: Min. Edson Fachin, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109998/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). ACO 365/MT. Autor: Estado do Mato Grosso. Réu: União e Funai. Relatora: Min. Rosa Weber, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur457478/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

fundamentais para demonstração da tradicionalidade da ocupação.²¹² Em seu voto proferido em 2021, o Relator, Min. Edson Fachin, asseverou que a tradicionalidade da ocupação indígena deve ser apurada por laudo antropológico, sendo inadequada a fixação de marco temporal para sua averiguação, em razão da manifesta fundamentalidade do direito originário²¹³. Prosseguiu, fazendo expressa menção ao instituto do indigenato, segundo o qual a posse indígena não se sujeita à legitimação, sendo a ocupação tradicional apenas passiva de declaração de sua existência, não sendo a respectiva posse fonte de aquisição de direito²¹⁴. O recurso foi submetido à sistemática de repercussão geral, o que lhe conferirá eficácia vinculante quando transitado em julgado.

Verifica-se, portanto, que o STF inicialmente se posicionava no sentido do reconhecimento da posse imemorial indígena como direito territorial assegurado, independentemente de eventual desocupação involuntária forçada por elementos externos à comunidade, bastando a respectiva comprovação da ocupação histórica na localidade. Contudo, a partir de 1998, com o julgamento do RE 219.983, a maioria dos membros do STF passou a se distanciar do reconhecimento do direito indígena sobre posses imemorais, o que restou sedimentado no julgamento da PET 3.388, em 2009, oportunidade em que restou fixado o marco temporal como critério para aferir a tradicionalidade de eventual ocupação indígena, o que contou com forte influência do posicionamento dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Alberto Menezes Direito. Recentemente, a partir do julgamento da Ações Originárias 362 e 366, em 2017, nota-se a superação do marco temporal e certa retomada ao anterior posicionamento da Suprema Corte, com evidente prestígio do histórico voto proferido pelo Min. Victor Nunes Leal em 1961, no julgamento do RE 44.585. Contudo, nessa nova fase, a proteção sobre as ocupações imemorais dá espaço ao respaldo às terras tradicionais, o que reflete a própria mudança constitucional.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

²¹³ MINISTRO FACHIN CONSIDERA QUE POSSE DA TERRA INDÍGENA É DEFINIDA POR TRADICIONALIDADE, E NÃO POR MARCO TEMPORAL. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 09 set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472697&ori=1>. Acesso em: 29 mar. 2023.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

3.2. TEORIA DO FATO INDÍGENA

Após a análise da jurisprudência exarada pela Suprema Corte ao longo dos anos, mostra-se necessário adentrar nos elementos que compõem os referenciais adotados pelos julgados que difundiram a aplicação do marco temporal, através da apreciação detalhada da teoria do fato indígena, a qual serviu de fundamento jurídico para sua propagação. Pondera-se que a teoria do fato indígena, embora traga influências parlamentares²¹⁵, legais, doutrinárias e jurisprudenciais antecedentes, surge de forma nominalmente contundente e difundida a partir do voto proferido pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito no julgamento da PET 3.388, em 2009, o qual influenciou decisivamente o resultado do julgado, já que foi expressamente referido no respectivo dispositivo, além de ter sido expressamente adotado nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e, inclusive do próprio relator, Carlos Britto²¹⁶. O voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, proferido no julgamento da PET 3.388, conferiu clara sistematização à teoria do fato indígena, permitindo a identificação do desenvolvimento teórico de dois marcos, o temporal e o da tradicionalidade, além de um conceito restritivo de território tradicional.

Segundo a teoria do fato indígena, fixa-se a data da promulgação do atual texto constitucional, 5 de outubro de 1988, como o marco temporal para aferição da tradicionalidade de eventual ocupação indígena, dispensando considerações sobre a idade da posse, numa expressa tentativa de prestigiar a segurança jurídica e evitar possíveis dificuldades em investigações imemoriais de ocupações analisadas. Sustenta-se que as terras indígenas são as ocupadas atualmente, não incluídas as que foram somente em tempos idos e que não mais são, ou seja, as terras eventualmente abandonadas não se prestariam à qualificação da ocupação como tradicional. Defende-se, de forma clara, que a posse permanente, prevista no texto constitucional, corresponde à ocupação atual com perspectiva de constância futura, não havendo garantia de resgate a posses passadas. Assim, a constatação do fato indígena impediria qualquer revisão fundada em conveniência e oportunidade da Administração, já que a

²¹⁵ AMADO, Luiz Henrique Eloy. Na pauta do Supremo, as Terras Indígenas: precisamos nos mobilizar para a defesa da vida dos povos indígenas. **Mídia Ninja**, 12 mai. 2022. Disponível em: <https://midianinja.org/luizhenriqueeloy/na-pauta-do-supremo-as-terras-indigenas-precisamos-nos-mobilizar-para-a-defesa-da-vida-dos-povos-indigenas/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

identificação da área indígena se esgotaria com a demarcação, vedada a alteração com base em circunstâncias fáticas passadas ou supervenientes.²¹⁷

Além do requisito temporal, a teoria do fato indígena adota outro marco, o da tradicionalidade como referencial necessário ao reconhecimento do direito territorial indígena, o qual indicaria o modo de ocupação do território e a maneira pela qual os indígenas se relacionariam com a terra, repercutindo na extensão geográfica a ser declarada. A identificação do fato indígena dispensaria considerações sobre a imemorialidade da posse, ao mesmo tempo que exigiria clara comprovação da presença indígena constante e persistente na área à data da promulgação da Constituição, o que deveria ser apurado com base em critérios e metodologia próprios da antropologia, a partir de dados disponíveis e das informações obtidas em campo. Ou seja, o procedimento de demarcação deveria apurar a forma com que se dá a presença indígena identificada na data da promulgação da Constituição, o que restou denominado como fato qualificado.

A partir dessa presença qualificada, seria necessário estabelecer a extensão geográfica da ocupação tradicional, devendo englobar todas as expressões próprias da posse indígena. Na tentativa de esclarecer as áreas incluídas na ocupação tradicional, o Min. Carlos Alberto Menezes Direito evidencia a influência do Min. Nelson Jobim na construção da teoria do fato indígena, adotando a tese dos círculos concêntricos desenvolvida pelo magistrado, já referida no capítulo anterior, segundo a qual parte da habitação permanente serve como parâmetro inicial a ser utilizado na identificação das terras indígenas, constituindo a base ou o núcleo da ocupação das terras, a partir da qual as demais expressões dessa ocupação deveriam se manifestar. Para o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, todos os elementos que compõem a ocupação tradicional são fatos a ser averiguados por estudos próprios, porém tal entendimento contraria a própria tese original do Min. Nelson Jobim, o qual restringia a comprovação fática à habitação e às áreas empregadas em atividades produtivas.²¹⁸

O Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ao fundamentar sua teoria, segue expressamente a linha desenvolvida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o qual, ao procurar definir *terras tradicionalmente ocupadas*, defende que as áreas habitadas carregam o sentido de localidade em que a comunidade está, onde esta vive e cresce naturalmente, não tratando o

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

hábitat como lugar indefinido ou como qualquer lugar próprio ao crescimento natural. Prossegue, destacando que o sentido usual de hábitat não deixa de apontar para ideia de localidade ou circunstância em que eventual ser vivo cresce naturalmente, de modo não ocasional, por razões próprias da sua cultura, e não por razões externas.

Nesse contexto, somente seriam áreas habitadas as localidades efetivamente ocupadas na data da promulgação da Constituição. Este parâmetro também foi estendido às terras utilizadas nas atividades produtivas, o que exigiria que, naquele momento, ocorresse a utilização para a produção no sentido cultural. Já as terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos indígenas e às necessárias à reprodução física e cultural da comunidade seriam condições adotadas para qualificação das terras habitadas, descabendo utilizá-las como instrumento para alargar as terras tradicionais, o que evidencia uma evidente concepção restritiva da territorialidade indígena.²¹⁹

O julgado também se baseia expressamente no entendimento do doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho, segundo o qual a correta extensão da proteção territorial indígena garantida pelo texto constitucional exigiria a verificação da presença da comunidade na data da promulgação da Constituição²²⁰, o que foi absorvido evidentemente na formulação do principal referencial adotado pela teoria do fato indígena. O doutrinador também questionava a abrangência da definição de terras tradicionalmente ocupadas, criticando a inclusão das áreas necessária à reprodução física e cultural dos povos originários, ponderando que tão larga seria essa caracterização que seria mais adequado ao constituinte discriminar as terras suscetíveis de ocupação por não índios²²¹.

Outro autor citado para embasar a teoria do fato indígena, José Afonso da Silva, defende em sua obra que as terras tradicionalmente ocupadas não devem ser compreendidas como ocupação imemorial, já que o termo *tradicional* não teria propriamente o sentido de uma relação temporal, o que foi destacado no voto proferido pelo Min. Menezes Direito, já citado. Contudo, José Afonso da Silva conceitua a tradicionalidade em contexto distinto do empregado pelo STF, já que não o faz para descaracterizar o direito originário, tampouco para afastar a possibilidade de que posses imemorais também sejam tradicionais. Ao argumentar que não haveria correspondência entre terras tradicionalmente ocupadas com posses imemorais, o

²¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 3, p. 689-699, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/92>. Acesso em: 8 mar. 2023.

²²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 117-118.

²²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

doutrinador o faz somente no intuito de esclarecer que o termo tradicional “não se refere a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção”²²². Prossegue o autor, esclarecendo que o direito territorial dos indígenas não se funda em eventual título substantivo, mas sim em direitos originários, assentados diretamente do indigenato, inclusive fazendo expressa menção ao Alvará de 1º de abril de 1680, que reconhecia aos índios as terras onde estão.²²³ Portanto, não há correspondência entre a essência do fato indígena e o defendido por José Afonso da Silva.

Ainda na tentativa de caracterizar as terras indígenas, o fato indígena descreve os fatores expostos pelo jurista Luiz Armando Badin para identificar a adequada extensão do território indígena, o qual seria composto pelos seguintes elementos: temporal; econômico; ecológico; cultural; e demográfico. Contudo, para o jurista citado, o termo *terra tradicionalmente ocupada*, adotado pelo constituinte, possui, na realidade, conceito muito sutil, o qual, embora não seja ligado necessariamente à posse física e atual da terra, nem remonte a tempos imemoriais, apresenta inerente dimensão temporal própria da ideia de tradição, segundo a qual o legado cultural se transmite por gerações. Nesse sentido, defende que a terra indígena deve ser tratada como parte da herança cultural de um povo, a qual é transmitida de pais para os filhos, o que a distancia do poder de fato civilista empregado pela teoria em análise. Prossegue o autor, esclarecendo que eventualmente uma ocupação tradicional pode ser desprovida de posse atual, o que ocorre nos casos de povos removidos à força de suas terras, circunstância que não afasta a tradicionalidade.²²⁴ Ou seja, a posição de Luiz Armando Badin também não respalda a teoria do fato indígena, embora por ela tenha sido mencionada.

3.3. INCONSISTÊNCIAS DA TEORIA DO FATO INDÍGENA

Após exame histórico dos julgados da Suprema Corte, foi possível identificar os fundamentos usualmente adotados, cabendo, agora, a análise direta e crítica dos elementos que compõem a teoria do fato indígena que serviram de sustentação para fixação e difusão da tese do marco temporal, destacando sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional.

²²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 856.

²²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 855-856.

²²⁴ BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 51, n. 190, p. 127-141, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://labadin.adv.br/sobre-o-conceito-constitucional-de-terra-indigena/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

O texto constitucional foi claro em reconhecer aos indígenas o direito originário sobre suas terras, o que significa sua preexistência à criação do próprio Estado brasileiro, sendo decorrência natural da própria condição indígena, não se sujeitando a qualquer elemento externo para sua incidência ou sua extinção. Tal interpretação decorre da perenidade da identidade indígena resguardada pela Constituição de 1988, a qual suprime a possibilidade de assimilação cultural prevista nas constituições anteriores, ao mesmo tempo que garante a plenitude de seus atributos, como organização social, costumes, crenças, línguas, tradições e territorialidade. Esse cenário não comporta condicionar o direito territorial ao preenchimento de requisitos para sua incidência, já que a territorialidade constitui elemento indissociável dos demais atributos e, em conjunto com esses, deve ser protegido e preservado, sob pena de evidente desintegração étnica de um povo.

Ao dispor sobre a territorialidade indígena, a norma constitucional expressamente assegura o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam os povos, sendo oportuno fazer uma distinção entre o modo de aquisição do direito (direito originário) e seu objeto (terras tradicionalmente ocupadas). O direito territorial indígena é fruto de aquisição originária, própria da condição do indivíduo indígena, o que advém do próprio texto constitucional, bem como da própria teoria do indigenato, a qual prevê a existência de um título inato de domínio das terras, de forma imediata e não sujeita à legitimação, imune a qualquer pretensão possessória externa. João Mendes entendia ser a territorialidade um direito congênito e primário, sendo inconcebível exigir que os indígenas tivessem de adquiri-la por simples ocupação, o que acabaria por reduzi-la a uma simples posse. Por outro lado, o objeto desse direito originário respaldado, as terras tradicionalmente ocupadas, deve ser apurado no âmbito de estudos antropológicos de identificação suficientes a aferir a forma de uso da terra e a respectiva extensão, o que deve ser realizado no âmbito do procedimento demarcatório próprio, acompanhado dos demais estudos complementares.

O STF, ao adotar o fato indígena como fundamento para aplicação do marco temporal, acabou incorporando a posse atual como elemento da tradicionalidade da ocupação, o que não compõe sua essência e favorece sua descaracterização, ao mesmo tempo que é adotado como fundamento para supressão do direito originário à terra, embora a aquisição desse direito decorra da própria condição indígena. A tradicionalidade do território indígena compreende seu modo de ocupação, guardando relação com a forma como ocorre o desenvolvimento de seus usos e costumes pelos povos, não se confundindo com ocupação imemorial, tampouco remetendo a uma ideia de permanência física em um local num período

histórico determinado. Contudo, o STF, ao exigir a posse atual, acabou se valendo de característica que não compõe a ocupação tradicional justamente para descaracterizá-la, afastando o reconhecimento de eventuais ocupações imemoriais suprimidas por condutas expropriatórias, favorecendo a manutenção de práticas integracionistas.

A teoria do fato indígena, ao partir do pressuposto de ocupação atual, ignora séculos de uma cultura integracionista, a qual, respaldada por constituições pretéritas, favoreceu fortemente a incorporação de indígenas a uma suposta comunhão nacional, o que denotava claramente a existência indígena à margem do que se entendia ser uma nação, a qual não via na pluralidade sociocultural um elemento do Estado brasileiro. Exigir a comprovação de posse datada em um local específico respalda justamente essa cultura assimilacionista, porque concede tratamento transitório à identidade indígena, condicionando sua territorialidade à comprovação de um fato que desconsidera o direito originário e congênito, bem como despreza um passado que subjugou a condição indígena, deslocando comunidades, confinando grupos em áreas restritas e descaracterizando etnias.

Condicionar o direito originário à comprovação de presença indígena constante e persistente em território específico, denota o nítido caráter civilista adotada pela teoria do fato indígena, já que justamente se funda no conceito de posse acolhido pelo diploma civil, favorecendo a desconstrução da territorialidade indígena. A posse indígena não guarda relação com o exercício dos poderes de fato inerentes à propriedade, inexistindo relação fática sobre um determinado bem a ser demonstrada, uma vez que a ocupação tradicional não comporta a ideia de território como bem, e sim como hábitat, no qual não necessariamente haverá presença física, construções ou obras permanentes. Exigir que as áreas que compõem o território tradicional sejam fatos passíveis de serem observados e constados, demandando a respectiva identificação da presença indígena, acabaria invariavelmente impondo algum tipo de presença física na totalidade do território, contrariando frontalmente a ideia de ocupação tradicional que não necessariamente implica apreensão física da terra.

O tratamento civilista fica mais acentuado com a hipótese de renitente esbulho desenvolvida no âmbito do fato indígena, uma vez que se criou uma opção de convalidação de eventual esbulho perpetrado em território indígena, no momento no qual a comunidade não demonstre mais resistência e não haja mais tentativa notória e latente de reocupação territorial, o que equivaleria à hipótese civilista de término da violência ou da clandestinidade, a partir da qual seria legítima eventual posse. Ademais, restringir o reconhecimento da tradicionalidade de áreas expropriadas às que tenham sido objeto de resistência notória seria claramente tolerar a

remoção de grupos indígenas de suas terras, sem a possibilidade de retorno, o que criaria uma exceção não prevista no texto constitucional, já que a transitoriedade das hipóteses de remoção toleradas é evidente na Constituição Federal.

A imprescindibilidade da posse física indígena e a previsão do instituto do renitente esbulho não observam o direito originário previsto no texto constitucional, acabando por favorecer e incentivar a ocupação por terceiros não indígenas, uma vez que toleram a aquisição de terras indígenas por terceiros, o que viola frontalmente o atributo constitucional da imprescritibilidade do direito territorial dos povos originários, já que possibilita a legitimação da ocupação de não indígenas em áreas usurpadas, esvaziando a garantia constitucional à posse permanente e ao usufruto exclusivo das terras indígenas. Desconsidera-se, também, o fato de as terras indígenas serem bens da União, o que tornaria eventual ocupação de não indígena mera detenção, sequer passível de convalidação. Portanto, o tratamento civilista empregado à matéria ignora a dominialidade pública da área, permitindo, contra a lei, a legitimação de uma simples detenção.

Outro ponto que merece uma análise crítica é o conceito de *território indígena* adotado a partir da teoria dos círculos concêntricos. Na tentativa de descrever a ocupação tradicional indígena, a teoria do fato indígena incorpora a tese dos círculos concêntricos (marco da tradicionalidade), a qual tem a habitação permanente como parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas, servindo de centro da ocupação do território, a partir do qual identificar-se-iam as demais áreas em sobreposição, o que confronta severamente o conceito antropológico de ocupação tradicional. O território indígena não pode ser concebido como espaço homogêneo, já que os elementos que o compõem estão naturalmente distribuídos de forma desigual, sem necessária simetria, o que é acentuado quando se comparam grupos indígenas com formas de ocupação distintas, circunstância que acentua a ineficiência de um conceito único e estanque. Enquanto um grupo pode possuir aldeamento em um lugar de modo claro e definitivo, outro pode apresentar habitação itinerante dentro do seu território, ficando claro que os elementos apresentam relevâncias e localizações distintas para cada etnia. Ou seja, os círculos concêntricos acabam simplificando e homogeneizando a forma de demarcação do território indígena, o que favorece sua descaracterização, mostrando-se insuficiente.

Por fim, assevera-se que a fixação do marco temporal se fundou na expressa tentativa de prestigiar a segurança jurídica, o que não se confirmou na prática, já que as áreas indígenas demarcadas continuam alvos de constantes violações por não indígenas, podendo ser citado, como exemplo, o notório caso do território indígena Yanomami, objeto de duradouras

e sucessivas invasões por garimpeiros, o que ensejou grave crise humanitária²²⁵. Também não se mostrou razoável a tentativa de se evitarem dificuldades em investigações imemoriais de ocupações tradicionais, uma vez que as demarcações restaram interrompidas de 2016 a 2023, existindo centenas de procedimentos pendentes de conclusão, o que representa severo prejuízo à efetividade da norma constitucional²²⁶.

Nesse cenário, a adoção da teoria do fato indígena, no qual se incluiu a tese do marco temporal, apresenta diversas inconsistências no âmbito constitucional, o que sugeriria sua superação, o que de fato foi reconhecido pelo STF no recente julgamento do RE 1.017.365. Em tese fixada, a Suprema Corte expressamente dispôs 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 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição”²²⁷. Na oportunidade, o STF também destacou o laudo antropológico como um dos elementos fundamentais para demonstração da tradicionalidade da ocupação e reforçou a necessária distinção entre ocupação tradicional indígena e posse civil, asseverando que a posse tradicional consiste “na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”²²⁸, deliberações que atendem a ampla abrangência do conceito de território indígena.

A ruptura do assimilacionismo proposta pelo ordenamento constitucional, no qual a identidade indígena passa a ser assegurada de modo perpétuo, e a perenidade do direito territorial originário são decorrências lógicas de uma interpretação sistemática das normas vigentes. Não se comporta a adoção de critérios restritivos que favoreçam a limitação de atributos garantidos à coletividade indígena, sendo a impreterível necessidade de reparação de um passado expropriatório e genocida, elemento indissociável da análise, já que atende a um

²²⁵ OLIVEIRA, José Carlos. Terra Yanomami é palco de “tragédia humanitária”, dizem especialistas. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 14 jul. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/898328-terra-yanomami-e-palco-de-tragedia-humanitaria-dizem-especialistas/>

²²⁶ AUGUSTO, Otávio. Quatro a cada 10 terras indígenas não tiveram demarcação iniciada. **Metrópoles**, 26 jun. 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/quatro-a-cada-10-terras-indigenas-nao-tiveram-demarcacao-iniciada>.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

²²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

pluralismo sociocultural almejado pela nossa Constituição, na busca de uma identidade nacional legítima e múltipla.

3.4. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Prosseguindo na análise crítica da tese do marco temporal, inserida no âmbito da apreciação da teoria do fato indígena, mostra-se necessário adentrar na análise da constitucionalidade de seus elementos, como forma de prosseguir na análise fundamentada do tema, evitando eventual juízo superficial, embora não haja a pretensão de se esgotar a matéria. Inclusive, os elementos que compõem a teoria do fato indígena foram recentemente incluídos no projeto de lei nº 490/2007 aprovado pela Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal, onde tramitou como projeto de lei nº 2.903/2023²²⁹, e também recebeu aprovação²³⁰. Contudo, encaminhado à Presidência da República, o chefe do executivo federal vetou parcialmente o projeto de lei, sob a justificativa da inconstitucionalidade e de contrariedade ao interesse público²³¹. Todo esse contexto reforça a pertinência da discussão acerca do tema, possibilitando a confrontação do direito originário previsto no texto constitucional com entendimentos restritivos propagados.

O caput do artigo 4º do projeto de lei evidenciava dois elementos que não constam na redação constitucional²³². Primeiro, ao caracterizar as terras tradicionais, restringe-se àquelas ocupadas na data da promulgação da Constituição Federal, englobando justamente o elemento do marco temporal. Esse elemento é reforçado no § 2º, o qual traz, também, a hipótese do renitente esbulho como exceção ao marco temporal, já que sua ocorrência serviria para não

²²⁹ PROJETO DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS CHEGA AO SENADO. *Senado Notícias*, 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/01/projeto-do-marco-temporal-das-terras-indigenas-chega-ao-senado>. Acesso em: 20 ago. 2023.

²³⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888?_gl=1*1vqn0ck*_ga*NjA3MjkzNzYwLjE2NDIxMDAzOTc.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NzAzMTE3Mi42LjAuMTY5NzAzMTE3Mi4wLjAuMA. Acesso em: 11 out. 2023.

²³¹ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

²³² Projeto de Lei nº 2.903/2023. Art. 4º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, **na data da promulgação da Constituição Federal**, eram, **simultaneamente**: I - habitadas por eles em caráter permanente; II - utilizadas para suas atividades produtivas; III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (...) (grifo nosso)

descaracterizar a ocupação tradicional²³³. Já o § 3º, por sua vez, traz o conceito de renitente esbulho, sendo o conflito possessório materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada²³⁴. Ao mesmo tempo que o marco temporal é uma realidade no projeto proposto, o marco da tradicionalidade também consta na sua redação, uma vez que, no próprio caput do artigo 4º, incluiu a expressão *simultaneamente* ao tratar das características que compõem o território tradicional, o que evidencia a tentativa de limitar o território tradicional a áreas que englobem, ao mesmo tempo, todas as características atribuídas à terra indígena pela Constituição. Ou seja, todos os elementos difundidos na teoria do fato indígena estão presentes.

Vigora no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da supremacia da constituição, o qual coloca a lei suprema do Estado no vértice do sistema jurídico nacional, conferindo legitimidade aos atos estatais na medida em que o texto constitucional é observado, já que deste decorre a própria estruturação da sociedade e as normas fundamentais que devem preponderar sobre as demais. A validade dos atos administrativos realizados e das normas jurídicas editadas somente será possível se compatível com a Constituição Federal, uma vez que dela se origina toda a autoridade da atuação dos Poderes políticos e a competência dos órgãos públicos. Essa supremacia do texto constitucional exige que todas as situações jurídicas se conformem com os preceitos constitucionais, o que requer a atuação positiva compatível e a aplicação da norma de modo satisfatório, sob pena de inconstitucionalidade.²³⁵

Quando ocorrer a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem substancialmente as normas ou os princípios constitucionais, gerando a incompatibilidade vertical dos atos editados frente ao texto da Constituição, haverá a inconstitucionalidade por ação, a qual não pode perdurar justamente em razão do princípio da coerência e da harmonia entre as normas existentes no ordenamento jurídico²³⁶. Já quando o conteúdo de norma ou de ato for incompatível com a Constituição Federal, evidencia-se a inconstitucionalidade material, em razão da não conformação substancial às regras e aos princípios constitucionais, estando o

²³³ Projeto de Lei nº 2.903/2023. Art. 4º. (...) § 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. (...)

²³⁴ Projeto de Lei nº 2.903/2023. Art. 4º. (...) § 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada. (...)

²³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 47-49.

²³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

ato normativo em descompasso com o disciplinado pelo texto constitucional, o que deve ensejar sua declaração de nulidade. A liberdade do legislador deve ser exercida dentro dos limites estabelecidos pelo constituinte, segundo padrões de proporcionalidade e observada a finalidade almejada pela norma constitucional correspondente, sendo vedada a atuação legiferante excessiva ou insuficiente. Cabe ao legislador atuar de modo suficiente a atender à exigência da norma constitucional, de modo a assegurar a efetiva proteção do direito constitucional, sob pena de violação da cláusula de vedação de tutela insuficiente.²³⁷

A incorporação do marco temporal por eventual norma evidencia a hipótese manifesta de inconstitucionalidade material por ação, já que haveria substancial afronta ao disposto no artigo 231 da Constituição Federal. O texto constitucional foi claro em reconhecer aos indígenas o direito originário sobre suas terras, como decorrência natural da própria condição indígena, o que não comporta o condicionamento a requisitos para reconhecimento, sob pena de desintegração étnica dos povos originários. O território tradicional não constitui o direito originário, e sim representa o objeto dele, o que atende a perenidade da condição indígena assegurada pela Constituição, evitando que a descaracterização do território sirva de subterfúgio para supressão do direito.

Exigir a comprovação de posse fática na data da promulgação do texto constitucional seria conceder tratamento civilista ao tema, incorporando elemento que sequer compõe o território indígena para descaracterizá-lo, o que facilitaria e incentivaria práticas expropriatórias, em clara violação ao texto constitucional. Essa inconstitucionalidade se mantém com a previsão do renitente esbulho, uma vez que tratá-lo como hipótese de *convalidação* de eventual posse não indígena reforça o tratamento civilista da matéria, além de exigir o conflito para reconhecimento do direito territorial, o que se mostra desarrazoado. O instituto do renitente esbulho inegavelmente acentua condutas integracionistas através da exigência de embate físico para reconhecimento de um direito originário, o que acaba por tolerar remoções forçadas não permitidas pelo texto constitucional, além de violar os atributos constitucionais da indisponibilidade e da imprescritibilidade.

O marco da tradicionalidade também seria passível de declaração de inconstitucionalidade material por ação, já que, a exemplo do marco legal, afronta diretamente o texto constitucional, corrompendo o conceito de território tradicional trazido pela Constituição. Pretender que uma área apresente simultaneamente as características territoriais

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

trazidas pelo artigo 231 da Constituição (habitação, produção, reprodução e preservação), implicaria reduzir à ocupação tradicional aos locais de habitação dos povos originários, ignorando severamente a ideia de tradicionalidade, a qual não corresponde a presença física na totalidade da terra. Ademais, o texto constitucional evidentemente não adota a simultaneidade como elemento territorial, o que alteraria substancialmente a ideia de território tradicional. Deve-se ter claro que os elementos que o compõem o território tradicional estão naturalmente distribuídos de forma desigual, sem necessária simetria, o que deve ser aferido em laudo antropológico adequado, e não de forma homogênea e prévia. No julgamento da PET 3.388, o marco da tradicionalidade era caracterizado pelos círculos concêntricos, o que foi, de certa forma, adaptado pelo Projeto de Lei nº 2.903/2023, no momento em que esse exige a simultaneidade dos elementos territoriais indígenas numa mesma área.

Destaca-se que o argumento da inconstitucionalidade outorga ao chefe do Executivo uma faculdade importante dentro do sistema de controle preventivo de constitucionalidade, o poder de veto a projeto de lei, podendo ser negada sanção em razão de manifesta contrariedade ao ordenamento constitucional, o que deverá se dar de forma substancialmente fundamentada, com pouca margem para discricionariedade. Trata-se de veto jurídico, realizado antes do projeto transformar-se em lei, o qual pode ser acompanhado de veto político, na hipótese de falta de interesse público. Diante do veto, o órgão legislativo poderia apreciar sua derrubada em sessão conjunta, por maior absoluta.²³⁸ Além do controle preventivo pelo próprio executivo, eventual projeto de lei aprovado poderia sofrer o controle repressivo de constitucionalidade pelo Judiciário, o qual poderia ocorrer de modo difuso, por qualquer juiz ou tribunal, ou concentrado, pelo STF ou TJ, a depender da origem da norma²³⁹.

E esses elementos de inconstitucionalidade material acima identificados foram expressamente reconhecidos no veto presidencial proferido ao Projeto de Lei nº 2.903/23. Ao vetar o artigo 4º do projeto, o Presidente dispôs que a “proposição legislativa, ao apresentar a tese do marco temporal e seus desdobramentos, incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público por usurpar direitos originários previstos no caput do art. 231 da Constituição Federal”²⁴⁰. O veto também deu enfoque relevante à necessidade de preservação

²³⁸ CAMBI, Eduardo. Controle preventivo de constitucionalidade sob a ótica das minorias parlamentares. **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**, São Paulo, v. 10, p. 969-986, ago. 2015. RT online.

²³⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; NASCIMENTO, Gabriel Biondes. Controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 121, p. 141-157, set./out. 2020. RT online.

²⁴⁰ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

do interesse público no caso, ponderando que os componentes contidos na tese do marco temporal desconsideram “a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas”²⁴¹.

3.4.1. Inconvencionalidade

Os elementos que evidenciam a inconstitucionalidade material de eventual projeto de lei que incorpore os aspectos propostos pela teoria do fato indígena também servem para demonstrar sua inconvencionalidade, o que amplia o normativo protetivo sobre o tema, exigindo que as normas a serem editadas atendam a todo um sistema protetivo que resguarda o direito territorial indígena.

O controle de convencionalidade corresponde à “compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”²⁴², consistindo em “um mecanismo complementar e coadjuvante ao controle de constitucionalidade, visando a adaptar ou conformar os atos e as leis produzidos internamente aos compromissos de direitos humanos assumidos pelos Estados na esfera internacional”²⁴³. O pedido principal da ação de controle de convencionalidade será a declaração de inconvencionalidade da norma objeto de análise, com produção de efeitos *ex tunc*, devendo a decisão tornar inválidos todos os atos decorrentes da aplicação daquela norma²⁴⁴.

Caracteriza-se como controle de convencionalidade internacional “aquele realizado pelos tribunais internacionais de Direitos Humanos, tais quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, que, em sua nascente, foram criadas justamente com o fim de promover e garantir os Direitos Humanos no ordenamento

²⁴¹ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

²⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

²⁴³ MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: Editora JusPodivum, 2018.

²⁴⁴ MALHEIRO, Emerson Penha; SILVA, Aline Games Guaraldo da. Controle de convencionalidade nos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1028, p. 181-204, jun. 2021. RT online.

jurídico internacional”²⁴⁵, cujo objetivo é fiscalizar a fiel aplicação dos acordos pelos signatários do diploma. Por outro lado, o controle de convencionalidade interno é “aquele promovido pelo próprio Estado signatário de um Tratado Internacional, sendo aplicado pelos juízes e pelos tribunais nacionais”²⁴⁶, com o intuito de fiscalizar a compatibilidade das normas domésticas com os mandamentos convencionais de direitos humanos mais benéficos, incorporados pelo ordenamento, o que poderá ser dar de forma concentrada ou difusa, a exemplo do controle de constitucionalidade. Pondera-se que o controle abstrato só poderá ocorrer em “paradigma aos Tratados Internacionais ratificados no ordenamento interno pelo quórum qualificado, uma vez que possuem equivalência à emenda constitucional”²⁴⁷.

Diante desse cenário de controle de convencionalidade, tanto o marco temporal quanto o tradicional evidenciam clara afronta à previsão expressa contida na Convenção da OIT nº 169²⁴⁸, a qual conceitua as terras indígenas de forma mais ampla do que o próprio texto constitucional, ao referir que “abrange a totalidade do hábitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”²⁴⁹. Assim, tratando-se de norma internacional internalizada ao ordenamento jurídico nacional, com status de supralegalidade²⁵⁰, cabe aos atos normativos observarem suas disposições.

²⁴⁵ MALHEIRO, Emerson Penha; SILVA, Aline Games Guaraldo da. Controle de convencionalidade nos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1028, p. 181-204, jun. 2021. RT online.

²⁴⁶ MALHEIRO, Emerson Penha; SILVA, Aline Games Guaraldo da. Controle de convencionalidade nos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1028, p. 181-204, jun. 2021. RT online.

²⁴⁷ MALHEIRO, Emerson Penha; SILVA, Aline Games Guaraldo da. Controle de convencionalidade nos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1028, p. 181-204, jun. 2021. RT online.

²⁴⁸ Assinada a Convenção, o Brasil depositou o respectivo instrumento de ratificação junto à OIT na data de 25 de julho de 2002, após a devida aprovação pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 143 de 2002, promulgando o texto pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, momento em que o tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, o decreto de promulgação originário foi revogado e substituído pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019, hoje em vigência.

²⁴⁹ Convenção nº 169/OIT. Artigo 13 (...) 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. (...)

²⁵⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

4. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO

4.1. ATRIBUIÇÃO E NATUREZA DA DEMARCAÇÃO

O processo administrativo de demarcação constitui ato tipicamente administrativo, objetivando a identificação e a demarcação dos territórios indígenas, a partir da análise do elemento da tradicionalidade, o que aprecia a forma de utilização da terra pelos povos originários, não guardando relação com a recuperação de posses imemoriais. Conforme expressa previsão do artigo 231 da Constituição Federal, competem exclusivamente à União, através do Executivo Federal²⁵¹, a demarcação e a proteção das terras indígenas, o que guarda coerência com o fato das áreas tradicionais serem de domínio da União, por disposição do artigo 20, XI, da Constituição Federal. Ademais, compete privativamente à União legislar sobre populações indígenas, conforme disposto no artigo 22, XIV, do texto constitucional.

Embora a competência administrativa seja da União, o artigo 19 da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio)²⁵² e o artigo 1º, *caput*, do Decreto nº 1.775/1996 efetivaram a descentralização de parte da atividade administrativa²⁵³, outorgando à FUNAI a iniciativa e o processamento do processo demarcatório. Além disso, através da técnica da desconcentração²⁵⁴, restou atribuído ao Ministério da Justiça, a atribuição pela declaração, por portaria, dos limites da terra indígena, determinando a respectiva demarcação, conforme disposição do § 10º do artigo 1º, do Decreto nº 1.775/1996. Assim, restou ao Executivo Federal somente a ultimação do processo demarcatório, através da homologação por decreto, em atenção ao artigo 19, § 1º, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio)²⁵⁵ e ao artigo 5º do Decreto nº 1.775/1996²⁵⁶. Nesse

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

²⁵² Lei nº 6.001/73. Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. § 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

²⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

²⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

²⁵⁵ **Lei nº 6.001**. Art. 19. (...) § 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. (...)

²⁵⁶ Decreto 1.775/96. Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

contexto, o processo administrativo de demarcação reveste-se da característica de ato complexo, dependendo da manifestação integrada de vontades independentes de diversos agentes estatais distintos²⁵⁷.

Por outro lado, não há de se falar em qualquer atribuição do Congresso Nacional para tal finalidade, já que a atuação constitucional do Legislativo, em matéria indígena, restringe-se à autorização de exploração de recursos hídricos e de riquezas minerais disponíveis em terras tradicionais (art. 49, XVI, CF), bem como à deliberação quanto a eventual remoção provisória de grupos indígenas de suas terras, nas hipóteses de interesse da soberania nacional e de catástrofe ou epidemia (art. 231, 5º, CF). Embora seja atribuição exclusiva do Executivo Federal, nada impede que o Presidente da República consulte o Conselho de Defesa Nacional nas hipóteses constitucionalmente estabelecidas, especialmente em casos envolvendo áreas indispensáveis à segurança do território nacional e localizadas em faixas de fronteira (art. 91, III, § 1º, da CF)²⁵⁸.

O evidente interesse da União e da FUNAI nos procedimentos demarcatórios evidenciam a competência absoluta da justiça federal para processar e julgar as causas correspondentes, por expressa previsão constitucional do artigo 109, I, da Constituição Federal²⁵⁹. A competência da justiça federal é reforçada pelo inciso XI, do mesmo dispositivo constitucional, o qual prevê a atribuição do juízo federal para decidir acerca da disputa sobre direitos indígenas, o que afasta maiores controvérsias sobre o tema. Contudo, mostra-se oportuno um breve resgate histórico, asseverando que, até a vigência do texto constitucional de 1969, havia o entendimento que a intervenção da FUNAI somente acarretava o deslocamento do feito ao juízo federal, nas hipóteses de litígio envolvendo direito próprio da autarquia, o que não abarcava a atuação sob o então vigente regime tutelar indígena, instituído pelo Estatuto do Índio, caracterizado pela mera representação em favor dos povos originários. Tal entendimento ocasionava que disputas territoriais entre particulares e indígenas fossem travadas no juízo estadual, o que foi superado pelo texto constitucional de 1988.²⁶⁰

²⁵⁷ CRUZ, André Gonzalez. O ato concessivo de aposentadoria, reforma ou pensão, o princípio constitucional da segurança jurídica e a decadência administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 966, p. 83-106, abr. 2016. RT online.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

²⁵⁹ CF/1988. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). RE 183.188/MT. Recorrente: Comunidade Indígena de Jaguapiré e outros. Recorrido: Octávio Junqueira Leite de Moraes e cônjuge. Relator: Min. Celso de Mello, 10 de

Já quanto ao efeito, o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas possui evidente natureza declaratória, uma vez que o direito originário indígena ao território tradicional é decorrente da própria condição indígena, independentemente da conclusão de eventual processo administrativo correspondente, o qual apenas observará direito indígena preexistente ao próprio texto constitucional, e não constituirá eventual direito à ocupação²⁶¹. Inclusive, nesse sentido é própria tese fixada pelo STF no julgamento do RE 1.017.365²⁶². A atuação da administração, nessa hipótese, será vinculada, somente cabendo ao administrador proceder a demarcação quando preenchidos os requisitos legais, com pouco margem para liberalidade do administrador, sendo o motivo do ato de direito, extraído diretamente do texto constitucional, efetivado por escolha do legislador constituinte²⁶³. O procedimento consistirá, portanto, na simples exteriorização de propriedade da União e na afetação formal da área à função de hábitat da etnia ocupante, em razão da previsão constitucional²⁶⁴.

Nesse sentido, mostra-se oportuno destacar o julgamento da ACO 312 pelo STF²⁶⁵, oportunidade em que se analisou o caso de terra indígena que, embora tivesse sido demarcada, não havia sido objeto da respectiva homologação, o que causou fragilidade na situação jurídica posta e propiciou um ambiente de violência e medo na região. No julgamento, somente com a prolação de um voto contrário, a Suprema Corte reconheceu que a ausência de homologação do procedimento demarcatório não inibe a existência da área indígena, sendo que o direito à posse permanente decorre diretamente do texto constitucional.

O professor Carlos Marés, por sua vez, destaca que a finalidade da Constituição, ao ordenar a demarcação das terras indígenas, é proteger e respeitar os bens de cada povo indígena, sendo o procedimento administrativo mero instrumento, não elemento constitutivo. Prossegue, asseverando que a terra indígena não se define pela demarcação, mas sim pela ocupação

dezembro de 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur36687/false>. Acesso em: 27 ago. 2023.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

²⁶² (...) I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena; (...)

²⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 312/BA. Autor: Funai. Réu: Ananias e outros. Relator: Min. Luiz Fux, 2 de maio de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur226728/false>. Acesso em: 3 mar. 2023.

tradicional indígena, o que deve ser apurado segundo critérios antropológicos de identificação, levando em conta toda profundidade da organização social do grupo interessado e a amplitude do conceito de território indígena trazido pelo texto constitucional. Ou seja, qualquer procedimento administrativo de demarcação que não atenda a plenitude da territorialidade indígena, segundos os usos, os costumes e as tradições do povo interessado, viola o próprio comando constitucional.²⁶⁶

O procedimento demarcatório busca, portanto, tão somente a delimitação de área tradicionalmente ocupada pelos povos originários, cujo direito é reconhecido pela Constituição Federal, em seu artigo 231, embora já encontrasse, em parte, respaldado pelo antecedente artigo 25 da Lei 6.001²⁶⁷ de 1973. Contudo, esse mencionado artigo 25 exige uma análise com ressalvas, já que sua redação defendia que o reconhecimento do direito territorial indígena atenderia à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, situações que nos remetem à tese do marco temporal e a posses imemoriais, respectivamente, o que não encontra amparo no atual texto constitucional, o qual, rompendo com o paradigma assimilacionista, adere à ideia de tradicionalidade da ocupação, não ignorando deslocamentos forçados que ocorreram ao longo de séculos e episódios expropriatórios que ainda persistem²⁶⁸.

A natureza declaratória do procedimento demarcatório repercute na análise do artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual concede à União o prazo de 5 anos, contados da promulgação da Constituição, para concluir a demarcação das terras indígenas. O mencionado dispositivo constitucional transitório tem caráter programático, e não peremptório, já que não se trata de prazo decadencial sujeito a eventual preclusão temporal²⁶⁹. Assim, não há de se falar em decadência de eventual processo demarcatório que extrapole esse prazo, havendo manifesta justa causa para prosseguimento do procedimento até ultimação da demarcação do respectivo território indígena²⁷⁰. O caráter programático dessa norma reflete a

²⁶⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 2256.

²⁶⁷ Lei nº 6.001/73. 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, independe de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

²⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 873.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 24.566/DF. Impetrante: Francisco Assis de Souza. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de março de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96089/false>. Acesso em: 27 mar. 2023.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 26.212. Impetrante: Agropecuária Pedra Branca Ltda. Interessado: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 03 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192428/false>. Acesso em: 08 ago. 2023.

propensão dirigente de nossa Constituição, a qual não se restringe a dispor sobre o estatuto do poder, optando claramente por traçar metas, programas de ação e objetivos às atividades a serem desenvolvidas pelo Estado brasileiro, em especial no campo social e cultural. As normas programáticas caracterizam-se por serem normas de eficácia limitada, carecendo de exigibilidade judicial imediata, contudo, não significa que sejam destituídas de força jurídica cogente, já que refletem valor constitucional importante, impondo um dever político ao poder público para satisfação do comando, condicionando a atividade discricionária e servindo de balizador para a interpretação e aplicação do direito, o que impede a adoção de comportamento contraditório e revoga normas incompatíveis.²⁷¹

4.2. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

O procedimento de demarcação de territórios indígenas funda-se substancialmente no Decreto nº 1.775/96, decreto editado em substituição a diversas normas que disciplinavam o tema, como a Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), Decreto nº 22/1991 (revogado pelo Decreto nº 1.775/96), Decreto nº 608/1992 (revogado pelo Decreto nº 1.775/96), Portaria nº 239/91 (revogada pela Portaria nº 1.298/2020) e a Ordem de Serviço nº 03/1991 (revogada pela Portaria nº 1.298/2020). Antes do atual texto constitucional, o procedimento demarcatório foi disciplinado, de modo sucessivo, pelos Decretos nº 76.999/76, nº 88.118/83, nº 94.945/87 e nº 94.946/87. Recentemente, houve a sanção parcial ao projeto de lei nº 2.903/2023, o qual trouxe novas disposições acerca do procedimento administrativo de demarcação.

O atual procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, previsto no Decreto nº 1.775/96, refere-se exclusivamente às terras tradicionalmente ocupadas, conforme expressa dicção do próprio artigo 1º, o qual atribuiu privativamente à FUNAI a iniciativa e o processamento do procedimento demarcatório a ser instaurado²⁷². Aqui, resta claro que somente serão objeto do procedimento disciplinado pelo mencionado decreto as terras tradicionalmente ocupadas, não sendo abrangidas as demais áreas de interesse dos povos originários, como as reservas indígenas, as terras de domínio indígena e as áreas interditas para preservação de povos isolados, as quais deverão seguir ritos demarcatórios distintos.

²⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

²⁷² Decreto nº 1.775/96. Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

O ato demarcatório prevê expressamente a participação dos grupos indígenas envolvidos ao longo de todo procedimento, o que deverá ocorrer segundo as formas de representação da própria comunidade²⁷³. Tal previsão atende o direito fundamental indígena à preservação de suas organizações sociais, bem como o respeito à autodeterminação dos povos indígenas garantida pela Convenção nº 169 da OIT, a qual, em seu artigo 6º, impõe aos Estados o dever de consulta dos povos interessados cada vez que sejam previstas medidas administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente²⁷⁴. Essa necessidade de participação das instituições representativas indígenas, além de não seguir a lógica de representatividade centralizada em órgãos públicos institucionalizados, como ocorre em sociedades ocidentais, também exige a observância aos protocolos de consulta de cada comunidade ouvida, o que garante a decisão de questões cruciais de forma emancipatória por cada povo envolvido, sem que haja incidência de um roteiro inócuo e generalizado, incompatível com a imensa diversidade organizacional dos povos indígenas²⁷⁵.

A FUNAI, através da Portaria nº 116/2012, procurou regulamentar a participação de indígenas nas ações de concepção e execução dos planos operacionais de demarcação de terras, o que também deve ser compreendido em harmonia com o mencionado direito à autodeterminação dos povos. Além de garantida a participação pelo Decreto, o conteúdo das respectivas manifestações deverá ser enfrentado, seja para acolhimento, seja para rejeição²⁷⁶.

A demarcação de terras tradicionalmente ocupadas deverá ser fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, ao qual caberá a elaboração do estudo antropológico de identificação, a ser apresentado em prazo fixado na respectiva portaria de nomeação do profissional, emitida pela FUNAI²⁷⁷. Além do estudo antropológico, deverão ser realizados estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à

²⁷³ Decreto nº 1.775/96. Art. 2. (...) § 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases. (...)

²⁷⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais. 07 jun. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 27 nov. 2022.

²⁷⁵ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; SILVA, Liana Amin Lima da; OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina. **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 11-32.

²⁷⁶ Portaria do Ministério da Justiça nº 14/1996. Art. 2º. No atendimento da Segunda à Quinta parte do artigo anterior dever-se-á contar com a participação do grupo indígena envolvido, registrando-se a respectiva manifestação e as razões e fundamentos do acolhimento ou da rejeição, total ou parcial, pelo Grupo Técnico, do conteúdo de referida manifestação.

²⁷⁷ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. (...)

delimitação. Esses estudos complementares deverão ser atribuídos a grupo técnico especializado, a ser designado pela FUNAI, o qual preferencialmente será composto por servidores do próprio quadro funcional da autarquia, com a coordenação de um antropólogo²⁷⁸. Quando houver a necessidade, o estudo complementar de levantamento fundiário poderá ser realizado em conjunto com o órgão fundiário, seja federal ou estadual, a depender do caso específico, cujos técnicos serão designados pelo próprio órgão fundiário colaborador, no prazo de 20 dias, após solicitação da FUNAI²⁷⁹. Ainda em relação ao estudo fundiário, a FUNAI editou o respectivo manual através da Instrução Executiva nº 34/DAF/2000, a qual busca, entre outras medidas, disciplinar o levantamento socioeconômico de ocupantes não indígenas e a avaliação de benfeitorias.

Embora esses estudos complementares devam ser atribuídos a grupo técnico preferencialmente composto por servidores da FUNAI, poderá ser solicitada, quando necessário, a colaboração de membros da comunidade científica ou, inclusive, de outros órgãos públicos para embasar os estudos²⁸⁰. Além da possibilidade de colaboração, os órgãos públicos terão a obrigação de prestar as informações disponíveis dentro dos seus respectivos âmbitos de atribuição, ao passo em que as entidades civis somente terão a faculdade de informar eventuais dados disponíveis sobre a área em processo de demarcação. Tais informações pertinentes deverão ser prestadas no prazo de 30 dias a contar da publicação do ato constitutivo do grupo técnico²⁸¹. Juntamente com a colaboração e as informações prestadas por terceiros, a FUNAI poderá utilizar-se, no procedimento de demarcação, de trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente à própria edição do Decreto em 1996, desde que com ele compatível²⁸².

Quando os procedimentos demarcatórios são judicialmente impugnados, esses estudos de identificação e delimitação são objetos de perícia, sendo frequentemente

²⁷⁸ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação. (...)

²⁷⁹ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

²⁸⁰ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo. (...)

²⁸¹ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação (...)

²⁸² Decreto nº 1.775/96. Art. 3º Os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos neste Decreto.

contestados. Uma alegação comum verificada é a de suspeição de peritos designados, em razão da participação em trabalhos acadêmicos, da publicação de artigos e da filiação a associações conveniadas com instituições atuantes na defesa indígena. Contudo, eventual suspeição somente prospera se houver demonstração, no caso específico, do interesse concreto do profissional no julgamento em favor de uma das partes ou da exteriorização prévia de sua opinião sobre o caso concreto (prejulgamento), não sendo suficiente a atestar sua imparcialidade eventual manifestação científica antecedente, proferida de modo abstrato.²⁸³ Pondera-se, inclusive, que o projeto de lei nº 2.903/23 procurou estender expressamente as hipóteses de impedimento e suspeição, presentes no diploma de processo civil, aos profissionais atuantes no ato demarcatório, o que foi objeto de veto pelo Presidente, em razão de “estabelecer parâmetro inadequado ao cumprimento dos atos administrativos previstos no processo demarcatório”²⁸⁴.

Após concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o que incluiu o estudo antropológico de identificação da comunidade e os estudos complementares, o grupo técnico deverá apresentar o respectivo relatório circunstanciado de identificação e delimitação à FUNAI²⁸⁵, acompanhado da proposta de delimitação do território com a devida caracterização da área a ser demarcada²⁸⁶. A Portaria do Ministério da Justiça de nº 14/1996 esclarece as informações gerais indispensáveis a serem abrangidos pelo relatório circunstanciado, como filiação cultural e linguística, eventuais migrações, censo demográfico, distribuição espacial da população e identificação dos critérios determinantes desta distribuição, histórico de ocupação da área e identificação de eventuais práticas de secessão²⁸⁷.

²⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (1ª Turma). AI 5017543-08.2020.4.03.0000. Agravante: Sindicato Rural de Sete Quedas. Requerido: Funai e outros. Relator: Des. Nilton Agnaldo Moraes dos Santos, 12 de junho de 2023. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/275382943>. Acesso em: 6 set. 2023.

²⁸⁴ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

²⁸⁵ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada. (...)

²⁸⁶ Portaria do Ministério da Justiça nº 14/1996. Art. 3º. A proposta de delimitação far-se-á acompanhar de carta topográfica, onde deverão estar identificados os dados referentes a vias de acesso terrestres, fluviais e aéreas eventualmente existentes, pontos de apoio cartográfico e logísticos e identificação de detalhes mencionados nos itens do artigo 1º.

²⁸⁷ Portaria do Ministério da Justiça de nº 14/1996. Art. 1º. (...) I - PRIMEIRA PARTE Dados gerais: a) informações gerais sobre o(s) grupo(s) indígena(s) envolvido(s), tais como filiação cultural e linguística, eventuais migrações, censo demográfico, distribuição espacial da população e identificação dos critérios determinantes desta distribuição; b) pesquisa sobre o histórico de ocupação de terra indígena de acordo com a memória do grupo étnico envolvido; c) identificação das práticas de secessão eventualmente praticadas pelo grupo e dos respectivos critérios causais, temporais e espaciais; (...)

Além dessas informações gerais, também deverá ser precisa a integralidade dos elementos que compõem o território indígena, de modo a atender à disposição expressa do próprio texto constitucional, o qual inclui na descrição do território as seguintes áreas: (a) as destinadas à habitação em caráter permanente; (b) as utilizadas nas atividades produtivas; (c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem estar; e (d) as necessárias à reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições próprios da comunidade²⁸⁸. Outro dado impreterível do relatório é o levantamento fundiário, com a descrição, por exemplo, de eventuais ocupantes não indígenas, acompanhada da identificação da respectiva área ocupada e da natureza dessa ocupação²⁸⁹.

Se aprovado o relatório circunstanciado, caberá à autarquia indigenista publicar, no prazo de 15 dias contados do recebimento pela entidade, o resumo do relatório, devidamente acompanhado de memorial descritivo e mapa da área. A publicação deverá ocorrer no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, ao mesmo tempo que deverá ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.²⁹⁰

Desde o início do procedimento demarcatório até 90 dias após a publicação do relatório circunstanciado, os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação, bem como demais interessados, poderão pleitear indenização ou demonstrar a presença de eventuais vícios no procedimento ou no relatório circunstanciado publicado. Eventual impugnação deverá ser apresentada à FUNAI, devidamente instruída com todas as provas pertinentes e suficientes a comprovar a respectiva alegação, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas.²⁹¹

²⁸⁸ Portaria do Ministério da Justiça de nº 14/1996. Art. 1º. (...) II - SEGUNDA PARTE (...)

²⁸⁹ Portaria do Ministério da Justiça de nº 14/1996. Art. 1º. (...) VI - SEXTA PARTE Levantamento Fundiário: a) identificação e censo de eventuais ocupantes não índios; b) descrição da(s) área(s) por ele(s) ocupada(s), com a respectiva extensão, a(s) data(s) dessa(s) ocupação(ões) e a descrição da(s) benfeitoria(s) realizada(s); c) informações sobre a natureza dessa ocupação, com a identificação dos títulos de posse e/ou domínio eventualmente existentes, descrevendo sua qualificação e origem; d) informações, na hipótese de algum ocupante dispor de documento oriundo de órgão público, sobre a forma e fundamentos relativos à expedição do documento que deverão ser obtidas junto ao órgão expedidor.

²⁹⁰ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel. (...)

²⁹¹ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior. (...)

Especificamente quanto à participação dos entes federados, o julgamento da PET 3.388 expressamente dispôs, nas condicionantes fixadas, que seja assegurada a participação desses no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, quando encravadas em seus respectivos territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento²⁹². Esse julgamento ensejou a edição, pelo Ministério da Justiça, da Portaria nº 2.498/2011, a qual prevê a intimação dos entes federados, por via postal com aviso de recebimento, da designação do grupo técnico especializado, facultando a indicação de técnicos para participação no levantamento fundiário de caracterização da ocupação não indígena²⁹³. A mesma portaria também prevê nova intimação quando concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, com cópia do relatório circunstanciado, acompanhado do memorial descritivo e do mapa da área²⁹⁴. A designação formal de técnicos, o oferecimento de contestação ou a prática de qualquer outro ato processual convalidam eventuais falhas nas intimações mencionadas acima²⁹⁵. Por outro lado, no decorrer dos trabalhos de identificação e delimitação, deverá a FUNAI realizar reunião com os representantes e os técnicos dos entes federativos, com a finalidade de prestar informações sobre os respectivos trabalhos desenvolvidos e de coletar dados de natureza técnica²⁹⁶.

Encerrado o prazo de impugnação, a FUNAI terá 60 dias para encaminhar o procedimento demarcatório ao Ministério da Justiça, o que deverá ser realizado acompanhado

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

²⁹³ Portaria nº 2.498/2011. Art. 1º A Fundação Nacional do Índio - FUNAI determinará a intimação dos entes federados cujos territórios se localizam nas áreas em estudo para identificação e delimitação de terras indígenas, por via postal com aviso de recebimento, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da publicação da designação do grupo técnico especializado, nos termos do art. 2º do Decreto no 1.775, de 1996. Parágrafo único. A intimação deverá conter: I - informação quanto à constituição do grupo técnico especializado e a natureza dos estudos de identificação e delimitação de terras indígenas; II - indicação do prazo de 20 (vinte) dias para designação de técnicos para participação no levantamento fundiário de caracterização da ocupação não indígena; III - informação da continuidade do processo independentemente da designação de representantes; e IV - outras informações consideradas pertinentes pela FUNAI.

²⁹⁴ Portaria nº 2.498/2011. Art. 2º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, a FUNAI determinará nova intimação dos entes federados de que trata o art. 1º, por via postal com aviso de recebimento, para fins de contestação da área sob demarcação, sem prejuízo da publicação no Diário Oficial da União, no Diário Oficial do Estado e de sua afixação na sede da Prefeitura Municipal, em conformidade ao disposto no § 7º do art. 2º do Decreto no 1.775, de 1996. Parágrafo único. A intimação de que trata o caput deverá conter: I - cópia do relatório circunstanciado, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área; e II - informação quanto à facilidade de pleitear indenização, prestar informações sobre a área objeto de delimitação, ou demonstrar vícios, totais ou parciais, no procedimento demarcatório, nos termos do § 8º do art. 2º do Decreto no 1.775, de 1996.

²⁹⁵ Portaria nº 2.498/2011. Art. 4º A falta de intimação nos termos dos arts. 1º a 2º desta Portaria será suprida nas hipóteses de participação do ente federado no procedimento de identificação e delimitação por meio da designação formal de técnicos, oferecimento de contestação ou prática de qualquer outro ato processual.

²⁹⁶ Portaria nº 2.498/2011. Art. 3º No decorrer dos trabalhos de identificação e delimitação a FUNAI realizará reunião com representantes e técnicos dos entes federativos, com o fim de prestar informações sobre os trabalhos de identificação e delimitação da terra indígena e coletar dados de natureza técnica.

dos pareceres concedidos pela autarquia frente às impugnações e provas apresentadas²⁹⁷. Recebido o procedimento, o Ministério da Justiça poderá adotar as seguintes medidas: a) declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar a sua demarcação; b) prescrever todas as diligências complementares que julgar necessárias, a serem cumpridas no prazo de 90 dias; ou c) desaprovar a identificação e determinar o retorno dos autos à FUNAI, através decisão fundamentada, a qual deve se restringir ao não reconhecimento da tradicionalidade da área em análise²⁹⁸.

A análise definitiva a encargo do Ministério da Justiça incluiu a apreciação de todas impugnações e contestações ofertadas ao longo do procedimento, as quais serão encaminhadas ao órgão, acompanhada dos respectivos pareceres exarados pela FUNAI, sendo objeto, portanto, de análise recursal diferida, sem que isso implique qualquer violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa²⁹⁹. Inclusive, o STF, em mais de uma oportunidade³⁰⁰, reconheceu a constitucionalidade do procedimento estabelecido no Decreto 1.775/96, já que a norma oportuniza defesa ao longo de todo o procedimento, o que não pode ser compreendido como supressão da garantia constitucional ao devido processo legal. O próprio julgamento emblemático da PET 3.388 destacou que a possibilidade de habilitação dos interessados, com a garantia de participação efetiva no procedimento através do oferecimento de petições, cartas e informações, atenderia aos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa³⁰¹.

Por outro lado, assevera-se que o procedimento administrativo de demarcação segue regulação própria, prevista no Decreto nº 1.775/96 e na Lei nº 6.001/73, os quais não preveem o julgamento de recursos durante a tramitação do procedimento, e sim somente ao

²⁹⁷ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas. (...)

²⁹⁸ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. (...) § 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá: I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação; II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 26.212. Impetrante: Agropecuária Pedra Branca Ltda. Interessado: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 03 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192428/false>. Acesso em: 08 ago. 2023.

³⁰⁰ MS 21.649/MS, Relator Min. Moreira Alves; MS 24.045/DF, Relator Min. Joaquim Barbosa; MS 25.483/DF, Relator Min. Ayres Britto.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

final da instrução realizada pela FUNAI, com a devida remessa ao Ministério da Justiça³⁰². Embora o duplo grau de jurisdição seja diferido no âmbito do processo administrativo de demarcação, deve-se ter claro que sua incidência não representa uma garantia expressa no ordenamento constitucional³⁰³, restringindo-se a algumas legislações infraconstitucionais, como a Lei nº 9.784/99, a qual somente tem aplicação subsidiária em pontos omissos do regramento de demarcação dos territoriais indígenas³⁰⁴. Portanto, a ausência de previsão de recurso hierárquico quanto ao indeferimento de eventuais requerimentos, como o de produção de provas, não implica nulidade do procedimento³⁰⁵.

Após expedida, pelo Ministério da Justiça, a portaria declaratória dos limites do território indígena, determinando a respectiva demarcação, caberá ao Presidente da República, através de Decreto, homologar a demarcação da área indígena³⁰⁶. No prazo de 30 dias após a publicação do decreto de homologação, deverá a FUNAI promover seu duplo registro, tanto no cartório imobiliário da comarca correspondente quanto na Secretaria do Patrimônio da União³⁰⁷. A FUNAI possui 03 manuais técnicos referentes ao procedimento de demarcação aprovados pela Portaria nº 682/2008, estabelecendo diretrizes para o georreferenciamento dos territórios indígenas, com a devida identificação física da área.

Pondera-se que a Lei nº 14.701/23, gerada a partir da sanção parcial do Projeto de Lei nº 2.903/2023, prevê que todo o procedimento demarcatório seja público e que seus atos decisórios sejam amplamente divulgados e disponibilizados para consulta em meio eletrônico. Além disso, faculta “a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, aos laudos, às suas conclusões e

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 26.212. Impetrante: Agropecuária Pedra Branca Ltda. Impetrado: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 03 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192428/false>. Acesso em: 08 ago. 2023.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). MS 34.472. Impetrante: Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado do Ceará – SINSEMPECE. Impetrado: União. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur376053/false>. Acesso em: 9 ago. 2023.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 26.212. Impetrante: Agropecuária Pedra Branca Ltda. Impetrado: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 03 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192428/false>. Acesso em: 08 ago. 2023.

³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). MS nº 10.269/DF (2004/0181942-1). Impetrante: Agropecuária Pedra Branca Ltda. Impetrado: Ministro da Justiça. Relator: Min. José Delgado; Redator: Min. Teori Albino Zavascki, 14 de setembro de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401819421&dt_publicacao=17/10/2005. Acesso em: 6 set. 2023.

³⁰⁶ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

³⁰⁷ Decreto nº 1.775/96. Art. 2º. Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

fundamentação, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais”. A nova legislação também delibera sobre a necessidade de tradução de peças do procedimento, permite que associações de partes interessadas possam representar seus associados, desde que autorizadas em assembleias gerais convocadas para esse fim, dispõe que o levantamento fundiário da área pretendida seja acompanhado de relatório circunstanciado e permite o ingresso da FUNAI em áreas privadas para levantamento de dados e informações.³⁰⁸

4.2.1. Trechos vetados do Projeto de Lei nº 2.903/2023

Ainda acerca do procedimento demarcatório, mostra-se oportuno mencionar as razões adotadas no veto de trechos do Projeto de Lei nº 2.903/2023, uma vez que permitem uma compreensão do entendimento vigente na Administração sobre a matéria.

O caput do art. 5º do Projeto de Lei previa a obrigatoriedade de participação dos Estados e dos Municípios em demarcações de áreas localizadas dentro de seus limites, “bem como de todas as comunidades diretamente interessadas, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas”³⁰⁹. Contudo, o veto dispôs que tal proposição legislativa contrariava “o interesse público ao prever nova etapa para o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, criando, para os entes federados, obrigação de participação no procedimento sem, contudo, indicar os termos e as etapas processuais nos quais a participação deveria se dar”³¹⁰, o que inclusive ignorava o atual regramento existente nos termos do Decreto nº 1.775/96 e da Portaria nº 2.498/11 do Ministério da Justiça.

Por sua vez, o artigo 6º do Projeto de Lei dispunha que aos interessados na demarcação seriam assegurados, em todas as suas fases, inclusive nos estudos preliminares, o contraditório e a ampla defesa, e seria obrigatória suas intimações desde o início do procedimento, bem como permitida a indicação de peritos auxiliares. No veto, contudo, o

³⁰⁸ BRASIL. Lei nº 14.701, de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/37732914/publicacao/37735531.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

³⁰⁹ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹⁰ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

Presidente evidenciou a contrariedade ao “interesse público por criar exigência incompatível com a sequência do procedimento demarcatório, uma vez que os não indígenas afetados pela demarcação apenas serão identificados ao final dos estudos a cargo do grupo técnico especializado”³¹¹, o que tornaria inexecutável qualquer procedimento de identificação prévia.³¹²

Já o artigo 14 do Projeto de Lei dizia que “os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos serão adequados ao disposto nesta Lei”³¹³, o que ensejou o veto em razão da “imprecisão redacional do dispositivo, o que tende a gerar insegurança jurídica e permitir questionamentos sobre a validade dos atos administrativos já concluídos no escopo dos processos demarcatórios em andamento”³¹⁴. Além disso, ao exigir a adequação de processos não concluídos à nova legislação, a proposição incorria em vício de inconstitucionalidade, uma vez que “os atos administrativos se regem pela eficiência e o processo administrativo é conduzido em sequência de atos voltada ao cumprimento do dever estatal, do que decorre a existência de preclusão de suas fases”³¹⁵. Nestes termos, o veto reforçou que “etapas já finalizadas não são reabertas por ocasião da edição de nova legislação e não sofrem de nulidade os atos já praticados, nem tampouco os subsequentes que daqueles decorram”³¹⁶, em razão da alteração legislativa não alcançar “atos jurídicos já constituídos sob a vigência de lei anterior, mesmo em seus efeitos pendentes, pois que corresponderia não a aplicação imediata, mas a aplicação retroativa da norma, o que é vedado pela Constituição Federal”³¹⁷, respeitados, no âmbito de proteção à segurança jurídica, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³¹¹ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹² BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹³ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹⁴ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹⁵ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹⁶ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹⁷ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

Fundamentação semelhante foi adotada para anular o artigo 15 do Projeto de Lei, que previa a nulidade da demarcação que não atendesse aos preceitos estabelecidos na nova legislação, uma vez proposição legislativa também apresentava imprecisão redacional capaz de gerar insegurança jurídica e permitir questionamentos sobre a validade dos processos demarcatórios já concluídos³¹⁸. Ademais, a proposição também incorria em vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que manifesta a violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal e a ofensa ao primado da segurança jurídica, na medida em que poderia “gerar a interpretação de que a nova Lei estaria a retroagir para atingir atos jurídicos perfeitos e etapas já vencidas do processo administrativo demarcatório realizados sob os auspícios da legislação anterior”³¹⁹.

4.3. EFEITOS JURÍDICOS

4.3.1. Nulidade e extinção de atos dominiais e exploratórios e direito de indenização

O texto constitucional, no § 6º do seu artigo 231, reconhece a nulidade e a extinção, sem produção de efeitos jurídicos, dos atos que visem a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes em territórios indígenas, ressalvando relevante interesse público da União, conforme dispuser em eventual lei complementar³²⁰. A previsão de edição de lei complementar para regular o conceito de interesse público na hipótese, evidencia se tratar de norma constitucional de eficácia contida, na qual o constituinte deixou margem para atuação restritiva do legislador, conforme sua discricionariedade.

Contudo, ainda não editada a lei complementar facultada, reconhece-se a eficácia plena da norma, não havendo possibilidade de qualquer exploração válida de recursos naturais em terras indígenas³²¹. Inclusive, o STF em recente julgado, na ADI 7.008, reconheceu a

³¹⁸ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³¹⁹ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³²⁰ CF/1988. Art. 231. (...) § 6º 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 relevante 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 às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (...).

³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

inconstitucionalidade material de norma estadual que dispôs sobre a exploração de território indígena, declarando a impossibilidade de concessão à iniciativa privada, da exploração florestal madeireira e do turismo em terras dos povos originários, já que a natureza originária do direito territorial indígena impede a concessão pelo Estado a terceiros, independentemente da conclusão do processo demarcatório, preservado o domínio da União e o usufruto exclusivo dos povos indígenas³²².

No mesmo sentido, a Constituição Federal também evidencia a nulidade e a extinção dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionais indígenas, os quais não produzem efeitos jurídicos válidos³²³. Conteúdo semelhante já era previsto na anterior Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, que dispunha acerca da nulidade e da extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos indígenas³²⁴. Essa previsão também já era contida no artigo 62 da Lei nº 6.001/73, o qual, além de prever a nulidade dos atos que dispusessem sobre os territórios indígenas ocupados, estendeu a nulidade para atos sobrepostos a terras que tenham sido desocupadas em virtude de ato ilegítimo do poder público ou de particular³²⁵. Tal entendimento também encontrava respaldo na própria jurisprudência do STF, o qual, no julgamento da PET 3.388, asseverou que os direitos territoriais originários, precedentes a qualquer outro, preponderaram sobre pretensos direitos

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 7.008/SP. Requerente: Procurador-Geral da República. Recorrido: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 12 a 19 de maio 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur480887/false>. Acesso em: 14 ago. 2023.

³²³ CF/88. Art. 231. (...) § 6º 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 relevante 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 às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (...)

³²⁴ CF/67, com redação dada pela EC nº 1/69. 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. (...)

³²⁵ **Lei nº 6.001/73** (Estatuto do Índio). Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas. § 1º Aplica-se o disposto deste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular. § 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas consequências econômicas. § 3º Em caráter excepcional e a juízo exclusivo do dirigente do órgão de assistência ao índio, será permitida a continuação, por prazo razoável dos efeitos dos contratos de arrendamento em vigor na data desta Lei, desde que a sua extinção acarrete graves consequências sociais.

adquiridos, mesmo que materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não indígenas³²⁶.

Esse entendimento sobrepõe-se naturalmente ao direito de propriedade materializado por cadeia dominial supostamente legítima de eventual imóvel rural sobreposto a território indígena reconhecido, alegação essa usualmente adotada por particulares para impugnar áreas demarcadas. O Min. Edson Fachin, em seu voto proferido no RE 1.017.365/SC, ponderou que a existência de cadeia dominial de determinada área, por si só, não teria a capacidade de constituir propriedade privada em área sobreposta a território indígena e, por consequência, obstar o procedimento demarcatório, justamente em razão da preponderância do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, acobertadas por proteção normativa desde antes do período republicano, não havendo possibilidade de subsistirem títulos privados³²⁷.

A nulidade e a extinção dos atos dominiais e exploratórios afastam qualquer direito a indenização ou a ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas de eventual ocupação de boa-fé, por expressa previsão da Constituição Federal³²⁸. Portanto, pela redação constitucional, a apresentação de título de propriedade não possui qualquer capacidade de convalidar a irregularidade no destaque da área do patrimônio da União, caracterizando-se venda a *non domino*, a afastar qualquer pretensão indenizatório quanto à terra, em face da União ou da Funai, inclusive por desapropriação indireta³²⁹. Ademais, eventual existência de registro imobiliário em nome de particular não é oponível à União Federal em qualquer aspecto, tratando-se de título pré-excluído do comércio jurídico (*res extra commercium*), por expressa opção do constituinte, sendo ineficaz qualquer pactuação negocial dele decorrente³³⁰.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

³²⁸ CF/88. Art. 231. (...) § 6º 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 relevante 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 às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (...)

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 304/MT. Autor: Agropecuária Serra Negra Ltda. e outro. Réu: União e Funai. Relator: Min. Ilmar Galvão; Redator: Min. Edson Fachin, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109998/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 34.199 AgR/DF. Impetrante: Aldo Pedreschi. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Ilmar Galvão; Redator: Min. Celso de Mello, 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427840/false>. Acesso em: 14 ago. 2023.

Mesmo que a existência de matrícula imobiliária, de título translativo e de regularidade da cadeia dominial não sirvam para legitimar o direito de propriedade em detrimento do território indígena, em razão da manifesta imprescritibilidade aquisitiva, tais elementos podem evidenciar a boa-fé de eventuais ocupantes, a ensejar a previsão constitucional de indenização pelas benfeitorias derivadas de ocupações destituídas de intuito fraudulento³³¹. Tal indenização pelas benfeitorias restringe-se às úteis e às necessárias³³², podendo ocorrer o levantamento das voluptuárias, desde que não haja prejuízo à área³³³. Assim, evita-se eventual enriquecimento ilícito do ocupante, já que se trata de mera detenção de bem público, não havendo qualquer direito à retenção³³⁴. Contudo, a pretensão indenizatória pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé sujeita-se ao prazo prescricional quinquenal, previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, a contar da publicação do Decreto homologatório, já que se trata de direito pessoal à indenização, e não direito real, uma vez que não está em discussão a perda de propriedade ou de domínio, em razão de eventual afetação de bem ao uso público³³⁵.

Embora a necessária nulidade e extinção dos atos sobrepostos aos territórios indígenas, bem como a impossibilidade de eventual pretensão indenizatória, decorram naturalmente da expressa dicção do texto constitucional, tal entendimento foi relativizado por três teses fixadas no julgamento do RE 1.017.365/SC. Ao julgar o recurso submetido a repercussão geral, o STF assim entendeu:

IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88;

³³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). AgInt no REsp 1.601.765/MT. Agravante: Antenor Duarte do Valle e outros. Recorrido: Funai e União. Relator: Min. Sérgio Kukina, 25 de junho de 2019. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601224164&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 05 ago. 2023.

³³² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Oitava Turma). Apelação 0001399-89.2007.4.01.3901. Apelante: União. Apelado: Carlos Alberto Dinon. Relator: Juiz Federal Francisco Vieira Neto, 28 de março de 2022.

³³³ Instrução Normativa nº 002, de 3 de fevereiro de 2012. Art. 7º: Art. 7º. A indenização de que trata esta Instrução Normativa é pautada pelos seguintes critérios: I - apenas as benfeitorias úteis e as necessárias serão indenizadas, podendo o ocupante levantar as voluptuárias, desde que sem detrimento da coisa; (...)

³³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Quinta Turma Suplementar). Apelação Cível 0000306-19.1997.4.01.4200/AC. Apelante: Funai. Apelado: Teresa Soares da Silva. Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, 18 de abril de 2012. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?pl=00003061919974014200>. Acesso em: 07 set. 2023.

³³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). EDcl no AgInt no REsp 1.356.723/RO. Embargante: Saubex Saul Bennesby Companhia de Comércio Exterior e outro. Embargados: Funai e União. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de novembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200417063&dt_publicacao=30/11/2016. Acesso em: 05 ago. 2023.

V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF; VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento;³³⁶

Dos itens descritos acima, nota-se que o item IV não representa grande novidade, o que não ocorre com os demais. A primeira parte do item V adota elementos difundidos na tese do marco temporal como forma de conferir validade e eficácia a atos e negócios jurídicos e de inviabilizar ações rescisórias, para fins, em um primeiro momento, de indenização de benfeitorias. Contudo, como já referido, o texto constitucional foi enfático no sentido da nulidade e da extinção, sem produção de qualquer efeito jurídico, dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, o que foi excepcionado pelo julgamento da Suprema Corte. Deve-se ter claro que o justo título ou a posse de boa-fé já se encontravam abrangidos pela Constituição, quando essa permite a indenização pelas benfeitorias ao ocupante de boa-fé, o que não pode ser confundido com a validade de eventual ato, o que foi expressamente vedado pelo constituinte.³³⁷

Ao mesmo tempo que cria uma hipótese de validade de atos não prevista na Constituição, o STF foi além, prevendo uma hipótese de indenização pela terra nua, o que também contraria o § 6º do artigo 231 do texto constitucional, o qual foi claro ao afirmar que o reconhecimento do território indígena não gera qualquer direito a indenização ou a ações contra a União, salvo benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. A tese fixada na segunda parte do item V prevê que, “quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

³³⁷ CF/88. Art. 231. (...) § 6º 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 relevante 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 às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. (...)

do interesse do beneficiário”³³⁸. Este trecho, em conjunto com a primeira parte do item V, permite identificar requisitos cumulativos que legitimariam o direito indenizatório à terra nua, quais sejam: a) ausência de ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição; b) realização de ato ou negócio jurídico ou constituição de eventual coisa julgada; c) justo título ou posse de boa-fé; e d) inviabilidade de reassentamento dos particulares.

A análise dos requisitos dispostos na tese fixada pelo STF permite verificar que, ao menos pela terminologia adotada na sua redação, a indenização pela terra nua ficou restrita a ocupantes de boa-fé que possuam perfil de reforma agrária, sejam originariamente assentados, sejam posteriormente regularizados por órgãos fundiários. Ao restringir a indenização pela terra nua às hipóteses de reassentamentos inviabilizados, é possível deduzir que somente os que eventualmente foram assentados em terras posteriormente demarcadas terão direito indenizatório. Portanto, a indenização pela terra nua, nos termos da tese fixada, encontra-se limitada a trabalhadores rurais que ocupem as terras em razão das Leis nº 8.629/93 (reforma agrária) ou nº 11.952/09 (regularização fundiária), o que não abrange empresários rurais ou grandes latifundiários, os quais não poderiam ser beneficiados por eventual processo de reassentamento. Mostra-se oportuno salientar que alguns ministros, ao longo do julgamento, manifestaram-se no sentido de um direito indenizatório mais amplo, como é o caso do Ministro Alexandre de Moraes, o qual propôs a responsabilização da União pela indenização sobre o valor total dos imóveis, e não apenas sobre as benfeitorias, nas hipóteses em que os territórios indígenas reconhecidos estejam em sobreposição a terras que possuam cadeia dominial legítima, sob fundamento da segurança jurídica³³⁹.

Deve-se ter presente que o reassentamento de ocupantes não indígenas, já deve ser uma preocupação da Administração ao longo do procedimento demarcatório, isso em razão do próprio princípio da solidariedade inerente ao texto constitucional³⁴⁰, bem como em virtude de expressa previsão do Decreto nº 1.775/96, o qual, em seu artigo 4º, prevê que, uma vez “verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

³³⁹ Ministro Alexandre de Moraes vota contra marco temporal para demarcação de terras indígenas. **Supremo Tribunal Federal**, 07 jun. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508605&ori=1>. Acesso em 07 set. 2023.

³⁴⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107-113.

federal dará prioridade ao respectivo reassentamento”³⁴¹. Contudo, o STF, ao dispor da indenização pela terra nua, inova no ordenamento constitucional, sendo que eventual reparação a trabalhadores rurais assentados poderia ser atendida pela responsabilização da Administração pela falha na prestação do serviço público disponibilizado (reforma agrária), o que de certa forma foi mencionada pela própria tese, quando esta, no final do item V, permite a aplicação do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal. A indenização pela terra nua está naturalmente ligada ao ressarcimento pela extinção do direito de propriedade, o que não ocorre no momento do reconhecimento de um território indígena, já que se trata de terras originárias e imprescritíveis por própria previsão constitucional³⁴².

A indenização pela terra nua desenvolvida pelo STF, claramente adota elementos da desapropriação para fins de reforma agrária, ao dispor que a indenização correspondente à terra nua deverá ser “paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso”³⁴³. A primeira semelhança é a possibilidade de pagamento da indenização em títulos da dívida agrária, o que se verifica a partir da própria Constituição, a qual prevê essa forma de pagamento expressamente em seu artigo 184³⁴⁴. Outra similitude é o pagamento imediato da parte incontroversa, com direito de retenção, o que corresponde, de certa forma, à necessidade de prévia indenização prevista no próprio artigo 184, bem como a exigência de depósito prévio dos valores ofertados pela Administração, no âmbito do processo judicial, como forma de garantir a imissão na posse do imóvel expropriando³⁴⁵. Por fim, a questão de processamento em autos apartados busca evidentemente restringir a discussão aos valores

³⁴¹ BRASIL. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, jan. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm#:~:text=DECRETO%20No%201.775%2C%20DE,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20no%20art. Acesso em 23 mar. 2023.

³⁴² CF/1988. Art. 231. (...) § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

³⁴⁴ CF/1988. Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

³⁴⁵ LC nº 76/93. Art. 6º O juiz, ao despachar a petição inicial, de plano ou no prazo máximo de quarenta e oito horas: (...) § 1º Efetuado o depósito do valor correspondente ao preço oferecido, o juiz mandará, no prazo de quarenta e oito horas, imitir o autor na posse do imóvel expropriando. (...)

ofertados pela Administração, o que guarda afinidade com o fato de o expropriado não poder discutir o mérito da desapropriação no âmbito do processo judicial de desapropriação³⁴⁶.

Outro ponto previsto na tese fixada pelo STF é a espécie de responsabilidade subsidiária da União por ilícitos cometidos por outros entes federativos, já que restou expressamente estabelecido que, quando inviável o reassentamento de particulares, a terra nua deverá ser indenizada pela União, com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área. Além dessa espécie de responsabilidade não encontrar previsão no texto constitucional, ela viola a própria essência do princípio federativo, no qual o poder político é descentralizado, assegurada total autonomia aos Entes-membros, cada um possuindo esferas de atribuições político-administrativas próprias³⁴⁷. Embora a responsabilidade subsidiária não se mostre razoável, seria plenamente viável pedido ressarcitório por eventual dano decorrente de ato ilícito cometido, a ser deduzido em face de Estado que tenha indevidamente arrecadada a área, o que deveria ser apurado no âmbito da responsabilidade civil da Administração³⁴⁸. Inclusive, o Min. Edson Fachin, ao longo dos julgamentos da ACO 304³⁴⁹ e do próprio RE 1.017.365³⁵⁰, dispôs, *obiter dictum*, nesse sentido, contudo, sempre deixando claro que tal pretensão ressarcitória não condiciona, em momento algum, a demarcação ou a ocupação do território.

Quanto ao item VI da tese fixada pela Suprema Corte, verifica-se a modulação dos direitos indenizatórios reconhecidos no próprio julgado, uma vez que foi estabelecido o descabimento de “indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento”³⁵¹. Ou seja, a indenização pelas benfeitorias de detentores de justos títulos (primeira parte do item V) ou a reparação pela terra nua em favor de assentados removidos

³⁴⁶ LC nº 76/93. Art. 9º A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias se versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado. (...)

³⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o direito processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. (Parecer). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 300, p. 153-195, fev. 2020. RT online.

³⁴⁸ NERY JR., Nelson. Responsabilidade civil da Administração Pública aspectos do direito brasileiro positivo vigente: art. 37, § 6.º, da CF/1988 e art. 15, do CC/1916. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 1, p. 29-42, jan./mar. 2000. RT online.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 304/MT. Autor: Agropecuária Serra Negra Ltda. e outro. Réu: União e Funai. Relator: Min. Ilmar Galvão; Redator: Min. Edson Fachin, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109998/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

(segunda parte do item V) somente se aplicariam em demarcações futuras ou em casos judicializados e em andamento.

Em que pese a tese fixada pelo STF, a indenização pela terra nua afronta a vedação expressa do texto constitucional e a histórica jurisprudência da Suprema Corte acima retratada. Além dessas afrontas diretas, a exigência de indenização pela terra nua concederia à demarcação das terras indígenas, o tratamento equivalente ao empregado na desapropriação, o que contraria a manifesta natureza declaratória do procedimento. Ademais, a indenização implicaria violação ao próprio direito originário territorial, já que incluiria requisito a direito que simplesmente decorre da condição indígena, incentivando práticas expropriatórias praticadas ao longo de séculos e ignorando fraudes deliberadamente cometidas por particulares, os quais se locupletariam duplamente de forma indevida. A característica das terras indígenas reflete áreas de longas extensões, as quais ensejariam indenizações vultosas que demandariam dotações orçamentárias específicas, inserindo-se na esfera de discricionariedade da Administração, o que violaria a natureza vinculada do ato administrativo demarcatório. Portanto, não se mostra razoável a preponderância do entendimento pela indenização da terra nua.

Pondera-se, ainda, que a questão indenizatória também foi tratada em trecho vetado do Projeto de Lei nº 2.903/23, em razão da tentativa de alargamento das hipóteses indenizáveis para além das ocupações de boa-fé, através da adoção de conceito vago de *posse legítima*, o que contraria a adequada exegese constitucional. Essa terminologia imprecisa também se encontrou presente na tentativa de responsabilização por *erro de Estado* na hipótese de existência de *justo título*, o que também foi vetado por dar margem à insegurança jurídica.³⁵²

Por fim, assevera-se que a Administração Pública Federal, através da edição da Instrução Normativa da Funai nº 2/2012, em substituição da Portaria da FUNAI nº 069/89, procurou disciplinar critérios e procedimentos de identificação e avaliação de benfeitorias existentes em território indígena, sendo oportuno destacar que foi fixada a data de publicação da portaria declaratória como limite temporal para caracterização da boa-fé da ocupação, sendo necessariamente presumida a má-fé a partir desse momento, o que afasta a indenização de benfeitorias posteriores, salvo das imprescindíveis para evitar a ruína de eventual construção³⁵³.

³⁵² Razões do veto ao artigo 11 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³⁵³ Instrução Normativa nº 002/2012. Art. 7º. A indenização de que trata esta Instrução Normativa é pautada pelos seguintes critérios: (...) II - a partir do momento em que a ocupação perder o caráter de boa-fé, não serão consideradas indenizáveis quaisquer benfeitorias implantadas, inclusive as necessárias, ainda que destinadas à

Inclusive, destaca-se que o procedimento administrativo de avaliação das benfeitorias inicia-se justamente após a publicação da portaria declaratória da terra indígena, com a consequente lavratura do laudo para cada ocupante não indígena³⁵⁴. Pondera-se, ainda, que o veto ao Projeto de Lei nº 2.903/23 adotou o entendimento acima, ao evitar estender as hipóteses de benfeitorias classificadas como de boa-fé para após a expedição da portaria declaratória, o que poderia gerar incentivo à ocupação irregular e o aumento dos custos indenizatórios³⁵⁵.

4.3.2. Medidas protetivas, extrusão e poder de polícia

A natureza declaratória do procedimento demarcatório, associada com a inexistência de discussão sobre posse na acepção civil, tornam pertinente a abordagem de um tema relevante, a impossibilidade da discussão da tradicionalidade da ocupação em simples ação possessória³⁵⁶, já que o objeto do litígio não será o exercício, por particular, de algum dos poderes inerentes à propriedade, e sim o exercício de um direito constitucional indígena³⁵⁷. Tal vedação, inclusive, delineia a forma que se dará a judicialização da questão territorial indígena e sua respectiva proteção em juízo. A Lei nº 6.001/73, no § 2º do artigo 19³⁵⁸, prevê que a demarcação processada não poderá ser desafiada por interdito possessório, sendo facultado aos interessados a utilização de ação petítória, para discussão de eventual domínio, ou de demarcatória³⁵⁹, para fixar os limites, com clareza, entre áreas distintas. Além dessas demandas previstas na legislação, é possível identificar outras duas formas de discussão do tema em juízo, o manejo de ação declaratória da tradicionalidade e de ação anulatória de processo

conservação e à manutenção das demais benfeitorias indenizáveis, salvo as imprescindíveis para evitar a ruína de prédio urbano ou rural; (...) § 1º. Para fins de aplicação do inciso II, considera-se a publicação da portaria declaratória da terra indígena como marco temporal para caracterização da boa-fé da ocupação, se outro não for o momento anterior a presumir a sua má-fé.(...)

³⁵⁴ Instrução Normativa nº 002/2012. Art. 9º. Após a publicação da portaria declaratória da terra indígena, a Diretoria de Proteção Territorial procederá à vistoria das ocupações e das benfeitorias erigidas, lavrando um laudo, para cada ocupação, que deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: (...)

³⁵⁵ BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

³⁵⁷ Código Civil. Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

³⁵⁸ **Lei nº 6.001/73**. Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo. (...) § 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

³⁵⁹ CPC. Art. 569. Cabe: I - ao proprietário a ação de demarcação, para obrigar o seu confinante a estrear os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados; (...)

administrativo, a depender da hipótese. Tanto nas hipóteses descritas na Lei nº 6.001/73 (petitória e demarcatória) quanto nessas ora ventiladas (declaratória e anulatória), será necessário discutir a tradicionalidade de eventual ocupação e sua extensão, e não a detenção física da área. Assim, as ações possessórias restringem-se a casos nos quais não há qualquer discussão sobre tradicionalidade.

A primeira hipótese ventilada, o ajuizamento de ação declaratória, mostra-se possível de incidência quando não houver processo administrativo concluído, hipótese em que a ação se destinará a obtenção de declaração judicial sobre a certeza de existência ou inexistência de relação jurídica³⁶⁰, o que, no caso, reside no reconhecimento ou não da tradicionalidade de eventual ocupação, a qual, inclusive, deverá ser objeto da devida prova pericial antropológica ao longo do feito. Pondera-se que eventual ação declaratória poderá ser manejada tanto pela Administração buscando resguardar eventual ocupação tradicional quanto por particular interessado em impugná-la, ambas podendo ser respaldadas por tutelas provisórias de urgência ou evidência. Já nas hipóteses em que o particular desejar impugnar elementos formados ao longo de procedimento administrativo demarcatório, concluído ou não, caberá a ele deduzir eventual pretensão territorial em ação anulatória do processo administrativo.

Além dessas hipóteses de ações judiciais descritas acima, há a possibilidade de manejo do instrumento da extrusão ou desintrusão pela Administração, como etapa naturalmente decorrente do procedimento de demarcação, a qual consiste na destinação plena e exclusiva do território aos povos indígenas interessados, através da retirada de eventuais ocupantes não indígenas presentes na área objeto da portaria declaratória³⁶¹, “ato administrativo que formaliza o reconhecimento estatal do direito de uma comunidade indígena à terra que deverá ser demarcada”³⁶², ou seja, a desocupação da área ocorre em momento anterior ao próprio encerramento do procedimento demarcatório. Pondera-se que o Decreto nº 1.775/96, em seu artigo 4º, elege uma prioridade a ser empregada no processo de desintrusão, dispondo que o órgão fundiário federal deverá dar preferência ao reassentamento dos ocupantes não

³⁶⁰ MOUZALAS, Rinaldo. Duplicidade da Ação Declaratória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 237, p. 115-135, nov. 2014. RT online.

³⁶¹ BRASIL. Norma de Procedimento nº NP 4.002, de 29 de agosto de 1997. Dispõe sobre extrusão. Brasília, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/atos-normativos/arquivos/4002-extrusao.pdf/view>. Acesso em: 08 set. 2023.

³⁶² Razões do veto ao artigo 9º do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

indígenas, que apresentem o perfil da reforma agrária, a serem retirados da área em demarcação, o que naturalmente leva em conta o problema social decorrente do caos fundiário presente na ocupação territorial brasileira³⁶³.

Destaca-se que a extrusão é antecedida pelo procedimento previsto na Instrução Normativa da Funai nº 2/2012, que se inicia a partir da publicação da portaria declaratória e culmina na aprovação do pagamento das benfeitorias e respectiva notificação pessoal do ocupante de boa-fé para recebimento da indenização e consequente desocupação da área em 30 dias³⁶⁴. Nas hipóteses de ocupação de má-fé, o procedimento administrativo é finalizado com a simples notificação pessoal para desocupação da área no prazo máximo de 30 dias³⁶⁵. Esgotados os prazos indicados acima, sem que os ocupantes tenham se retirado das terras indígenas, caberá à FUNAI adotar as providências necessárias visando à desocupação da área, seja através da autoexecutoriedade do próprio ato administrativo, com o auxílio da Polícia Federal se necessário³⁶⁶, ou através da judicialização do caso, em razão de intenso conflito na área. Tal procedimento poderá ser adotado, por analogia, para atender a indenização pela terra nua no caso de reassentamentos inviabilizados, nos termos dispostos na tese fixada pelo STF no julgamento do RE 1.017.365, acima retratado.

Após finalizada a demarcação do território indígena e desocupada a área de indivíduos estranhos à comunidade, a integridade e a inviolabilidade da área ficarão substancialmente a encargo da FUNAI, no exercício do seu poder de polícia, empregado na necessidade de adotar providências necessárias à proteção indígena e de disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que haja a presença de indígenas isolados³⁶⁷. A repressão a ilegalidades cometidas dentro dos territórios indígenas, através da utilização de arma de fogo, da lavratura de autos de infração e da destruição de instrumentos utilizados em ilícitos apurados,

³⁶³ Decreto nº 1.775/96. Art. 4º. Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

³⁶⁴ Instrução Normativa nº 002/2012. Art. 22. Aprovado o pagamento da indenização de que trata esta Instrução Normativa pela Presidência da FUNAI, a Diretoria de Proteção Territorial providenciará a notificação pessoal de cada ocupante para receber a indenização e deixar a área no prazo de 30 (trinta) dias. (...)

³⁶⁵ Instrução Normativa nº 002/2012. Art. 22. (...) § 1º. Havendo ocupantes sem direito à indenização, em razão de as benfeitorias serem decorrentes da ocupação de má-fé, ou enquadrados no art. 9º, §3º, desta Instrução Normativa, a Diretoria de Proteção Territorial fará a notificação pessoal para que desocupem a área no prazo máximo de 30 (trinta) dias. (...)

³⁶⁶ Instrução Normativa nº 002/2012. Art. 22. (...) § 2º. Esgotados os prazos indicados acima, sem que os ocupantes se retirem da área, a Diretoria de Proteção Territorial adotará as providências necessárias visando à desocupação da terra indígena pelos não índios, inclusive solicitando o auxílio da Polícia Federal, caso seja necessário.

³⁶⁷ Decreto nº 1.775/96. Art. 7º O órgão federal de assistência ao índio poderá, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios.

seriam instrumentos importantes na concretização da proteção dos territórios indígenas demarcados, contudo tais instrumentos não restaram regulamentados, o que dificulta a atuação dos servidores da autarquia indigenista, já que esses acabam dependendo do acompanhamento e do auxílio de órgãos ambientais ou de segurança pública para adoção de determinadas medidas.

Por outro lado, deve-se ter claro que o poder de polícia da FUNAI dirige-se substancialmente à restrição de direito e de liberdade de terceiro não indígena, em razão do interesse público na matéria, não podendo ser confundido com a tutela orfanológica de indígenas, entendimento superado pelo texto constitucional de 1988, não havendo responsabilidade da autarquia indigenista por atos cometidos livremente por indígenas, os quais gozam de capacidade civil plena, capacidade que inclusive restou reconhecida pela tese fixada pelo STF no julgamento do RE 1.017.365³⁶⁸. Nesse contexto, não há qualquer possibilidade de atribuir à FUNAI a fiscalização de propriedades ou posses privadas, em razão de eventuais conflitos com indígenas, já que haveria o completo desvirtuamento da competência legal assegurada à autarquia pela Lei 5.371/67³⁶⁹. Entendimento contrário seria presumir a existência de autoridade do Estado sobre atos cometidos pelos povos originários, o que viola a autodeterminação assegurada pela Convenção nº 169 da OIT.

Oportuno, ainda, mencionar a existência do Decreto nº 4.412/02, que dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em terras indígenas, prevendo, em seu artigo 3º, que caberá aos órgãos adotar, nos limites de suas competências e sem prejuízo das atribuições, “medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas”³⁷⁰.

³⁶⁸ Tema 1.031 da repercussão geral: (...) XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei. (...)

³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). REsp 1.685.058/PR. Recorrente: Funai. Recorridos: Geneci Aparecida Siqueiri Fanhani e outros. Relator: Min. Herman Benjamin, 13 de março de 2018. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701710502&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em: 05 ago. 2023.

³⁷⁰ BRASIL. Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002. Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas e dá outras providências. Brasília, out. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4412.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.412%2C%20DE%207,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em 23 out. 2023.

4.4. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA DEMARCAÇÃO

No julgamento da PET 3.388, o STF manifestou-se no sentido da vedação da ampliação de terras indígenas, o que foi incluída como uma das dezenove salvaguardas institucionais estabelecidas no próprio disposto do julgado. O Ministro Menezes Direito, proponente da salvaguarda, asseverou que a impossibilidade de revisão dos limites territoriais fixados em portaria ministerial seria consequência importante da homologação, em decorrência da necessária preponderância da segurança jurídica. Prosseguiu, destacando que o procedimento de regularização do território indígena buscaria tão somente apurar a presença indígena na data da promulgação do texto constitucional e sua respectiva extensão, fatos que, uma vez constatados, não permitiriam posterior revisão da área homologada, em atenção à ocorrência de verdadeira preclusão administrativa, o que impediria qualquer discussão sobre os limites homologados.³⁷¹

Esse entendimento defendia que o poder-dever da administração de rever de ofício seus próprios atos não alcançava fatos constatados a partir de procedimentos administrativos regularmente instaurados, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa. A conclusão de procedimento legitimamente instaurado resultaria na consolidação, por ato reflexo, de interesses públicos e particulares relacionados à área inicialmente não caracterizada como território indígena, como o caso de áreas arrecadadas por Estados e dos direitos individuais à propriedade privada. A demarcação esgotaria a identificação da ocupação tradicional, vedando qualquer alteração e consolidando interesses estranhos ao reconhecimento da tradicionalidade da ocupação, o que impediria a aplicação absoluta do poder-dever de revisão dos atos da administração, de modo a afastar o disposto no artigo 53 da Lei nº 9.784/99 e na Súmula nº 473 do STF, bem como a repelir eventual revisão fundada na conveniência e na oportunidade do administrador.³⁷²

Em sentido diametralmente contrário, o voto proferido pelo Ministro Edson Fachin no RE 1.017.365/SC, no qual se discutiu a revisão do marco temporal, ponderou que esse entendimento pela impossibilidade de ampliação funda-se no tratamento concedido à ocupação tradicional, o de simples fato, o que perde sustentação uma vez afastado o caráter

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

eminentemente civilista aplicado à matéria. Prossegue, asseverando que o redimensionamento de território demarcado não se trata de simples hipótese de conveniência e oportunidade do Administrador, e sim de efetivação de direito fundamental dos povos indígenas ao território tradicional, cujas características encontram-se no próprio texto constitucional, inexistindo espaço para discricionariedade. Destacou o Ministro que a demarcação em inobservância à Constituição exige um novo estudo capaz do adequado redimensionamento da área tradicional, o que deve ser realizado em processo administrativo demarcatório próprio e pertinente, não sendo admitido que inconstitucionalidades flagrantes se submetam a quaisquer prazos decadenciais ou prescricionais.³⁷³

Nesse sentido do voto proferido pelo Min. Edson Fachin, pondera-se que o direito fundamental indígena à ocupação tradicional exige que os estudos antropológicos de identificação e delimitação se baseiem substancialmente na demonstração da ocorrência dos elementos territoriais previstos no texto constitucional, ou seja, o procedimento demarcatório reveste-se da característica de ato administrativo vinculado, não sendo possível falar em simples discricionariedade do administrador no reconhecimento da tradicionalidade. A possibilidade de terras indígenas terem sido demarcadas sem a devida realização de laudo antropológico hígido, capaz de identificar a correta extensão dos elementos territoriais indígenas assegurados pela Constituição, evidencia a manifesta necessidade de revisão de limites anteriormente impostos, com o adequado redimensionamento de eventuais ocupações tradicionais. Cabe ao processo administrativo apurar a tradicionalidade da ocupação, a partir de um direito originário decorrente da própria condição indígena, o qual não se sujeita a nenhuma apuração da ocupação física em determinada área.

Aprofundando-se na possibilidade de redimensionamento de territórios indígenas indevidamente demarcados, oportuno abordar a inviabilidade de convalidação de vícios evidentes cometidos na formação do ato administrativo, o qual representa a manifestação da vontade da Administração, resultante a partir do processo administrativo instaurado. Pondera-se que o artigo 55 da Lei nº 9.784/99³⁷⁴ somente permite a convalidação de atos administrativos que não representem vícios insanáveis, tampouco acarretem lesão ao interesse público ou

³⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2023.

³⁷⁴ **Lei nº 9.784/99**. Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

prejuízo a terceiros³⁷⁵, o que torna qualquer ato do poder público, que não reconheça o território indígena em sua plenitude, insuscetível de convalidação.

A lesão ao interesse público primário em eventual demarcação deficitária é manifesta, já que uma necessidade fundamental indígena ficaria desprotegida, em razão do desempenho ineficiente de uma atividade administrativa. O poder público deve pautar-se na defesa dos direitos fundamentais, principalmente na promoção do preceito da dignidade da pessoa humana, o que exige a satisfação das finalidades estabelecidas no texto constitucional. Ademais, não há de se falar em direito absoluto à propriedade privada, já que o próprio texto constitucional o excepciona em diversas hipóteses de desapropriação por interesse público, por exemplo, o que evidencia a preponderância do direito fundamental indígena, já que constitui elemento indissociável de uma sociedade plural almejada pelo constituinte. O princípio da supremacia do interesse público exige ponderações e a busca pela máxima realização dos interesses envolvidos na execução da finalidade constitucional, o que afasta a ideia da existência de um confronto dicotômico entre demarcação e propriedade privada, já que o interesse público exige a concretização da dignidade da pessoa humana, o que não pode ser cerceada pela preservação do patrimônio individual.³⁷⁶

Já os vícios insanáveis, insuscetíveis de convalidação, correspondem àqueles que ofendem o motivo, o objeto (quando único), a finalidade e a congruência entre o motivo e o resultado do ato administrativo, elementos esses que restam frontalmente violados na hipótese de não reconhecimento do direito originário indígena ao território. Enquanto a finalidade do ato administrativo guarda íntima ligação com o interesse público consagrado no ordenamento, já tratado no parágrafo anterior, o motivo representa a situação de fato ou de direito que justifica a edição do ato administrativo, no caso, o próprio artigo 231 da Constituição Federal, o qual enseja diretamente o ato demarcatório, em decorrência da escolha do próprio constituinte, não havendo espaço para discricionariedade. O motivo do ato demarcatório é, portanto, vinculado, e sua inobservância evidencia a própria incongruência do ato, já que repercute na distorção do resultado. Por sua vez, o objeto do ato demarcatório deve ser lícito, ou seja, o efeito jurídico e material imediato a ser produzido (demarcação) deve atender à plenitude dos elementos territoriais indígenas presentes no texto constitucional, o que não ocorre na hipótese de um

³⁷⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha; FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. Invalidação e convalidação do contrato administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 4, p. 43-64, jan./mar. 2018. RT online.

³⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A função social e a usucapião dos bens públicos: uma releitura a partir da constitucionalização do ordenamento jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 980, p. 157-184, jun. 2017. RT online.

procedimento administrativo inadequadamente finalizado. O direito originário delimita o próprio conteúdo do ato, caracterizando seu objeto como determinado e vinculado, sem margem para subjetividade do agente público, impondo eventuais readequações.³⁷⁷

A impossibilidade de convalidação por violação ao interesse público e pela presença de graves vícios insanáveis evidenciam a peremptória nulidade do ato demarcatório que não atenda ao direito territorial originário indígena, e não a simples anulabilidade passível de convalidação pelo exercício da discricionariedade do administrador³⁷⁸. A nulidade do ato decorre da manifesta ofensa ao princípio da legalidade, conforme previsão do artigo 54 da Lei nº 9.784/99³⁷⁹, princípio que se apresenta como de amplo alcance, devendo ser interpretado a partir do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, não se restringindo à atuação da Administração ao autorizado por lei, mas também ao respeito pelos princípios constitucionais, objetivando a efetivação dos direitos fundamentais. A atuação administrativa deve se pautar por um princípio da legalidade inserido dentro do denominado princípio da juridicidade, o que exige uma atuação compatível com o chamado *bloco de legalidade* e guiada pela busca da efetividade do texto constitucional, de modo a atender a ideia de um Estado Democrático de Direito³⁸⁰. E, nesse contexto, justamente se insere a necessidade de observância do direito originário indígena ao território tradicional, o qual, uma vez desrespeitado, gera a respectiva nulidade do ato demarcatório violador.

Identificada a nulidade de eventual ato demarcatório por ofensa ao princípio da legalidade, em seu aspecto amplo, poderá ocorrer sua invalidação tanto pelo Judiciário quanto pela própria Administração. Quanto à invalidação pelo Judiciário, eventual interessado pode se valer de ações como mandado de segurança, ação popular e ação civil pública, em razão da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, de eventual lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV, CF). Já em relação à Administração, assevera-se que essa se utilizará da prerrogativa da autotutela para rever seu próprio ato, podendo revisá-lo de forma ampla, de modo a atender

³⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

³⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

³⁷⁹ **Lei nº 9.784/99**. Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (...)

³⁸⁰ MORATO, Victor Augusto de Faria. O princípio da juridicidade e o poder normativo do precedente: uma análise do art. 96 do código tributário nacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 976, p. 167-189, fev. 2017. RT online.

a legalidade que deve revestir o ato administrativo; inclusive, nesse sentido, foi editada a Súmula 473³⁸¹ do STF.

A capacidade de autotutela da Administração decorre do seu inerente poder-dever geral de vigilância, o qual deve incidir sobre os bens confiados à guarda do Poder Público, sendo permitido, inclusive, o exercício de ofício do atributo, através da autoexecutoriedade que reveste a atuação administrativa, sem necessidade de eventual provocação de terceiro. Contudo, a capacidade de autotutela não isenta a Administração de revisar o ato através do devido processo legal administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, já que há interesse de terceiros no provimento a ser reformado, o que, inclusive, condiciona a validade da própria revisão, impedindo decisões administrativas imediatas e abusivas.³⁸²

Sendo manifesta a possibilidade de revisão de ato nulo pela Administração, mostra-se oportuno enfrentar sua não sujeição à preclusão temporal. A incidência de eventual prazo decadencial para revisão de ato ilegal deve ser afastada nas situações flagrantemente inconstitucionais, as quais não devem ser consolidadas pelo transcurso de lapso temporal, sob pena de subversão do ordenamento constitucional. Permitir que eventual procedimento de demarcação ilegal se torne imutável, sob a justificativa do ato jurídico perfeito ou da decadência, equivaleria a consolidar uma situação jurídica em total desrespeito à ordem constitucional vigente, o que não se mostra razoável. Portanto, possível a revisão do ato nulo a qualquer tempo pela Administração, no seu exercício de autotutela, quando manifesta a ofensa à Constituição, não cabendo falar na aplicação do prazo decadencial de 5 anos, previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Inclusive, nesse sentido já decidiu o STF, no RE 817.338, submetido à repercussão geral³⁸³.

Por outro lado, a natureza declaratória da demarcação afasta qualquer possibilidade de decadência, já que essa se restringe a direitos potestativos, os quais exigem manifestação judicial para respectiva formação (ações constitutivas), o que não ocorre na hipótese do direito originário³⁸⁴. Ademais, a demarcação insuficiente viola um direito subjetivo ao território

³⁸¹ Súmula 473 do STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

³⁸² NERY JR., Nelson. Suspensão de segurança – agravo contra liminar. **Soluções Práticas de Direito**, São Paulo, v. 10, p. 663-720, set. 2014. RT online.

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 817.338/DF. Recorrente: UNIÃO. Recorrida: Nemis da Rocha. Relator: Min. Dias Toffoli, 16 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428869/false>. Acesso em: 17 ago. 2023.

³⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. A teoria do diálogo das fontes e a prescrição. Comunicações entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 128, p. 257-282, mar./abr. 2020. RT online.

tradicional, ensejando o surgimento de uma pretensão jurídica a ser deduzido por eventual interessado, pretensão essa imprescritível, em razão de sua natureza extrapatrimonial e declaratória. Sendo a territorialidade um atributo da personalidade indígena, inato à própria condição, deve-se ter clara a imprescritibilidade de eventual pretensão correspondente, inexistindo prazo para exercício do direito originário, o qual não se adquire ou extingue pelo não uso. A imprescritibilidade associada com o caráter absoluto e indisponível dos direitos da personalidade tornam eventual pretensão territorial passível pode ser deduzida a qualquer tempo, de forma *erga omnes*, o que torna inócuo impedir a revisão da demarcação.³⁸⁵ Ou seja, não ocorre o perecimento da faculdade de exigir a correta demarcação pelos povos afetados.

A exemplo do que ocorre com a decadência e com a prescrição, a teoria do fato consumado também merece ser afastada, não servindo de subterfúgio para regularizar ocupações não indígenas em total desrespeito ao direito originário indígena. A teoria do fato consumado objetiva preservar situações originariamente ilegais que, em razão da demora do Estado em solucionar ou decidir a questão, acabem beneficiando terceiros de boa-fé que desconheciam totalmente a ilegalidade do ato, em razão da estabilidade das relações sociais e da incidência dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Além da boa-fé e do desconhecimento da ilegalidade, a aplicação da teoria exige o preenchimento concomitante de outros requisitos, como a certeza do direito e a ausência de prejuízo ao interesse público, os quais não restam atendidos quando violados direitos fundamentais indígenas à ocupação de seus territórios tradicionais, já que o direito originário dos povos indígenas atende a uma sociedade plural almejada pelo constituinte e precede a própria existência do Estado brasileiro, estando intimamente atrelado ao preceito da dignidade da pessoa humana.³⁸⁶ Ademais, como os recursos naturais constituem um dos elementos inerentes à territorialidade dos povos originários, enseja-se a incidência da súmula 613 do STJ, a qual não admite a aplicação da teoria do fato consumado para casos envolvendo o direito ambiental, o que atende à ideia de reparação integral do dano ambiental previsto no texto constitucional (art. 225)³⁸⁷.

O fato da decadência e da estabilidade das relações serem relativizados na hipótese de eventual procedimento demarcatório infringir o texto constitucional, permitindo o redimensionamento de território indígena, não pode ser compreendido como ofensa ao

³⁸⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 4, p. 161-183, out. 2010. RT online.

³⁸⁶ OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 225-250, abr. 2015. RT online.

³⁸⁷ BARREIRA, Luciana. Fato consumado e integridade ecológica – Governança judicial à luz da Súmula n. 613 do STJ. Porto Alegre: **Fundação Fênix**, 2021. Disponível em: [www.fundarfenix.com.br/ebook/116integridadecologica]. Acesso em: 27 out. 2023.

princípio da segurança jurídica, já que tal preceito também deve assegurar a existência de uma ordem jurídica consistente e segura, na qual haja efetividade da norma, de modo a conferir confiança na realização e na concretização do direito positivado. A segurança jurídica abrange um direito geral à segurança, no sentido de resguardar o indivíduo contra atos do poder público e de outros particulares, violadores de direitos pessoais, o que também envolve a proteção de direitos sociais.³⁸⁸ Portanto, permitir o descumprimento de um dispositivo constitucional representa inevitável esvaziamento da força normativa do texto constitucional, implicando inevitável desconfiança com o ordenamento jurídico, o que deve ser combatido em nome da própria segurança jurídica.

Oportuno, ainda, mencionar classificação própria adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello. O doutrinador, ao classificar os atos administrativos inválidos, prevê uma categoria distinta do ato nulo imprescritível descrito acima, o denominado ato administrativo inexistente, no qual também é possível enquadrar a demarcação deficiente. Leciona por ato administrativo inexistente o comportamento da Administração que ofende direitos fundamentais ligados à personalidade ou à dignidade da pessoa humana, o que posicionaria o ato realizado manifestamente *fora do possível jurídico*, sendo absolutamente insanáveis seus vícios e insuscetíveis de prescrição³⁸⁹. O território tradicional indígena justamente se enquadra como um atributo da personalidade indígena, já que intimamente ligada à identidade étnica dos povos originários, sendo indissociável da perenidade da condição indígena, o que coloca eventual violação nessa seara de insanabilidade e imprescritibilidade, fora de qualquer possibilidade de tolerância.

Deve-se ter claro, também, que a manifesta inconstitucionalidade de determinado ato ou lei permite a discussão sobre a possibilidade da própria inexecução da norma pelo Poder Executivo, independentemente de provimento judicial³⁹⁰. Inclusive, o STF já reconheceu a possibilidade de o Poder Executivo determinar aos seus órgãos subordinados, a inaplicabilidade na esfera administrativa, de leis ou atos com força de lei que considere inconstitucionais³⁹¹, o

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 57, p. 5-48, out./dez. 2006. RT online.

³⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 480-495.

³⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 5, p. 205-254, mai. 2011. RT online.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 221-0/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 29 de março de 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346262>. Acesso em: 11 set. 2023.

que reforça a impossibilidade de restringir a revisão de ato demarcatório que claramente represente afronta ao direito originário indígena.

Portanto, mostra-se plenamente possível a revisão de processo administrativo demarcatório quando identificada falha supressiva do território indígena, capaz de representar risco ao exercício de direito fundamental assegurado expressamente pelo texto constitucional. A revisão de ato manifestamente inconstitucional não se sujeita a prazo decadencial, evitando que procedimentos expropriatórios sejam eternizados pela Administração, o que invariavelmente implicaria erosão da identidade indígena e manutenção de remoções forçadas. Permitir a perpetuação de um procedimento administrativo em contrariedade ao preconizado pelo texto constitucional, implicaria manifesta violação ao núcleo da dignidade humana dos povos originários, o qual tem na territorialidade seu elemento central. A peculiaridade da condição indígena permite identificar uma mínimo existencial próprio, o qual exige do Estado uma demarcação plena e emancipatória, o que é incompatível com um procedimento administrativo falho e restritivo.

Em que pese os argumentos aqui expostos, o STF, ao recentemente julgar o RE 1.017.365, entendeu de modo parcialmente diverso, fixando tese mais restritiva quanto à possibilidade de revisão de procedimentos demarcatórios deficitários. A Suprema Corte reconheceu a possibilidade de instauração de procedimento de redimensionamento de terras indígenas na hipótese de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, contudo o pedido de revisão deve ser “apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento”³⁹². Embora impugnações já deduzidas tenham sido preservadas, houve restrição aos pedidos de revisões futuras ao prazo peremptório de 5 anos da demarcação antecedente, o que não se mostra razoável frente aos argumentos delineados anteriormente.

Também não se mostrou razoável a tentativa do Projeto de Lei nº 2.903/23 de vedar indistintamente qualquer hipótese de ampliação de terras indígenas já demarcadas, o que acabou sendo objeto de veto presidencial, sob a justificativa de contrariedade ao “interesse público por restringir o poder-dever da Administração de rever seus atos, o que inviabilizaria procedimentos de revisão de casos comprovados de grave e insanável erro na condução do procedimento

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em: 06 out. 2023.

administrativo ou na definição dos limites da terra indígena”³⁹³. Além disso, o veto também salientou o “vício de inconstitucionalidade, por violação ao § 4º do art. 231 da Constituição Federal, ante a imprescritibilidade do direito a terras tradicionalmente ocupadas”³⁹⁴, e pela impossibilidade de restringir o alcance do texto constitucional por simples lei ordinária.

³⁹³ Razões do veto ao artigo 13 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

³⁹⁴ Razões do veto ao artigo 13 do Projeto de Lei nº 2.903/23. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido permitiu identificar argumentos suficientes a responder o questionamento proposto no início do trabalho, no sentido da possibilidade de revisão de processo administrativo de demarcação já finalizado, com a ampliação de áreas anteriormente demarcadas, independentemente do lapso temporal percorrido desde a conclusão do processo, o que foi possível a partir de elementos trazidos ao longo dos capítulos. A fundamentalidade do direito originário indígena, a existência de um mínimo existencial próprio, a inconstitucionalidade material de entendimentos restritivos e a natureza declaratório do ato demarcatórios convergem para solução do problema proposto pela presente dissertação, já que conferiram a fundamentação necessária a atestar a inviabilidade de convalidação de uma demarcação deficitária.

Essa análise deve impreterivelmente ser deduzida a partir de um novo paradigma trazido pelo atual texto constitucional, o qual rompe com o usualmente adotado por Constituições anteriores, não mais prevendo a transitoriedade da condição indígena a medida de sua integração a uma suposta *comunhão nacional*. Essa alteração substancial e inovadora necessariamente repercute no tratamento a ser conferido ao direito territorial indígena, o qual não mais se sujeita a perecimento, justamente em razão da perpetuação da condição indígena, o que é indissociável da garantia perpétua ao usufruto do território tradicional. Deve-se ter claro que a preservação da identidade indígena exige a defesa de todos os atributos correlatos e inerentes à sua personalidade, sob pena de favorecer a desintegração social e cultural dos povos originários, esvaziando o normativo constitucional. E, nesse contexto, a manutenção da integridade do território indígena é inegociável, em razão de constituir elemento central da identidade indígena.

Dessa forma, a integridade do território indígena não pode ser vista como simples direito positivado, e sim como núcleo da dignidade indígena, configurando vetor interpretativo da aplicação da norma constitucional, não comportando entendimentos restritivos ou supressivos. De nada adiantaria o reconhecimento do direito fundamental ao território tradicional, se o marco temporal fosse acolhido como critério válido, permitindo que episódios expropriatórios e genocidas fossem eternizados, sob pretexto de uma segurança jurídica, o que na prática representaria o enfraquecimento da efetividade do próprio texto constitucional, tolerando e legitimando remoções violentas. Da mesma, impossibilitar a revisão de procedimentos demarcatórios, que não atendam ao conceito amplo da territorialidade indígena,

também implica permissividade com episódios cruéis e trágicos, o que não contribuiu com a perpetuação da identidade dos povos originários, de forma distinta da sociedade envolvente, almejada pelo constituinte.

Tolerar a demarcação deficitária de territórios tradicionais, violando o núcleo da dignidade dos povos originários, significa impedir uma existência plena, infringindo o mínimo existencial próprio indígena, o qual exige prestações materiais necessárias à correta identificação dos espaços tradicionais, devendo englobar a necessidade de redimensionamento de territórios deficitariamente identificados em processos administrativos eivados de nulidades, uma vez que não concretizam direitos originários indispensáveis à preservação dos povos originários. Ou seja, a demarcação insuficiente afronta diretamente o texto constitucional, violando cláusula pétrea e esvaziando substancialmente a força normativa da Constituição Federal, não se mostrando razoável, em razão do preconizado pelo constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS

CRUZ, André Gonzalez. O ato concessivo de aposentadoria, reforma ou pensão, o princípio constitucional da segurança jurídica e a decadência administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 966, p. 83-106, abr. 2016. RT online.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; NASCIMENTO, Gabriel Biondes. Controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 121, p. 141-157, set./out. 2020. RT online.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; NASCIMENTO, Gabriel Biondes. Os direitos fundamentais como vetor de atuação do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 125, p. 137-156, mai./jun. 2020. RT online.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. Na pauta do Supremo, as Terras Indígenas: precisamos nos mobilizar para a defesa da vida dos povos indígenas. **Mídia Ninja**, 12 mai. 2022. Disponível em: <https://midianinja.org/luizhenriqueeloy/na-pauta-do-supremo-as-terras-indigenas-precisamos-nos-mobilizar-para-a-defesa-da-vida-dos-povos-indigenas/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista? In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

ARAUJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas**: Uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: Processo, 2018. *E-book*.

AUGUSTO, Otávio. Quatro a cada 10 terras indígenas não tiveram demarcação iniciada. **Metrópoles**, 26 jun. 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/quatro-a-cada-10-terras-indigenas-nao-tiveram-demarcacao-iniciada>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, ano 51, n. 190, p. 127-141, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://labadin.adv.br/sobre-o-conceito-constitucional-de-terra-indigena/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BARBOSA, Samuel. Introdução. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARREIRA, Luciana. Fato consumado e integridade ecológica – Governança judicial à luz da Súmula n. 613 do STJ. Porto Alegre: **Fundação Fênix**, 2021. Disponível em: www.fundarfenix.com.br/ebook/116integridadeecologica. Acesso em: 27 out. 2023.

BATISTA, Juliano de Paula; GUETTA, Maurício. A judicialização das demarcações de terras indígenas: o caso de Morro dos Cavalos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 4, p. 161-183, out. 2010. RT online.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 mar. 2023.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Manda executar a Lei N.º 601 de 18 de setembro de 1850. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1318-30-janeiro-1854-558514-publicacaooriginal-79850-pe.html>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, jan. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm#:~:text=DECRETO%20No%201.775%2C%20DE,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20no%20art. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002. Dispõe sobre a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas e dá outras providências. Brasília, out. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4412.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.412%2C%20DE%207,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Brasília, fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Brasília, nov. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constituição nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, out. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Instrução Normativa nº 002, de 3 de fevereiro de 2012. Dispõe sobre instruções para o pagamento de indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé em terras indígenas. Brasília, 2012.

BRASIL. **Lei nº 601**, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro, set. 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm#:~:text=LEI%20No%20601%2C%20DE,sem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais. Acesso em 10 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.371**, de 5 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Brasília, dez. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.001%2C%20DE%2019,sobre%20o%20Estatuto%20do%20%C3%8Dndio.&text=Art.,e%20harmoniosamente%2C%20%C3%A0%20comunh%C3%A3o%20nacional. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, jan. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.701**, de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/37732914/publicacao/37735531.htm>. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 76**, de 6 de julho de 1993. Dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária. Brasília, jul. 1993. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LCP&numero=76&ano=1993&ato=7d8kXRE5ENFpWT9e4>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Veto parcial, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, do Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Norma de Procedimento nº NP 4.002, de 29 de agosto de 1997. Dispõe sobre extrusão. Brasília, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/atos-normativos/arquivos/4002-extrusao.pdf/view>. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL. Portaria/MINISTÉRIO DA JUSTIÇA nº 14, de 09 de janeiro de 1996. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Brasília, jan. 1996. Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/legislacao-indigenista/ordenamento-territorial/portaria-mj-14-de-09-01-1996.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.903, de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas. Brasília, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157888?_gl=1*1vqn0ck*_ga*NjA3MjkzNzYwLjE2NDIxMDAzOTc.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NzAzMTE3Mi42LjAuMTY5NzAzMTE3Mi4wLjAuMA.. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Portaria/MINISTÉRIO DA JUSTIÇA nº 2.498, de 31 de outubro de 2011. Dispõe que a Fundação Nacional do Índio – FUNAI determinará a intimação dos entes federados cujos territórios se localizam nas áreas em estudo para identificação e delimitação de terras indígenas, por via postal com aviso de recebimento, no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da publicação da designação do grupo técnico especializado, nos termos do art. 2º do Decreto nº 1.775, de 1996. Brasília, out. 1996. Disponível em:

https://www.normasbrasil.com.br/norma/portaria-2498-2011_235262.html. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). AgInt no REsp 1.601.765/MT. Agravante: Antenor Duarte do Valle e outros. Recorrido: Funai e União. Relator: Min. Sérgio Kukina, 25 de junho de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601224164&dt_publicacao=01/07/2019. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). MS nº 10.269/DF (2004/0181942-1). Impetrante: Agropecuária Pedra Branca Ltda. Impetrado: Ministro da Justiça. Relator: Min. José Delgado; Redator: Min. Teori Albino Zavascki, 14 de setembro de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401819421&dt_publicacao=17/10/2005. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). EDcl no AgInt no REsp 1.356.723/RO. Embargante: Saubex Saul Bennesby Companhia de Comércio Exterior e outro. Embargados: Funai e União. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de novembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200417063&dt_publicacao=30/11/2016. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). REsp 1.685.058/PR. Recorrente: Funai. Recorridos: Geneci Aparecida Siqueiri Fanhani e outros. Relator: Min. Herman Benjamin, 13 de março de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701710502&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). RE 183.188/MT. Recorrente: Comunidade Indígena de Jaguapiré e outros. Recorrido: Octávio Junqueira Leite de Moraes e cônjuge. Relator: Min. Celso de Mello, 10 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur36687/false>. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). RMS 29.087/DF. Recorrente: Avelino Antonio Donatti. Recorrido: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Redator: Min. Gilmar Mendes, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur280522/false>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). ARE 803.462 AgR/MS. Agravante: Tales Oscar Castelo Branco. Agravado: União. Relator: Min. Teori Zavascki, 9 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur291967/false>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). MS 34.472. Impetrante: Sindicato dos Servidores do Ministério Público do Estado do Ceará – SINSEMPECE. Impetrado: União. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur376053/false>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam

direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, p. 5929, 10 dez. 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 650. 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. *Diário de Justiça*: Brasília, DF, p. 3, 09 out. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 278/MT. Autor: Oswaldo Daunt Salles do Amaral. Réus: União e Funai. Relator: Min. Soares Muñoz, 10 de agosto de 1983. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34676/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 297/MT. Autor: Julio de Queiroz Filho. Réus: União, Funai e Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Oscar Corrêa, 2 de maio de 1985. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109997/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 304/MT. Autor: Agropecuária Serra Negra Ltda. e outro. Réu: União e Funai. Relator: Min. Ilmar Galvão; Redator: Min. Edson Fachin, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109998/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 312/BA. Autor: Funai. Réu: Ananias e outros. Relator: Min. Luiz Fux, 2 de maio de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur226728/false>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 323/MG. Autor: Funai e União. Réus: Estado de Minas Gerais e outros. Relator: Min. Francisco Rezek, 14 de outubro de 1993. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34501/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 362/MT. Autor: Estado do Mato Grosso. Réus: União e Funai. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374747/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ACO 365/MT. Autor: Estado do Mato Grosso. Réu: União e Funai. Relatora: Min. Rosa Weber, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur457478/false>. Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 221-0/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves, 29 de março de 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346262>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 7.008/SP. Requerente: Procurador-Geral da República. Recorrido: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 12 a 19 de maio 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur480887/false>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 21.649/MS. Impetrante: Jose Fuentes Romero. Impetrado: Presidente da República e outros. Relator Min. Moreira Alves, 1º de junho de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20816/false>. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 24.045/DF. Impetrante: Belarmino Vasconcelos Neto e outros. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Joaquim Barbosa, 28 de abril de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur93877/false>. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 24.566/DF. Impetrante: Francisco Assis de Souza. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de março de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96089/false>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 25.483-1/DF. Impetrante: Itikana Indústria e Comércio Ltda. e outro. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 04 de junho de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur5184/false>. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 26.212. Impetrante: Agropecuária Pedra Branca Ltda. Interessado: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 03 de maio de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192428/false>. Acesso em: 08 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). MS 34.199 AgR/DF. Impetrante: Aldo Pedreschi. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Ilmar Galvão; Redator: Min. Celso de Mello, 16 de junho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427840/false>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 7 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). PET 3.388 ED/RR. Embargante: Augusto Affonso Botelho Neto. Embargado: União. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur253721/false>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 44.585/MT. Recorrente: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Recorrido: Diretor da 5ª Inspetoria Regional do Serviço de Proteção aos Índios. Relator: Min. Ribeiro da Costa, 30 de agosto de 1961. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur312968/false>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 219.983/SP. Recorrente: União. Recorrido: Francisco Nacarato e outra. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de dezembro de 1998.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur101703/false>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 817.338/DF. Recorrente: UNIÃO. Recorrida: Nemis da Rocha. Relator: Min. Dias Toffoli, 16 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428869/false>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 1.017.365/SC. Recorrente: FUNAI. Recorrido: Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina. Relatora: Min. Edson Fachin, 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Quinta Turma Suplementar). Apelação Cível 0000306-19.1997.4.01.4200/AC. Apelante: Funai. Apelado: Teresa Soares da Silva. Relator: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira, 18 de abril de 2012. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00003061919974014200>. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Oitava Turma). Apelação 0001399-89.2007.4.01.3901. Apelante: União. Apelado: Carlos Alberto Dinon. Relator: Juiz Federal Francisco Vieira Neto, 28 de março de 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Primeira Turma). AI 5017543-08.2020.4.03.0000. Agravante: Sindicato Rural de Sete Quedas. Requerido: Funai e outros. Relator: Des. Nelson Agnaldo Moraes dos Santos, 12 de junho de 2023. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/275382943>. Acesso em: 6 set. 2023.

CALEIRO, Manuel Munhoz. **Os Guarani e o direito ao centro da terra: direitos territoriais e preservacionismo no Parque Nacional do Iguaçu**. 2. ed. Naviraí/MS: Aranduká, 2021. p. 181.

CAMBI, Eduardo. Controle preventivo de constitucionalidade sob a ótica das minorias parlamentares. **Doutrinas Essenciais do Direito Constitucional**, São Paulo, v. 10, p. 969-986, ago. 2015. RT online.

CARDOSO, Giselle Maria Custódio. O Estado Socioambiental de Direito e a Garantia do Mínimo Existencial Ecológico para Indivíduos Humanos e Não Humanos. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 59-76, jan./jul. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O sistema de direitos fundamentais e sua abertura na ordem constitucional brasileira. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 137-172, jan./abr. 2022.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A Inconstância da Alma Selvagem**. São Paulo: Ubu Editora, 2017. *E-book*.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. *O perspectivismo indígena ou a natureza em pessoa*. **Ciência & Ambiente**, v. 31, p. 123-132, 2005. Disponível em: <https://cienciaeambiente.com.br/shared-files/2205/?123-132.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro. Disponível em: https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_no%C3%A7%C3%A3o_de_etnoc%C3%ADdio_com_especial_aten%C3%A7%C3%A3o_ao_caso_brasileiro. Acesso em: 18 jul. 2023.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos dos Índios**: ensaios e documentos. Brasília: editora brasiliense, 1987.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Eficácia interpretativa do princípio federativo sobre o direito processual. Federalismo processual. Contraditório no processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. (Parecer). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 300, p. 153-195, fev. 2020. RT online.

DUPRAT, Débora. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

FARRUGGIA, Esteban Hernán Giménez. **Sociología Comparada**: Ideología, Hegemonía y Estado em Antonio Gramsci y Louis Althusser. Publicação Independente, 2023. *E-book*.

FENSTERSEIFER, Tiago. Mínimo existencial ecológico (ou socioambiental): o direito fundamental às prestações materiais mínimas em termos de qualidade, equilíbrio e segurança ambiental para o desfrute de uma vida humana digna e saudável (pelas presentes e futuras gerações). In: PERALTA, Carlos E.; ALVARENGA, Luciano J.; AUGUSTIN, Sérgio (orgs.). **Direito e justiça ambiental**: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica. Caxias do Sul: Educs, 2014.

FERNANDES, Pádua. A proteção das terras indígenas no direito internacional: marco temporal, provincianismo constitucional e produção legal da ilegalidade. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 3, p. 689-699, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/92>. Acesso em: 8 mar. 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

FRANÇA, Vladmir da Rocha; FRANÇA, Catarina Cardoso Sousa. Invalidação e convalidação do contrato administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 4, p. 43-64, jan./mar. 2018. RT online.

GEDIEL, José Antônio Peres. Terras indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

GOMES, Elaine Aparecida Barbosa; BRASIL, Deilton Ribeiro. A diversidade cultural enquanto direito fundamental: o caso do povo indígena Wayãpi. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 10, n. 3, p. 258-287, set/dez 2019.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortes; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 129-145, jul/dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. A teoria do diálogo das fontes e a prescrição. Comunicações entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 128, p. 257-282, mar./abr. 2020. RT online.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. *E-book*.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. A gênese do texto da Constituição de 1988. Brasília: **Senado Federal**, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. v. 2. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/geneseconstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>. Acesso em: 25 out. 2023.

MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan. **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: Editora JusPodivum, 2018.

MALHEIRO, Emerson Penha; SILVA, Aline Games Guaraldo da. Controle de convencionalidade nos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1028, p. 181-204, jun. 2021. RT online.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

MELEU, Marcelino da Silva; THAINES, Aleteia Hummes. A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 1-280, jul./set. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 5, p. 205-254, mai. 2011. RT online.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, p. 883-914, jun. 2021. RT online.

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

Ministro Alexandre de Moraes vota contra marco temporal para demarcação de terras indígenas. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 07 jun. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508605&ori=1>. Acesso em 07 set. 2023.

MINISTRO FACHIN CONSIDERA QUE POSSE DA TERRA INDÍGENA É DEFINIDA POR TRADICIONALIDADE, E NÃO POR MARCO TEMPORAL. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, 09 set. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472697&ori=1>. Acesso em: 29 mar. 2023.

MORATO, Victor Augusto de Faria. O princípio da juridicidade e o poder normativo do precedente: uma análise do art. 96 do código tributário nacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 976, p. 167-189, fev. 2017. RT online.

MOUZALAS, Rinaldo. Duplicidade da Ação Declaratória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 237, p. 115-135, nov. 2014. RT online.

NERY JR., Nelson. Responsabilidade civil da Administração Pública aspectos do direito brasileiro positivo vigente: art. 37, § 6.º, da CF/1988 e art. 15, do CC/1916. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 1, p. 29-42, jan./mar. 2000. RT online.

NERY JR., Nelson. Suspensão de segurança – agravo contra liminar. **Soluções Práticas de Direito**, São Paulo, v. 10, p. 663-720, set. 2014. RT online.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, José Carlos. Terra Yanomami é palco de “tragédia humanitária”, dizem especialistas. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 14 jul. 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/898328-terra-yanomami-e-palco-de-tragedia-humanitaria-dizem-especialistas/>

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A função social e a usucapião dos bens públicos: uma releitura a partir da constitucionalização do ordenamento jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 980, p. 157-184, jun. 2017. RT online.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 225-250, abr. 2015. RT online.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais*. 07 jun. 1989. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm#anexo72. Acesso em: 27 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PROJETO DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS CHEGA AO SENADO. *Senado Notícias*, 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/01/projeto-do-marco-temporal-das-terras-indigenas-chega-ao-senado>. Acesso em: 20 ago. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 57, p. 5-48, out./dez. 2006. RT online.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais – o problema de sua proteção contra o poder de reforma na constituição de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, São Paulo, v. 1, p. 105-141, set. 2012. RT online.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. **A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 1-270, jul./set. 2017.

SEEGER, Anthony; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Terras e territórios indígenas no Brasil. **Revista Civilização Brasileira**, ano 00, n. 12, p. 101-15, jun. 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. **Direito dos Povos Indígenas em Disputa no STF**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018. *E-book*.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 1998.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; SILVA, Liana Amin Lima da; OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina. **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019.

Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Atas de comissões. p. 85. *Senado Federal*, Brasília. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas,.pdf. Acesso em: 21 set. 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009. *E-book*.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.