



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Excelentíssimos(as) Senhores(as) Ministros(as) do Supremo Tribunal Federal.

Recurso Extraordinário n.º 1.017.365 – com Repercussão Geral

O CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS e a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, já qualificados nos autos em epígrafe, essa última por intermédio de seu Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas, apresentam conjuntamente **MEMORIAIS** em razão do julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 1017365, anunciado para o próximo dia 11 de junho, pelos fundamentos a seguir delineados:

I – Breve Resumo:

O mencionado feito trata da reivindicação de território tradicional do povo Xokleng, no estado de Santa Catarina. A repercussão geral se deu em recurso extraordinário da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, postula **o reconhecimento e a declaração do direito imprescritível da comunidade indígena ao usufruto de suas terras, com base no art. 231 da Constituição da República**, sem sujeição à condicionante temporal estabelecida pelo inconstitucional Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, o qual foi indevidamente aplicado ao caso, de modo vinculante.

O recurso foi interposto em face de acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve sentença proferida pelo Juízo da Vara Federal de Mafra/SC, o qual julgou procedente ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA), contra os indígenas da etnia Xokleng, a FUNAI e a União.

Assevera a FUNAI que o acórdão deve ser reformado, uma vez que se afastou da hermenêutica adequada ao artigo 231, *caput* e §§, da Constituição Federal, ao privilegiar o direito de posse daquele que consta como proprietário no Registro de Imóveis, em detrimento do direito



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

originário dos indígenas, desprezando que a área objeto do litígio já foi **reconhecida** e administrativamente **declarada como de tradicional ocupação indígena** pela etnia **Xokleng** (Portaria MJ 1.128/2003).

Ao reconhecer a repercussão geral da matéria jurídica discutida, o Exmo. Ministro relator apontou que “*a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988*” ainda não foi definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante. Além disso, considerou necessária a fixação de interpretação constitucionalmente adequada ao estatuto da posse indígena de terras no Brasil, em todos os seus desdobramentos, para que seja possível versar acerca das violações ao disposto no artigo 231, *caput*, e §§ 1º a 6º, do texto constitucional.

II – Análise Jurídica da controvérsia:

a) Da tradicionalidade, do Indigenato e o afastamento do marco temporal.

Nesse momento é preciso lembrar que a tese do marco temporal, ventilada no Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU e no acórdão recorrido, despreza o caráter originário dos direitos territoriais indígenas atualmente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

A avaliação sobre os direitos territoriais dos povos indígenas não pode estar alijada da história desses povos, em especial nas áreas de retomadas recentes, como no caso dos Xokleng em Santa Catarina. As iniciativas de “retomada” das aldeias, destruídas no decorrer do processo de expulsão por frentes não indígenas, são a exteriorização das tentativas de recuperação de seus espaços, dos quais foram expulsos.

A composição histórica, geográfica e econômica do Estado brasileiro revela o sistemático esbulho imposto às comunidades indígenas, resultado das violências a que foram e são submetidas e que resultaram em deslocamentos e nos despejos forçados de diversos grupamentos



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



de suas terras tradicionais.

Em que pesem as relações de opressão, discriminação e marginalização impostas pela sociedade majoritária aos povos indígenas, desde o século XVI, reconhece-se a eles o direito às terras tradicionalmente ocupadas.

Não foi por outro motivo que o artigo 129 da Constituição de 1934 estabeleceu o direito territorial como direito humano fundamental dos indígenas, direito repetido nas Constituições posteriores até a atual Constituição Federal de 1988.

O texto de 1988 apenas reafirma, em seu art. 231, o caráter originário dos direitos territoriais, aprimorando os já existentes, cujo reconhecimento sequer depende da efetivação dos processos administrativos de demarcação.

Diz-se que houve aprimoramento dos direitos já existentes, pois a Constituição Federal de 1988 rompeu com os ideários assimilaçãoistas até então vigentes, reconhecendo o direito à diferença dos indígenas e assegurando a preservação da língua, cultura, organização social e visão de mundo.

Em nenhum momento, a última Assembleia Constituinte exteriorizou algum marco temporal para o reconhecimento desses direitos originários e sequer estabeleceu dispositivo que possa induzir equivocadamente o intérprete a tal entendimento. O texto constitucional apenas reforçou o instituto do Indigenato que, em sendo muito anterior à promulgação de 1988, não pode ser caracterizado como o marco definidor de direitos.

Os diversos estudiosos da antropologia brasileira, que estiveram presentes e acompanharam os debates durante a Assembleia Constituinte, contribuíram para o texto que reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Nesse sentido, relata a professora Manuela Carneiro da Cunha¹:

¹ CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 283



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

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

Em conhecido parecer publicado em 2016, o professor José Afonso da Silva também informa que os direitos territoriais indígenas são naturais e, portanto, precedem a Constituição Federal de 1988, tal como demonstra a evolução no instituto do Indigenato que – repita-se – surgiu no período colonial e foi inserido no plano constitucional apenas em 1934.

José Afonso da Silva, aliás, utilizando doutrina de Mendes Junior afirma que o direito ao território está relacionado a própria humanidade dos indígenas, uma vez que constitui seu modo de vida e permite a sua existência comunitária, podendo-se afirmar que é congênito e, portanto, preexistente a qualquer codificação ou previsão constitucional

Ademais, o art. 231, § 1º, da CF define a ocupação tradicional a partir dos modos de ocupação e não pelo tempo de ocupação indígena em uma determinada área, levando a concluir que ocupação tradicional não se confunde com ocupação imemorial.

O artigo 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez, não permite qualquer outra interpretação além da que o prazo máximo foi imposto à União para reparar a histórica dívida com os povos indígenas, obrigando-a a demarcar todas as terras indígenas em cinco anos.

Se indevido fixar marco temporal para os direitos originários reconhecidos pela Constituição, muito menos se deve estabelecer como exceção o denominado renitente esbulho.

Inviável exigir que povos indígenas provem a resistência – da forma como nós a entendemos – aos atos de violência a que foram submetidos na expropriação de suas terras, até porque somente depois de 1988 deixaram de estar sujeitos ao regime tutelar e impedidos de reivindicar, em nome próprio, direitos em Juízo.



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Importante destacar que o direito à diversidade cultural dos indígenas pressupõe que o Poder Judiciário considere os métodos e os conceitos singulares de resistência, relacionados aos modos de vida das diferentes comunidades indígenas. Resistir pode ser permanecer o mais próximo possível das terras tradicionais esbulhadas, por vezes em acampamentos nas margens de rodovias, em moradias improvisadas às margens de rios, escondidos nos fundos de fazenda ou em áreas de preservação ambiental. Da mesma forma, executar atividades braçais e trabalhos rurais nas fazendas formadas a partir dos despejos forçados, também foi a maneira encontrada por diversos povos indígenas para resistir aos processos de dispersão e fragmentação de suas comunidades

Dessa forma, a atual Constituição não pode ser utilizada como referência para a ocupação indígena, cujos parâmetros são diferentes dos requisitos da posse do direito civil. Não se deve exigir posse efetiva e ininterrupta de indígenas – tal como se tratasse de posse no direito privado – mas reconhecer a eles o Instituto do Indigenato, dado que seus direitos territoriais antecedem a qualquer outro.

b) O sentido de território para a composição da identidade étnica indígena.

Não há como se afastar o paradigma do direito à diferença, estabelecido no art. 231, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, na apreciação do sentido de território para a construção da identidade étnica indígena.

A categoria jurídica terra indígena, em toda sua extensão e complexidade, envolve diferentes aspectos culturais, sociais, históricos e, por conseguinte, exige que o julgador a compreenda interdisciplinarmente. Além dos aspectos econômicos e da dimensão cultural trazida pelo conceito de territorialidade é importante, ao se definir a terra indígena, pensar sobre outro aspecto relevante, que é a questão relacional do espaço.

Deve-se respeitar a cosmovisão sobre o território, sendo necessário o diálogo com a antropologia para que se traduza, com a participação dos povos indígenas, o sentido do território



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

que se busca demarcar. Estudos antropológicos evidenciam a existência de lógicas espaciais indígenas bastante diversas da sociedade majoritária, bem como distintas formas de organização territorial, fundadas em outras noções viver e usar o espaço físico.

O que se sabe é que o território – quando transformado em terra – é o espaço físico necessário para que determinada sociedade indígena desenvolva suas relações sociais, políticas e econômicas, segundo suas próprias bases culturais.

É o elo subjetivo dos povos indígenas com seu território tradicional que permite serem quem eles são e, dessa feita, o espaço tem verdadeiro valor para assegurar a sobrevivência física e cultural, sendo por isso de vital importância para a execução dos seus direitos fundamentais.

c) A responsabilização do Estado brasileiro perante o Sistema Interamericano e Universal de Proteção aos Direitos Humanos

Imprescindível observar que a adoção da tese do marco temporal poderá ensejar a responsabilização do Estado brasileiro na esfera internacional de proteção aos direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos asseverou – no caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*² – que o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas não está submetido à condição temporal, estabelecendo que: “*em claro confronto com a tese do marco temporal da ocupação, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral.*”

No caso da *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*³, a Corte afirmou a necessidade de um “*mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades*

² Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/CCR6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Último acesso em 09/06/2021.

³ Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/CCR6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Último acesso em 09/06/2021.



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001, p. 86), rejeitando a visão assimilacionista das terras indígenas em favor da diversidade cultural, funcionalizando-se a proteção à propriedade privada.

No caso *lhaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*⁴, a Corte declarou o Estado réu internacionalmente responsável pela violação dos direitos à propriedade comunitária, permitindo a presença de residentes não indígenas no território. Concluiu, também, que a Argentina não possui regulamentos adequados para garantir suficientemente o direito de propriedade da comunidade

No que concerne ao Brasil, no caso do *Povo Indígena Xucuru*, em sentença de 5 de fevereiro de 2018, a Corte reconheceu a violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru, em consequência: i) da alegada demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e ii) da suposta demora na desintrusão total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito.

As mencionadas condenações pela Corte Internamericana encontram fundamento nos diversos instrumentos que compõem o sistema regional de direitos humanos e que reconhecem os povos indígenas como detentores de direitos humanos, que se encontram em situação única de vulnerabilidade, dentre outros motivos, por não terem acesso à justiça para reivindicar seus direitos.

Desde 1972, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Resolução sobre Proteção Especial das Populações Indígenas, já declarou que *“por razões históricas, princípios morais e humanitários, era um compromiso sagrado dos Estados proteger especialmente os povos indígenas”*⁵. Já em seu informe sobre o Direito dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras

⁴ Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf. Último acesso em 09/06/2021.

⁵ CIDH. *Resolución sobre Protección Especial de las Poblaciones Indígenas-Medidas para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial*.



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ancestrais⁶, a CIDH ressaltou a relação entre a livre autodeterminação e os direitos sobre a terra e recursos naturais.

Quanto aos marcos normativos, tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos preveem o direito à propriedade, que são interpretados no sentido de conferir o direito dos povos indígenas a suas terras e recursos naturais. Esta última também prevê direitos básicos como a vida, integridade psicofísica, liberdade de expressão, entre outras.

No sistema global, o direito à autodeterminação dos povos é uníssono na Carta das Nações Unidas (art. 1.2), e em ambos os Pactos Internacionais (art.1). A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos do Povos Indígenas, especificamente, reforça esse direito.

Ademais, outros direitos, como da não discriminação e aqueles presentes na Convenção da ONU para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, preveem justamente a proibição e prevenção de atos que possam destruir parcial ou totalmente um grupo nacional étnico, racial ou religioso.

Por fim, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), promulgada no Brasil em 2004, conta com diversos artigos para reiterar o direito dos indígenas a suas terras, para a proteção de sua cultura e integridade, sendo dever dos Estados não apenas proteger, como criar mecanismos de reivindicação em caso de abuso ou invasão.

Ante o exposto, o **CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS** e a **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO** pedem, na definição da tese a ser firmada no presente julgamento, o seguimento das diretrizes constitucionais e internacionais acerca da proteção dos povos indígenas, em especial de sua autodeterminação, saúde, integridade, cultura e sobrevivência por meio de suas terras, **não sendo admitidos retrocessos** quanto aos direitos já conquistados.

⁶ CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos.* OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, pág. 81



CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Ao final, propõe-se a fixação da tese em sede repercussão geral no seguinte sentido:

A data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, não é marco temporal de ocupação da terra pelos povos indígenas, para efeito de reconhecimento como terra indígena; inexistindo vedação constitucional à ampliação de terras indígenas já demarcadas; garantindo-se integral proteção da posse permanente sobre suas terras de ocupação tradicional, independentemente da conclusão de processo administrativo demarcatório.

Brasília-DF, aos 9 de junho de 2021.



YURI COSTA

Presidente

Conselho Nacional dos Direitos Humanos

BRUNO VINÍCIUS BATISTA ARRUDA

Defensor Público Federal

Designado para Assessoria de Atuação no STF

WAGNER WILLE NASCIMENTO
VAZ:03694017194

Assinado digitalmente por WAGNER WILLE
NASCIMENTO VAZ:03694017194
Data: 2021-06-09 12:24:13
OU-CPF: OI-CP-00000000000000000000
OU-00489028092017, OI-Secretaria do Receita Federal
do Brasil - RFB, OI-ARMPDG, OI-RFB e CPF A3,
CN-WAGNER WILLE NASCIMENTO VAZ:03694017194
Razão: Eu sou o autor deste documento
Localização: Belém/PA
Data: 2021-06-09 12:24:13
Foxit Reader Versão: 10.0.0

WAGNER WILLE NASCIMENTO VAZ
Defensor Público Federal
Integrante do GT Comunidades Indígenas da DPU

JOÃO PAULO DE CAMPOS DORINI

Defensor Público Federal

coordenador do GT Comunidades Indígenas da DPU

DANIELE DE SOUZA OSÓRIO

Defensora Pública Federal

Integrante do GT Comunidades Indígenas da DPU

RAPHAEL DE SOUZA LAGE SANTORO SOARES

Assinado de forma digital
por RAPHAEL DE SOUZA
LAGE SANTORO SOARES
Dados: 2021.06.09 12:37:07
-03'00'

RAPHAEL DE S. LAGE SANTORO SOARES

Defensor Público Federal

Integrante do GT Comunidades Indígenas da DPU

FRANCISCO DE ASSIS N. NÓBREGA

Defensor Público Federal

Integrante do GT Comunidades Indígenas da DPU

RENAN V. SOTTO MAYOR DE OLIVEIRA

Defensor Público Federal

Integrante do GT Comunidades Indígenas da DPU