



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

JOSÉ ZITO FIRMINO CASADO JÚNIOR

**O DIREITO INDÍGENA E O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS NO  
BRASIL: uma análise a partir da legislação, da jurisprudência e o caso do povo  
*Fulni-ô***

RECIFE

2023

JOSÉ ZITO FIRMINO CASADO JÚNIOR

**O DIREITO INDÍGENA E O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS NO  
BRASIL: uma análise a partir da legislação, da jurisprudência e o caso do povo  
*Fulni-ô***

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Federal de Pernambuco,  
Centro de Ciências Jurídicas, como  
requisito parcial para a obtenção do  
título de bacharel(a) em Direito.

Área de Concentração: Direito  
Constitucional

Orientadora: Dra. Antonella Galindo

RECIFE

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Casado Júnior, José Zito Firmino.

O direito indígena e o processo de demarcação das terras no Brasil: uma análise a partir da legislação, da jurisprudência e o caso do povo Fulni-ô / José Zito Firmino Casado Júnior. - Recife, 2023.

p. 67

Orientador(a): Antonella Bruna Galindo

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2023.

1. Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Demarcação. 4. Fulni-ô. 5. Povos indígenas. 6. Constitucionalismo. I. Galindo, Antonella Bruna. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

JOSÉ ZITO FIRMINO CASADO JÚNIOR

**O DIREITO INDÍGENA E O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS NO  
BRASIL: uma análise a partir da legislação, da jurisprudência e o caso do povo  
*Fulni-ô***

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Universidade Federal de Pernambuco,  
Centro de Ciências Jurídicas, como  
requisito parcial para a obtenção do título  
de bacharel(a) em Direito.

Aprovado em: 27/09/2023.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Antonella Galindo (Orientadora)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Profº. Dr. Peter Schroder (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Profº. Camila Montanha de Lima (Examinador Externo)

Aos povos indígenas do Brasil, em especial ao povo *Fulni-ô* de Águas Belas-PE.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço aos deuses e deusas, aos orixás e a todas as entidades que me protegem e me guiam. Odoyá!

À mainha, que, desde o primeiro momento, quando disse que faria o Enem para uma nova graduação, sempre me apoiou. Sempre! Lembro bem de suas palavras lá nos idos de 2013: “se for pra você ajudar outras pessoas, você vai passar!” Espero fazer valer essa profecia, a começar por esse trabalho de conclusão. Gratidão, dona Ilza!

À minha família. Meu pai, Seu Zito, minhas irmãs, Mary e Michele (que lá do outro lado do Oceano sempre torceu e torce por mim), meu irmão, Márcio. Aos sobrinhos e sobrinhas: Felipe, Luiza, João, Michell, Clara e Mayara. Obrigado pela paciência e incentivo!

Ao povo *Fulni-ô*. Não tenho palavras para descrever o privilégio de conviver com pessoas de coração tão generoso, de uma riqueza cultural incrível e de uma sabedoria e resiliência que me impressiona. Gratidão por todo ensinamento e por me acolher de forma tão carinhosa. Obrigado, Bruno e Tadeu, meus irmãos! *Kelhafo!*

Aos/às meus/minhas amigas de vida pela torcida! Wanessa, Tati, Matheus, Célia, Kátia, Yuri. Gratidão por todo apoio!

Aos amigos do grupo de estudo 1 dia sai: Robertson, nosso decano, que tinha sempre uma palavra de incentivo e uma escuta atenta. Gratidão pelo apoio na graduação e na vida, camarada! E aos/às demais: Aninha, Ariano, Carlos, Erick, Reinaldo, Tiago, Vini, Clarissa, Laís e Mamede. Obrigado por toda convivência!

Ao movimento Zoada, na pessoa da minha querida Robeyoncé, que, embora não exista mais, marcou profundamente a minha vida nos tempos de graduação. Sem dúvida, o movimento estudantil, especificamente o movimento Zoada, mudou minha visão de mundo, sobretudo do ponto de vista político. Gratidão por todos os eventos e por todo aprendizado.

Ao núcleo de Moreno da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco: Dr. Marcelo, de Erika, de Rayane, de Thayná e dona Nita. Nossa! Como eu aprendi ali

naquele um ano de estágio! Gratidão por todo apoio que recebi de vocês e por todo conhecimento compartilhado!

À minha orientadora, Antonella Galindo. Pelo carinho com que sempre ouviu as minhas demandas acadêmicas. Pelos ensinamentos em sala de aula. Obrigado por despertar em mim o desejo de lutar em defesa dos/as mais vulneráveis! E obrigado por existir enquanto pessoa. Você é necessária!!!

Nossos índios mais velhos morava ali no centro da cidade. Eles contava que eles [...] foi um inferno pra os índios. Os Coronéis batiam em índio, queimavam casa de índio, expulsavam eles várias vezes. Tanto é que nós tivemos índio foragido em Bom Conselho, em Garanhuns, Coxo das Trinchiras, na região por aqui por perto tudinho os índio se espalharam, nessas época. Então, nós com essa força toda, nós fiquemo sempre por ali ao redor. Corria, mas depois voltava até que se localizemo aqui (Joventino, 51 anos, professor de yathê e agricultor). (*Apud* QUIRINO, 2006, p. 49).

## RESUMO

A história dos povos indígenas no Brasil se confunde com a história da violação dos seus direitos, notadamente do direito à terra. Ainda que, atualmente, esse direito se constitua como direito humano fundamental, a realidade fática nos mostra que há muito a ser feito e que os desafios são imensos. Grande parte das terras indígenas continua aguardando demarcação pelo governo federal. Por outro lado, temos um Legislativo em vias de aprovar o PL 490/2007 que estabelece o marco temporal e que pode causar um retrocesso sem precedentes para a existência dos povos indígenas no Brasil. O presente trabalho tem por objetivo caminhar pela história dos direitos indígenas, tanto do ponto de vista da legislação quanto da jurisprudência brasileira e da Corte Interamericana, passando pelo papel do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Para isso, far-se-á um estudo de caso da terra indígena *Fulni-ô*, de Águas Belas-PE, cujo processo demarcatório se encontra pendente há duas décadas e foi judicializado em 2013. Até a presente data, encontra-se concluso para julgamento no STJ. Com o novo contexto político e com a criação do Ministério dos Povos Originários, abre-se a possibilidade de maiores investimentos nos órgãos de proteção, como a Funai, e, conseqüentemente, da efetivação dos direitos indígenas e da preservação de seus territórios.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direito indígena; Demarcação; Marco temporal.

## **ABSTRACT**

The history of indigenous peoples in Brazil is intertwined with the history of the violation of their rights, notably the right to land. Although, currently, this right is constituted as a fundamental human right, the factual reality shows us that there is much to be done and that the challenges are immense. A large part of indigenous lands are still awaiting demarcation by the federal government. On the other hand, we have a Legislature in the process of approving PL 490/2007, which establishes the timeframe and which could cause an unprecedented setback for the existence of indigenous peoples in Brazil. This work aims to walk through the history of indigenous rights, both from the point of view of Brazilian legislation and jurisprudence and the Inter-American Court, passing through the role of the Executive, Legislative and Judiciary. For this, a case study will be made of the Fulni-ô indigenous land, in Águas Belas, whose demarcation process has been pending for two decades and was judicialized in 2013. To date, it has been concluded for judgment by the STJ. With the new political context and with the creation of the Ministry of Indigenous Peoples, the possibility of greater investments in protection agencies, such as Funai, and, consequently, the realization of indigenous rights and the preservation of their territories opens up.

**Keywords:** Fundamental rights; Indigenous law; Demarcation; Timeframe.

## SUMÁRIO

|                                                                                      |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>                                                            | <b>11</b> |
| <b>2 UMA HISTÓRIA DO DIREITO INDÍGENA .....</b>                                      | <b>13</b> |
| 2.1 Breve panorama histórico dos povos indígenas no Brasil .....                     | 13        |
| 2.2 A evolução do direito indígena no contexto brasileiro .....                      | 15        |
| 2.3 O direito indígena e o direito internacional .....                               | 23        |
| <b>3 DIREITO INDÍGENA À TERRA, CONSTITUCIONALISMO E JURISPRUDÊNCIA .....</b>         | <b>28</b> |
| 3.1 A jurisprudência da Corte Interamericana e o direito indígena à terra .....      | 28        |
| 3.2 O direito indígena à terra e o constitucionalismo no Brasil .....                | 33        |
| 3.3 A demarcação das terras indígenas e a jurisprudência brasileira .....            | 38        |
| <b>4 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA <i>FULNI-Ô</i> .....</b>             | <b>47</b> |
| 4.1 Aspectos históricos e socioculturais do povo <i>Fulni-ô</i> .....                | 47        |
| 4.2 O processo administrativo de demarcação da terra indígena <i>Fulni-ô</i> .....   | 51        |
| 4.3 A judicialização do processo demarcatório da terra indígena <i>Fulni-ô</i> ..... | 54        |
| <b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>                                                  | <b>59</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>                                                             | <b>62</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da questão do direito indígena no Brasil, mais especificamente do direito indígena à terra, e como ele foi sendo constituído ao longo da história. Os direitos indígenas são fruto da história de luta e resistência dos diversos povos que, por séculos a fio, lutaram (e tem lutado!) contra todas as formas de violências a que foram (são) submetidos.

Se, por um lado, temos uma Constituição que consagrou um capítulo somente para tratar dos direitos indígenas, por outro lado, vemos, ainda hoje, três décadas e meia após sua promulgação, os preceitos constitucionais sendo vilipendiados. Um exemplo disso é a demarcação das terras indígenas que, segundo o art. 67 do ADCT, deveria ter sido concluída no prazo de cinco anos após 1988. No total, de acordo com dados da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib), atualmente, são 1.393 terras indígenas, em diversas fases, que ainda não foram demarcadas<sup>1</sup>. Dentre elas, encontra-se a terra indígena *Fulni-ô* de Águas Belas-PE, cujo estudo do processo demarcatório se iniciou em 2003 e até agora não foi concluído.

Nesse sentido, indagamos: qual a razão da morosidade da Administração Pública para cumprir o comando constitucional e realizar as demarcações das terras indígenas? Por quanto tempo mais os povos indígenas terão que aguardar, sofrendo invasões, exploração de recursos minerais de forma ilegal, conflitos fundiários, até que a União intervenha e faça a delimitação, identificação e demarcação de suas terras? Será que os interesses de latifundiários, de políticos locais, do agronegócio, não seriam o motivo real para a omissão estatal? Será que o poder legislativo não estaria contribuindo com esse estado de coisas? Qual o papel do Judiciário nesse contexto? Tem sido o de perpetuar ou o de alterar essa realidade?

Essas interrogações são absolutamente necessárias, sobretudo se pensarmos que, nos quatro anos de governo Bolsonaro, de 2019 a 2022, nenhuma terra indígena foi demarcada; pelo contrário, houve centenas de

---

<sup>1</sup> ATL 2023 encerra com a conquista da demarcação de seis terras indígenas. Disponível em: <https://comin.org.br/2023/informes/atl-2023-encerra-com-a-conquista-da-demarcacao-de-seis-terras-indigenas/>, acesso em 16 de ago. de 2023.

certificações de fazendas em terras indígenas não homologadas, segundo dados do sistema de certificação de terras privadas do Governo Federal. Faz-se urgente o debate sobre o tema sob pena de perpetuarmos o processo sistemático de desrespeito aos direitos indígenas que se arrasta há séculos.

Para tanto, o trabalho tem como objetivo: fazer um levantamento histórico da questão do direito indígena no Brasil, mais especificamente do direito à terra; entender qual o lugar do direito indígena no direito internacional e como a Corte Interamericana tem julgado os casos relacionados a esse tema; analisar o processo administrativo de demarcação das terras indígenas, do ponto de vista constitucional e infraconstitucional; analisar a jurisprudência brasileira em matéria de direito indígena à terra; realizar um estudo de caso sobre o processo de demarcação da terra indígena *Fulni-ô* de Águas Belas-PE.

O trabalho tem como propósito ser resultado de uma pesquisa explicativa e exploratória. Explicativa porque busca, como o próprio nome diz, explicar, buscar as causas dos fenômenos; exploratória porque pretende buscar uma proximidade do objeto estudado, como, por exemplo, realizar um estudo de caso sobre o tema. O estudo parte de uma abordagem qualitativa, já que busca entender o problema a partir da subjetividade e não de dados numéricos. Utilizamos, assim, como técnica de pesquisa, a análise de documentos (legislação, relatórios, jurisprudência) e a revisão bibliográfica sobre o tema.

Destarte, o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro, trata do direito indígena, *lato sensu*: como esse direito foi se constituindo ao longo da história do Brasil e qual o seu lugar no âmbito do direito internacional. O segundo, tem como tema central o direito indígena à terra: como a Corte Interamericana tem julgado os casos afetos a essa temática, como o direito indígena à terra foi visto pelas Constituições ao longo da história do Brasil e como se dá a relação legislação-jurisprudência-realidade no que diz respeito ao processo de demarcação das terras indígenas.

## 2 UMA HISTÓRIA DO DIREITO INDÍGENA

### 2.1 BREVE PANORÂMA HISTÓRICO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

Antes de qualquer discussão jurídica em torno da questão demarcação das terras indígenas no Brasil, há que se entender o processo histórico em que se deu a ocupação do nosso território. Quando da invasão europeia ao continente americano, havia diversos povos habitando o território. Há estimativas que apontam em torno de 1400 etnias<sup>2</sup>. Nesse sentido, é preciso entender que desde o primeiro momento da colonização europeia houve um processo violento e sistemático de expropriação das terras que originalmente já eram ocupadas pelos povos originários.

A colonização do território brasileiro teve como lógica a empresa mercantil europeia e a, consequente, exploração dos recursos naturais. Segundo Caio Prado Jr,

no seu conjunto, e vista no plano mundial e internacional, a colonização dos trópicos toma o aspecto de uma vasta empresa comercial, mais complexa que a antiga feitoria, mas sempre com o mesmo caráter que ela, destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu. É este o verdadeiro sentido da colonização tropical, de que o Brasil é uma das resultantes; e ele explicará os elementos fundamentais, tanto no social como no econômico, da formação e evolução histórica dos trópicos americanos [...] Tudo se disporá naquele sentido: a estrutura social, bem como as atividades do país. Virá o branco europeu para especular, realizar um negócio; inverterá seus cabedais e recrutará a mão de obra de que precisa: indígenas ou negros importados. Com tais elementos, articulados numa organização puramente produtora, mercantil, constituir-se-á a colônia brasileira. (2008, p. 23).

Por muito tempo, a historiografia brasileira tradicional, notadamente eurocêntrica, procurou explicar o genocídio da população indígena tão somente pelos fatores biológicos (doenças). Entretanto, há que se ressaltar que a catástrofe demográfica não foi causada somente pelas epidemias, mas também, e sobretudo, pelas guerras de conquista e apresamento, pelo incentivo às guerras indígenas, pela fome (condição causada pela própria guerra), pela

---

<sup>2</sup> NIMUENDAJÚ, Curt. Mapa Etno-Histórico do Brasil e Regiões Adjacentes disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv14278\\_mapa.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv14278_mapa.pdf), acesso em 27 de set. de 2022.

exploração do trabalho indígena. Nesse sentido, Manuela Carneiro da Cunha (1992) afirma que

esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e micro-organismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil (p. 12).

Assim, o extermínio da população indígena era visto como uma parte da engrenagem do sistema de colonização e exploração. Nas palavras de Darcy Ribeiro, “não era só praticado, mas defendido e reclamado como remédio indispensável à segurança dos que ‘constituíam uma civilização no interior do Brasil’” (*Apud* GOMES, 2017, p. 23). O Brasil, desse modo, foi gestado a partir da violência contra os povos indígenas e da expropriação de suas terras.

Com efeito,

é plangente admitir que o sistema mercantilista colonialista, inescrupulosamente, viabilizou o extermínio de muitos povos e culturas indígenas. As potências europeias, ávidas por lucros e pelo entesouramento, preocuparam-se, a qualquer custo, em atender às demandas de sua economia, desprezando a dignidade da pessoa humana (WILL, 2014, p. 138).

Pode-se dizer que, até o ciclo do pau-Brasil, não houve efetivamente um povoamento do território brasileiro, portanto sem necessidade de uma política indigenista. Somente com a escravidão indígena, fundamental à subsistência econômica da colônia, que passou a ser essencial o desenvolvimento de políticas indigenistas, tendo em vista a preferência por esta mão de obra, mais barata, à negra. Foi com a chamada “guerra justa”, abrindo a possibilidade de captura de índios “hostis” que houve uma política indigenista mais efetiva. Esse mecanismo permitia a escravização lícita e os motivos iam desde a recusa à conversão à antropofagia.

Nesse sentido,

o colonizador/conquistador legitimou seus atos a partir da desconsideração do outro como ser humano possuidor de alteridade, de modo que, retirada a humanidade dos indígenas, as práticas de torturas e escravidão acabavam sendo consideradas comuns e necessárias para conduzir os indivíduos à civilização (GONÇALVES, 2013, p. 15).

A escravização indígena começou a ser interrompida, ainda que modestamente, com a chegada dos jesuítas e a formação dos aldeamentos, que acabou contando com o apoio direto da Coroa portuguesa.

Com efeito, a história dos povos indígenas no Brasil é a história da dominação do colonizador por meio da violência e da tomada de seus territórios. Houve o que, hodiernamente, convencionou-se chamar de “despovoamento”. Segundo dados do IBGE (1999), de uma estimativa de mais de 2.000.000 indígenas no século XVI, chegou-se em 1998 a um total de 302.888 índios, considerando as pessoas que vivem nas [terras indígenas](#). Em contrapartida, ressalte-se que essa história também é a história da luta e da resistência desses povos, pela sua existência enquanto ser e de sua cultura.

## 2.2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO INDÍGENA NO CONTEXTO BRASILEIRO

Nos primeiros dois séculos após a invasão europeia, a legislação oscilava entre as necessidades econômicas pautadas na escravidão e a defesa dos “gentios” promovida pela Igreja Católica. Assim, durante o período colonial, o Direito foi utilizado como instrumento de dominação, “através da elaboração de leis que contemplassem os interesses da minoria dominante” (GOMES, 2017, p. 33), muito embora, não houvesse uma homogeneidade, ora pendendo para a questão econômica, ora para a questão religiosa. Nas palavras de Perrone-Moisés (1992), pode-se dizer que a legislação e a política da Coroa portuguesa em relação aos povos indígenas do Brasil colonial era “contraditória, oscilante, hipócrita” (p. 115), isto porque havia a tentativa de conciliar interesses conflitantes, de colonizadores e jesuítas. Enquanto os primeiros visavam a subsistência econômica da empreitada colonizadora, os segundos tinham como objetivo a catequização dos indígenas.

Para Darcy Ribeiro,

a contradição entre os propósitos políticos da Coroa e dos jesuítas, de um lado, e o imediatismo dos traficantes de índios, do outro, não se resolveu nunca por uma decisão real pela liberdade ou pelo cativo. A legislação que regula a matéria decreta dezenas de vezes guerra justa contra índios hostis para, a seguir, coibi-las e, depois, tornar a

autorizá-las. Os atos administrativos que regiam a escravidão dos índios são igualmente um vai-e-vem: o índio podia ser legalmente escravizado porque aprisionado numa guerra justa; ou porque obtido num justo resgate; ou porque capturado num ataque autorizado; ou porque libertado do cativo de alguma tribo que ameaçava comê-lo; ou ainda porque compunha um lote de que se pagara o quinto ao governo local (*Apud* GOMES, 2017, 36)

Dentro desse contexto, tem-se a questão da terra. Para que se possa compreender como se deu a construção da legislação e da política indigenista no Brasil colônia se faz necessário entender a dinâmica dos aldeamentos. Com relação à terra das aldeias, estas eram garantidas aos índios quando dos chamados “descimentos”<sup>3</sup>. O alvará de 26/07/1596, traz, por exemplo, a expressão “senhores das terras das aldeias, como o são na serra” para se referir aos indígenas, o que será reiterado nas Cartas Régias de 30/07/1609 e 10/09/1611, que “reconheciam o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos” (CUNHA, 1987, p. 58).

Nessa mesma linha, várias normas posteriores tratariam da demarcação e posse dessas terras. Era preciso convencer os índios aldeados/aliados da fixação no território dos aldeamentos, pois tratava-se de um projeto complexo que visava não só a conversão, mas também a ocupação, a defesa e o desenvolvimento econômico da colônia. Somente com o Alvará Régio de 01/04/1680, considerado o ponto de partida para o desenvolvimento do direito indígena brasileiro, há o reconhecimento por parte da metrópole portuguesa dos direitos dos índios aos seus territórios:

E para que os índios Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos religiosos assinará aos que descerem do sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiros, e muito

---

<sup>3</sup> “Constantes e incentivados ao longo da colonização (desde o Regimento de Tomé de Souza de 1547 até o Diretório Pombalino de 1757), os descimentos eram concebidos como deslocamentos de povos inteiros para novas aldeias próximas aos estabelecimentos portugueses. Devem resultar da persuasão exercida por tropas de descimento lideradas ou acompanhadas por um missionário, sem qualquer tipo de violência. Trata-se de convencer os índios do ‘sertão’ de que é de seu interesse aldear-se junto aos portugueses, para sua própria proteção e bem-estar” (CARNEIRO DA CUNHA, 1992, p. 118)

mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito dos índios, primários e naturais senhores delas (CUNHA, 1987, p. 59)

Esta norma era restrita ao Estado do Grão-Pará e Maranhão e só será estendida a todo território brasileiro através da lei pombalina de 6 de julho de 1755 a qual garantia aos índios “no inteiro domínio e pacífica posse das terras... para gozarem delas per si e todos seus herdeiros” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 62).

Na Carta Régia de 02/12/1808 e de 26/03/1819, D. João VI, “o mais anti-indigenista dos legisladores” (CARNEIRO DA CUNHA, 1987, p. 63), reconhece os títulos dos índios sobre seus territórios e as terras das aldeias. Assim, além de declarar a primazia dos índios sobre as terras dos aldeamentos, reconheceu-se, outrossim, a primazia dos índios sobre suas terras originais.

Destarte, pode-se dizer que no âmbito da doutrina e da legislação, houve um reconhecimento formal da soberania e dos direitos territoriais dos índios do Brasil pela colônia. Entretanto, é importante ressaltar que, em grande medida, na prática, não houve uma disposição efetiva e sistemática em implementar e/ou em fazer seguir o contido nas normas. Para Gomes (2017),

em que pese a existência de legislação assegurando direito aos índios a terra, cabe frisar o abismo existente entre as normas no plano abstrato e sua efetividade. Obviamente, conforme salienta Antunes, na época não havia instrumentos jurídicos que evitassem a subtração das terras indígenas. Diante disso, as terras passavam a ser consideradas terras devolutas, que, entre outras destinações também poderiam ser utilizadas para a alocação dos indígenas desde que tivessem retornado ao domínio do Poder Público por não ter sido ocupadas por portugueses, depois de concedidas pelo regime de sesmarias. (p.41)

Até o século XIX, a discussão acerca da situação dos indígenas girava em torno da sua humanidade ou não, muito embora, desde 1537, a posição formal da Igreja fosse a de que os índios possuíssem alma e não restasse dúvida sobre sua humanidade. A depender da visão adotada, a política indigenista oscilava entre a defesa da liberdade e o incentivo à escravidão e à violência. Em contraponto à posição ferrenha adotada por D. João VI, por exemplo, de perseguição aos indígenas com a institucionalização da chamada “guerra justa”, em que havia a possibilidade de violência e escravização dos índios considerados “hostis”, José Bonifácio de Andrada e Silva propunha uma política indigenista integracionista por meio da mestiçagem. A despeito disso,

se o projeto de Bonifácio tivesse sido adotado, teria ocorrido no Brasil um “etnocídio generalizado”, haja vista que além de defender a mestiçagem como forma de incorporação dos índios à sociedade, pleiteava igualmente a compra das terras dos índios através da usurpação destas (GOMES, 2017, p. 46-47).

O fato é que a proposta de Bonifácio não foi absorvida pela Constituição de 1824 a qual não fez menção alguma aos índios. A situação se agravou com o Ato Adicional de 1834 que transferiu para as mãos dos Estados a competência para legislar sobre temas indígenas, de forma concorrente com o Governo Geral, o que acabou por ocasionar a expropriação de terras de muitos indígenas em detrimento dos interesses econômicos de então.

Com a lei de Terras, de 18/09/1850, as terras ocupadas pelos índios não seriam mais devolutas, uma vez que a posse estaria pautada no direito originário, nos termos do art. 3º, §4º, que estabelecia que “são terras devolutas: as que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei”, e do art. 5º, “serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente” [grifo nosso]. A regulamentação da Lei de Terras veio com o Decreto nº 1.318 que vinculava a propriedade da terra pelos indígenas a ato formal do Imperador, isto é, até então os índios detinham apenas a posse.

Entretanto, a exemplo de todo o período colonial brasileiro, cuja legislação e política indigenista oscilava entre extinguir aldeias e reafirmar os direitos dos índios sobre as terras, um mês após a promulgação da Lei de Terras, o Império resolve realizar a incorporação das terras das aldeias aos não-índios que nelas habitassem, promovendo, ao que parece, uma tentativa de integração dos índios à “civilização”. Pouco antes da Proclamação da República, é editado o Decreto nº 7 que visava a catequização e a civilização dos índios. A consequência disso foi um processo de espoliação paulatino com a extinção das aldeias. Segundo CARNEIRO DA CUNHA (1992), “cada passo é uma pequena burla, e o produto final, resultante desses passos mesquinhos, é uma expropriação total” (p. 146).

A Constituição de 1891, a primeira da República, não trouxe nenhuma novidade e acabou por não reconhecer qualquer direito aos povos indígenas. De

fato, nas primeiras duas décadas da República, não houve avanço no âmbito da legislação e política indigenista. A conjuntura começou a mudar com a criação do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, em 1906, que passou a administrar a política indigenista, e com a institucionalização da proteção estatal dos índios e a defesa desses povos feita pelo então Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon. Segundo ele, a proteção aos indígenas deveria ser dever do Estado e, sobretudo, de forma laica, promovendo, outrossim, uma incorporação daqueles à sociedade (branca).

As denúncias de massacres aos indígenas feitas pelo XVI Congresso dos Americanistas, ocorrido na Áustria, e pela imprensa da época, obrigaram o governo a criar um órgão que tratasse a questão: o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), em 1910. Ainda assim, a violência às comunidades indígenas não cessou. Em 1918, quando a imprensa internacional denunciou os diversos massacres, o então SPILTN foi transformado no Serviço de Proteção ao Índio (SPI) com o objetivo de colocar em prática uma política integracionista, assim como defendia o Marechal Rondon.

A Constituição de 1934, que pretendia refletir o Estado social brasileiro, trouxe, em matéria de direito dos povos indígenas, dois artigos. O art 5º, XIX, m, estabelecia a competência privativa da União para legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Já o art. 129 trazia expressamente que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”, uma reafirmação do contido na legislação infraconstitucional.

A Constituição de 1937 reproduziu a matéria sobre o tema indígena contida na Constituição anterior. Apesar dos ares da redemocratização e dos preceitos progressistas, a Constituição de 1946 não trouxe nenhuma novidade sobre o tema dos direitos dos povos indígenas, repetindo a visão integracionista e a arcaica preocupação com as terras.

Em 1967, foi criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), por meio da lei nº 5.371 que extinguiu o antigo Serviço de Proteção ao Índio (SPI). A criação da FUNAI foi resultado de uma série de denúncias sobre a ineficiência e mau

uso dos recursos por parte do SPI, além da corrupção e o envolvimento de servidores do órgão em massacres. No mesmo ano, foi promulgada uma nova Constituição. Esta trouxe algumas novidades. Dentre elas, a de que as terras ocupadas pelos “silvícolas” se incluíam entre os bens da União, conforme art. 4º, inciso 4º. Já o artigo 186, trazia que “é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”. Desse modo, o texto constitucional reafirma o direito de posse à terra pelos indígenas, embora a propriedade fosse considerada da União.

No entanto, somente com o Estatuto do Índio, “o mais importante marco regulatório sobre direito indígena no Brasil” (Gomes, 2017, p. 62), editado através da Lei nº 6.001/1973, é que houve um efetivo reconhecimento sobre a posse indígena sobre a terra. Nesse sentido,

o Estatuto do Índio estabelece a competência da União, dos Estados e dos Municípios, bem como da Administração Pública indireta na garantia aos índios e às comunidades indígenas da posse permanente das terras que habitam (art. 2º, IX), bem como descreve quais são as terras indígenas (art. 17, I a III) e que estas não podem ser objeto de arrendamento ou qualquer negócio jurídico que venha a restringir o pleno exercício da posse direta da comunidade indígena (art. 18) (GOMES, 2017, p. 62-63).

Resta dizer que o produto da ditadura militar ao mesmo tempo reforça a tutela e abre janelas para medidas como a remoção coletiva de indígenas de suas terras para outras em nome da “segurança”.

Assim, além de definir como posse permanente a ocupação efetiva da terra pelas comunidades indígenas, independente de demarcação<sup>4</sup>, o Estatuto estabelece que as terras indígenas não são passíveis de usucapião, não podendo recair sobre elas a desapropriação, conforme o artigo 38, “as terras indígenas são inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação, salvo o previsto no artigo 20”, o que promoveu uma proteção jurídica dos interesses indígenas sobre a terra. Ademais, o Estatuto colocou um prazo de

---

<sup>4</sup> 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](#), independentemente 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 (grifo nosso).

cinco anos para a demarcação, por parte do Poder Executivo, as terras ainda não demarcadas, conforme artigo 65. Como sabemos, até hoje, esse prazo não foi cumprido e não são poucos os territórios indígenas pendentes de demarcação.

Concomitantemente à evolução jurídica dos direitos indígenas, o movimento indigenista<sup>5</sup> passou a ter grande importância no cenário nacional. O movimento de forma mais estruturada teve início com o I Encontro de Chefes Indígenas, realizada no Mato Grosso, em 1974, em que os indígenas puderam discutir de forma auto-organizada e sem a intromissão de não-índios. Esse encontro foi organizado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) no intuito de que os povos indígenas pensassem soluções a partir de discussões e trocas de experiências entre si. Com o advento da Constituição de 1988 e o reconhecimento dessas organizações como associações e entidades, foi possível a atuação do ponto de vista judicial e extrajudicial na defesa de seus direitos e interesses. De acordo com o artigo 232, “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Com efeito, o movimento indigenista, juntamente com Organizações Não-Governamentais e a Comissão Missionária Indígena, foram fundamentais na elaboração da Constituição de 1988 no que tange à temática indígena. Tanto é que, devido à importância do tema, os direitos indígenas compõem um capítulo à parte na Carta Constitucional. Destaca-se, assim, o artigo 231:

são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 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.

---

<sup>5</sup> Fica evidente que são duas histórias diferentes, porém inter-relacionadas: aquela do indigenismo, bem mais antiga, e aquela das novas formas de políticas indígenas, as quais começaram a surgir depois dos encontros organizados e articulados pelo CIMI.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 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.

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

§ 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.

§ 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.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Como se pode observar, a Constituição de 1988 reafirma direitos já contidos em legislações anteriores. Porém, agora, esses direitos alçam degraus mais altos na hierarquia das normas e ganham status de direitos humano-fundamentais. Para Dantas (2014),

com a Constituição Brasileira de 1988, seu alcance e projeções no tempo presente, aquela invisibilidade e aquele silêncio, tanto no direito como na história, dão lugar ao reconhecimento e à ação emancipatória. A nossa Constituição reconhece direitos fundamentais dos povos indígenas, tais como as identidades diferenciadas das pessoas e grupos, os direitos culturais, os modos de ser, fazer e viver, as crenças e tradições, a educação diferenciada, línguas e culturas aliados sempre aos territórios e às possibilidades concretas de sobrevivências física e cultural dos povos indígenas. Reconhece, também, a capacidade dos índios de construir a sua realidade social, de decidirem e participarem das decisões sobre o seu futuro, de postularem, em todos os âmbitos, a defesa dos seus direitos.

De acordo com o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, “a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”. Para regulamentar esse processo, foi editado o Decreto nº 1.775/96 e a Portaria 14/96 do Ministério da Justiça. Assim, a FUNAI seria a responsável pela demarcação das terras indígenas a partir dos procedimentos contidos nessas normas. No entanto,

sabemos que, até hoje, trinta e quatro anos depois da promulgação da Constituição, o processo de demarcação das terras indígenas ainda não foi concluído em sua totalidade, o que traz diversas consequências nefastas para as comunidades indígenas.

### 2.3 O DIREITO INDÍGENA E O DIREITO INTERNACIONAL

A inserção dos direitos indígenas no direito internacional não se deu de forma linear e objetiva, muito menos foi resultado de uma benesse dos burocratas e legisladores não-índios. Pelo contrário. Os movimentos organizados, a mídia e as pressões exercidas por eles sobre os organismos internacionais, foram essenciais no processo de reconhecimento de seus direitos no âmbito do direito internacional.

A gênese da luta indígena para ter seus direitos reconhecidos pelo direito internacional remonta ao início do século XX. Com a criação da Sociedade das Nações, em 1919, dois episódios ilustram esse início: o chefe indígena Deskaheh, que representava os iroqueses, povo que habitava a região dos Grandes Lagos norte-americanos, solicitava maior espaço para as questões indígenas na então Sociedade das Nações; e, posteriormente, a liderança maori W. T. Ratana, que reivindicava o cumprimento de um tratado entre seu povo e o Rei da Nova Zelândia. Ainda que nenhum dos dois tenha sido ouvido, é inegável que o ativismo indígena foi o responsável pela visibilidade das problemáticas enfrentadas pelos mais diversos povos. Como afirma Marques (2011),

a construção do que por ora propõe-se chamar de um “Direito Internacional dos Povos Indígenas” não pode ser compreendida senão como resultado de “fazeres” e “saberes” indígenas que, ao enfrentarem as contingências, tornam-se cada vez mais ativos e atuantes no cenário internacional (p. 517).

Dois anos depois dessas visitas, em 1926, inaugura-se uma agenda internacional para às questões indígenas com a investigação realizada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) no que diz respeito à submissão das populações nativas a trabalhos forçados. Some-se a isso a Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, que tratou da proteção das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.

Nesse início, os documentos internacionais traziam a necessidade de promover uma integração dos povos indígenas às sociedades não-índias, uma vez que as condições sociais e econômicas dos membros das populações tribais ou semitribais corresponderiam a um estágio menos adiantado que o atingindo pelos outros setores da comunidade nacional. Era sobremaneira uma visão eurocêntrica e preconceituosa da cultura e da organização social dos povos indígenas. Apesar disso, a Convenção nº 107, de 05 de junho de 1957, teve grande importância, pois passou a reconhecer os indígenas como “humanos” e, como grupo vulnerável, necessitavam de proteção especial. De acordo com o artigo 2º da Convenção,

1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países. 2. Tais programas compreenderão medidas para: a) permitir que as referidas populações se beneficiem, em condições de igualdade, dos direitos e possibilidades que a legislação nacional assegura aos demais elementos da população; b) promover o desenvolvimento social, econômico e cultural das referidas populações, assim como a melhoria de seu padrão de vida; c) criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações. 3. Esses programas terão essencialmente por objetivos o desenvolvimento da dignidade, da utilidade social e da iniciativa do indivíduo. 4. Será excluída a força ou a coerção com o objetivo de integrar as populações interessadas na comunidade nacional.

Além disso, passou a reconhecer formalmente o direito de propriedade desses povos sobre as terras originalmente ocupadas e que se fazia necessário o respeito ao direito consuetudinário das comunidades indígenas, ainda que fosse diferente do direito oficial. Assim, nos termos do artigo 11 da Convenção 107, “o direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente”.

Embora já existisse uma Subcomissão na ONU para tratar da Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias desde 1947, somente após a Convenção nº 107 que as denúncias de violações dos direitos humanos dos povos indígenas passaram a chegar na referida Subcomissão. Em 1971, decidiu-se pelo aprofundamento do tema por meio da Subcomissão por meio do jurista equatoriano José Martínez Cobo. A questão indígena foi ganhando tanta importância que, em 1977, foi realizada a Primeira Conferência Internacional de

Organizações Não Governamentais (ONGs) nas Nações Unidas cujo objetivo era discutir a discriminação sofrida pelas populações indígenas americanas. Assim, pela primeira vez, a voz dos povos indígenas pode ser ouvida por meio de suas lideranças. Como resultado da pauta de reivindicações, foi criado, cinco anos depois, o Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas como órgão subsidiário da Subcomissão.

O resultado disso foi a revisão da Convenção 107 e a edição da Convenção nº 169, em 1989, que desfez a visão do índio como primitivo que precisaria ser integrado, deixando de ser auxiliado pela “civilização” para se transformar em protagonista de seus interesses. O texto da convenção traz de forma expressa, em seu artigo 4º:

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. **2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.** 3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

No mesmo sentido, o artigo 6º traz os governos, ao aplicar as normas da Convenção, 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. [trechos destacados no original]

Além disso, o critério de inferioridade foi substituído pelo de diferença e as “populações indígenas” passaram ser vistas como “povos indígenas”, com todas as suas particularidades.

A década de 1990 foi o período de consolidação dos interesses dos povos indígenas no direito internacional. Em 1994, por meio da resolução 49/214 da UNESCO, foi instituído o Dia Internacional dos Povos Indígenas, comemorado

pela primeira vez em 09 de agosto de 1995, marcando o início da Década Internacional dos Povos Indígenas (1995-2004). Essa Resolução trazia também a preocupação de criar um foro permanente de discussão sobre as questões indígenas, a elaboração de uma Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas, além de incentivar a autonomia dos povos indígenas e a participação destes nas decisões governamentais de seus países.

O foro foi criado em 2001, como órgão consultivo do Conselho Econômico e Social, o Foro Permanente da ONU para Assuntos Indígenas. Para Marques (2011),

desde então, por seu trabalho de busca, identificação e sistematização dos dados e projetos existentes – e esparsos – acerca das populações indígenas do mundo, o foro vem se consolidando como uma das esferas mais atuantes no que se refere ao tratamento das questões indígenas.<sup>8</sup> Em reuniões regulares, contando com forte representação das nações indígenas, o foro desempenhou, ainda, papel determinante nas discussões que antecederam a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (p. 521).

Ressalte-se que esses avanços no direito internacional vão na direção da adequação das políticas e legislações nacionais, com vistas à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos povos indígenas, bem como da sua cultura e dos seus “saberes” e “fazeres” à diversidade das civilizações do mundo.

Em 2004, decidiu-se instituir o Segundo Decênio Internacional dos Povos Indígenas do Mundo. Dois anos depois, após vinte anos de discussões, foi aprovada pelo Conselho de Direito Humanos da ONU a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sendo aprovada pela Assembleia Geral em 2007. Sobre a Declaração,

apesar de não estabelecer novos direitos, mas apenas afirmar direitos fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas, a Declaração renova responsabilidades. Em alguns países, até seu advento, direitos indígenas eram tratados como meras necessidades ou, ainda, como favores ou privilégios concedidos pelos Estados. Com esse documento, os Estados e todos os seus poderes – em nível federal, estadual e municipal – comprometeram-se a conferir garantia para os direitos indígenas (MARQUES, 2010-2011, p. 522).

A Declaração traz em seu texto a preocupação com as violências que, historicamente, foram praticadas sobre os povos indígenas. Nesse sentido, condenou expressamente a atuação violenta dos Estados e, para isso,

estabeleceu a garantia do gozo dos direitos fundamentais indígenas e seu empoderamento político e autonomia organizacional.

Cabe ressaltar que vários Estados passaram a adotar a Declaração em sua integralidade na legislação nacional, como a Bolívia, por exemplo. Ou mesmo influenciaram outros na elaboração de leis que refletissem os dispositivos da Declaração. De fato, a Declaração será um “reforço dos compromissos assumidos pelos Estados na implementação de projetos de lei, políticas públicas e decisões judiciais que visem à concretização dos direitos listados” (MARQUES, 2010-2011, p. 524). Ademais, a questão indígena passou a ser um tema transversal nas resoluções dos mais diversos órgãos da ONU (UNESCO, OIT, OMS, etc).

No âmbito americano, o marco da questão indígena no direito internacional se dá quando, em 1971, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um dos órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA), reconhece a importância de salvaguardar as comunidades indígenas das violações de direitos humanos. Em 1989, a Assembleia Geral da OEA solicitou à Comissão que elaborasse um instrumento jurídico que pudesse proteger os povos indígenas. Em 1997, foi apresentado o projeto da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Muitas discussões se sucederam após a apresentação do projeto e a Declaração só foi aprovada em 2007 e se tornou o documento-base para as decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 3 DIREITO INDÍGENA À TERRA, CONSTITUCIONALISMO E JURISPRUDÊNCIA

#### 3.1 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA E O DIREITO INDÍGENA À TERRA

O sistema interamericano de direitos humanos tem como órgãos de atuação a Comissão e a Corte. No tocante à temática indígena, a Comissão é responsável por ser o órgão consultivo, produzindo relatórios sobre as condições de vida dos povos indígenas, elaborando instrumentos normativos e fiscalizando e conscientizando os Estados membros. Sua atuação mais relevante está no recebimento e processamento de petições sobre violações de direitos humanos de indivíduos ou grupos e ou elaborando parecer ao Estado infrator ou remetendo à Corte para julgamento.

Na década de 1970, a Comissão já alertava para que os Estados respeitassem os territórios indígenas e promovessem a demarcação de suas terras. Foi o caso dos Guahibos, na Colômbia, e dos Yanomami, no Brasil. Na década seguinte, várias demandas sobre a proteção do direito à vida e à integridade foram encaminhadas à comissão. Essas denúncias coincidem com o período militar na maior parte dos países americanos. Assim,

nesse ínterim, centenas de petições alegando violações aos direitos de indivíduos e comunidades indígenas, agredidos ou mortos por agentes do Estado, chegaram à Comissão. Enquanto a Corte Interamericana ainda hesitava em reconhecer essas agressões como massacres de orientação étnica – considere-se que os grupos de países como Peru, Guatemala, México e da própria Bolívia eram os principais oponentes dos regimes militares –, a Comissão insistia neste argumento, exigindo reparação a toda a tribo (MARQUES, 2010-2011, p. 529-530).

Já a atuação da Corte difere da Comissão por ter, também, caráter contencioso. É nessa seara que as questões referentes aos direitos indígenas têm tido maior destaque, seja pela afirmação dos direitos garantidos, seja pelas reparações fixadas. Passemos a analisar, desse modo, os casos que exemplificam a atuação da Corte no que diz respeito a violações contra povos indígenas no que tange o direito aos seus territórios

Em 1995, os Awas Tingni tiveram seus territórios cedidos pelo governo da Nicarágua a uma empresa de exploração de madeira, a Sol Del Caribe S.A. Embora a Constituição reconhecesse o direito à terra aos indígenas, as demarcações ainda não haviam sido feitas. Assim, esgotadas todas as instâncias judiciais internas, o líder da comunidade enviou petição à Comissão para que interviesse na questão. Ele se baseou no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos que tratava do direito de propriedade. Entretanto, o conceito de propriedade contido na Convenção não era suficiente para que se pudesse julgar de forma efetiva e justa o caso em questão. Isso porque esse conceito era baseado nos ideais liberais cujo objetivo era basicamente econômico. Ao contrário disso, os julgadores entenderam que era necessário revisar esse conceito, tendo em vista a relação dos indígenas com a terra e os recursos naturais que transcende o aspecto meramente material. Partiram da compreensão dos direitos humanos como instrumentos vivos, passíveis de flexibilização a partir das particularidades de cada povo. Além disso, adotaram a normativa internacional de direitos humanos de forma subsidiária. Assim, os juízes adotaram o conceito de propriedade comunal para julgar o caso o qual se transformou em uma jurisprudência fundamental da Corte.

Nesse sentido,

tal entendimento vem sendo progressivamente aprimorado, como se pode verificar a partir do deslinde de casos semelhantes, como o das comunidades de Plan de Sanchez (CIDH, 2004), na Guatemala, Moiwana (CIDH, 2005a), também na Nicarágua e Yakye Axa (CIDH, 2005b), no Paraguai. Na sentença proferida sobre o último caso – referente ao deslocamento da mencionada comunidade indígena de seu território, privilegiando a propriedade privada de particulares –, a Corte aprofundou ainda mais o conceito de propriedade indígena. Ao já reconhecido direito à terra, acatando parecer da Comissão, aliou o direito de usufruto de todos os recursos que nela se encontram, entre eles a água, as plantas medicinais e os alimentos (MARQUES, 2010-2011, p. 532).

No segundo caso analisado, Yakye Axa versus Paraguai, sentenciado em 2005, a Corte invocou o art. 13 da Convenção nº 169 da OIT, que traz “a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados reviste sua relação com as terras ou territórios”, no sentido de reafirmar a relação entre os povos indígenas com seus territórios tradicionais e os respectivos recursos naturais indo além da visão econômica da terra,

considerando também os aspectos da religiosidade, de identidade cultural. Assim, o direito comunal à terra indígena estaria atravessado pelas tradições e expressões orais, costumes e línguas, sua relação com a natureza, sua culinária, com o direito consuetudinário, com sua filosofia e valores.

Nesta decisão, destaca-se o voto do juiz A.A. Cançado Trindade cujo entendimento foi o de que

para ratificar que a estreita relação dos povos indígenas com seus territórios tradicionais e os seus respectivos recursos naturais não ocorre somente por estes serem o seu principal meio de subsistência, mas também por constituírem elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e da sua identidade cultural. Consequentemente, os elementos incorporais que se desprendam deles – território e recursos naturais – devem ser salvaguardados pelo artigo 21 da CADH (BENATTI, J. H.; RAIOL, R. W. G.; LIMA, T. da S., 2021).

Tanto no julgamento do caso da Comunidade indígena Sawhoyamaxe Vs. Paraguai, em 2006, quanto no da Xákmok Kásek Vs. Paraguai, em 2010, entendeu a Corte que, no âmbito da recuperação dos territórios tradicionais, é preciso considerar que, ainda que estejam sob domínio privado, a solicitação indígena deve ser apreciada e concedida, uma vez que não deve ser imposto a essa população o oferecimento de terras alternativas ou indenizações pecuniárias. Assim,

a CorteIDH reiterou seu entendimento de que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se sustenta principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, pelo que, enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação de ditas terras permanecerá vigente. Por isso, não basta que haja outras propriedades disponíveis para a outorga de terras alternativas às reclamadas, porquanto estas devem, pelo menos, ter certas “atitudes agroecológicas” e ser submetidas a um estudo que determine seu potencial de desenvolvimento por parte da aludida comunidade (BENATTI, J. H.; RAIOL, R. W. G.; LIMA, T. da S., 2021).

Outro caso que merece destaque é o do povo Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá, sentenciado em 2014. Na decisão, a Corte chamou atenção para a necessidade de os Estados efetivarem uma política de demarcação de terras de modo a evitar um clima de incerteza sobre os limites dos territórios e a respeitar a forma como as populações indígenas se relacionam com a terra e a natureza. Nesse sentido, a proteção das áreas demarcadas estaria ligada não só à questão biológica, mas também

sociocultural, de modo que a preservação dos territórios indígenas implica diretamente na preservação do meio ambiente.

Por fim, a decisão mais importante da Corte para o Brasil foi dada em 2018 quando do julgamento do Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. A demanda foi submetida à Comissão Interamericana em 16 de outubro de 2002, peticionada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI). O objeto da controvérsia se refere à suposta violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru. No relatório de Mérito, apresentado em 2015, a Comissão concluiu que o Estado era responsável internacionalmente:

- a. pela violação do direito à propriedade, consagrado no artigo XXIII da Declaração Americana e no artigo 21 da Convenção Americana, bem como do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5o da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2o do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru e seus membros;
- b. pela violação dos direitos às garantias e à proteção judiciais consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru e seus membros (Corte IDH, 2018, p. 4.).

O caso só chegou à Corte em 16 de março de 2016. A Comissão Interamericana apresentou, em seu Relatório de Mérito, os fatos e as violações de direitos humanos praticados pelo Estado brasileiro. Assim, solicitou que o Tribunal declarasse a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações e que se ordenasse ao Estado, como medidas de reparação, as recomendações contidas no referido Relatório.

A Corte responsabilizou, por unanimidade, o Estado Brasileiro pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, e entendeu, outrossim, que o Estado é responsável pela violação do direito à proteção

judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A sentença, que, conforme consta em seus dispositivos, por si só já constitui uma forma de reparação, estabelece uma série de recomendações para o Estado Brasileiro:

Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença.

O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença.

O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela dispostos.

O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença.

O Estado deve, no prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez tenha o Estado dado cabal cumprimento ao nela disposto.

Sobre os desdobramentos desta sentença, recentemente, em fevereiro de 2020, o governo Bolsonaro depositou diretamente na conta da Associação Xucuru, a título de indenização, o valor de um milhão de dólares, estipulado pela Corte Interamericana, o que demonstra a importância do protagonismo do povo Xucuru, dos movimentos sociais e do próprio trabalho da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No tocante aos processos de desintrusão que tramitam ainda na justiça brasileira, a despeito do estabelecido na condenação, não se verificaram avanços. Por isso, em agosto de 2022, o Tribunal Regional Federal da 5ª região decidiu se unir ao Conselho Nacional de Justiça em torno da mobilização para

comprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa à terra indígena Xucuru, em Pernambuco. Desta feita, será criada uma estrutura administrativa para tratar das ações judiciais que tratam do direito à propriedade aos indígenas que tiveram a sua terra demarcada e homologada em 2001.

A despeito da morosidade no cumprimento da decisão por parte do Estado Brasileiro, há que se destacar o ineditismo desta sentença, sendo a primeira a condenar o Brasil em matéria relativa a direitos de povos indígenas ou povos originários. Sem dúvidas, por se tratar da primeira decisão da Corte IDH em matéria indígena contra o Brasil, “esse precedente do caso Xukuru potencialmente pode sinalizar a abertura da jurisprudência nacional para a construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) no tema” (NÓBREGA, 2021, p. 624). Nesse sentido, finalmente, abre-se uma perspectiva jurisprudencial importante na preservação dos direitos dos povos originários no Brasil!

### 3.2 O DIREITO INDÍGENA À TERRA E O CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

O instituto jurídico da demarcação das terras indígenas foi criado para proteger e salvaguardar a posse da terra pelos povos indígenas. Chegou-se à conclusão de que isso só seria possível quando se estabelecessem os limites territoriais dessa ocupação. Só assim, afastaria invasão por parte de terceiros. Isto porque, historicamente, as terras indígenas sempre foram objeto de invasão e exploração.

No período colonial, temos um nítido paradoxo. Ao tempo em que havia um reconhecimento, ainda que, por vezes, tímido ou com interesses velados, do direito aos territórios pelos povos indígenas, não se observava a aplicação da norma no mundo fático. Devido a esse abismo entre teoria e prática, não foram poucos os comandos normativos criados para que houvesse, de fato, o reconhecimento do direito dos indígenas sobre suas terras. Com efeito,

existe, portanto, além do reconhecimento da primazia dos índios sobre as terras dos aldeamentos, o reconhecimento da primazia do direito

dos índios sobre a suas terras originais. Em vários textos legais (por exemplo, 26 de março de 1819 e 8 de julho de 1819) declara-se que deve se devem demarcar terras de novos aldeamentos de índios “nos lugares em que se acham arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras” (8 de julho de 1819). (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 288)

O século XIX foi marcado por um processo de esbulho das terras indígenas, embora reconhecidas juridicamente, por meio de vários mecanismos. O Ato Adicional de 1834 estabelecia que as assembleias legislativas poderiam legislar cumulativamente com o governo geral sobre matéria indígena. O que ocorreu, óbvio, foi que essas assembleias legislaram contrariamente aos direitos indígenas, extinguindo aldeias para que houvesse apropriação das terras. Além disso, com a Lei de Terras (1850), as terras dos aldeamentos passaram a ser consideradas apenas como reservadas e destinadas a futura doação aos indígenas. Em consequência disso, há a extinção das aldeias e a doação não é efetivada, operando-se mais um mecanismo de expropriação das terras indígenas.

A Constituição de 1891 não trouxe a problemática dos territórios indígenas, *stricto sensu*, em seu texto, reservando-se, apenas, a estabelecer a transferência das terras devolutas para os Estados. No conceito de terras devolutas, estariam os aldeamentos extintos. Os indígenas que ainda permaneciam nesses territórios foram expulsos, uma vez que não era considerada mais terra indígena, mas terra devoluta. Para José Maria de Paula (*apud* CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 298),

passando ao domínio privado dos Estados as terras devolutas que recebera do governo imperial, é claro que somente transferiu a esse domínio as terras que realmente eram devolutas; subsistindo em toda a sua plenitude os direitos legalmente definidos ou adquiridos sobre a propriedade territorial, nos regimes anteriores. A incorporação, por parte dos Estados, ao seu domínio privado, como terras devolutas, das terras dos índios, que indiscriminadamente tinham recebido da União, ex vi da Constituição Federal de 1891, constituiu clamoroso esbulho do patrimônio indígena, sendo que deveriam tais estados, desde logo, definir a situação dessas terras dos índios, a fim de as extermarem daquelas que, como devolutas, lhes tinham sido cedidas pela União, ao invés, de, sem nenhum exame, passarem, como fizeram, desde logo, a considerá-las como suas e delas irem dispondo, mediante processos administrativos estabelecidos pelas respectivas legislações.

No início do século XX, o debate sobre a questão indígena se expandiu no Brasil. Pela primeira vez, em 1908, o Estado brasileiro foi formalmente

acusado de promover o massacre dos povos indígenas, denúncia realizada no XVI Congresso dos Americanistas, em Viena. Como resposta, o governo Nilo Peçanha cria, em 1910, o Serviço de Proteção ao Índio, que teria como diretor o então general Rondon. O decreto de criação do SPI traz uma série de dispositivos que expressam a proteção ao direito territorial indígena de forma mais incisiva. Em seu artigo 2º, o decreto estabelece que a assistência indígena terá por objeto, dentre outros:

- 2º, garantir a efectividade da posse dos territorios occupados por indios e, conjunctamente, do que nelles se contiver, entrando em accôrdo com os governos locaes, sempre que fôr necessario
- 3º, pôr em pratica os meios mais efficazes para evitar que os civilizados invadam terras dos indios e reciprocamente
- 12, promover, sempre que for possivel, e pelos meios permittidos em direito, a restituição dos terrenos, que lhes tenham sido usurpados

Destaque-se o artigo 4º que dispõe, especificamente, sobre a demarcação dos territórios indígenas: “realizado o accôrdo, o Governo Federal mandará proceder medição e demarcação dos terrenos, levantar a respectiva planta com todas as indicações necessarias, assignalando as divisas com marcos ou padrões de pedra”<sup>6</sup>.

A Constituição de 1934 manteve a linha do anteprojeto no tocante a constitucionalizar matéria não constitucional em consonância com o espírito da época e com o exemplo de Weimar e de outros códigos políticos em voga (POLETTI, 2012). A questão da terra indígena, por exemplo, é inserida, pela primeira vez, na seara constitucional somente em 1934, com o artigo 129: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Além disso, trouxe, outrossim, um importante avanço no sentido de estabelecer a União a competência privativa para legislar sobre questões indígenas (art. 5º, XIX, *m*).

A Constituição de 1937 reproduziu, por meio do artigo 154, o que a Constituição anterior trazia em matéria de direito indígena à terra. O mesmo aconteceu com a Constituição de 1946. Assim diz o artigo 216 desta Carta: “será

---

<sup>6</sup> DECRETO Nº 8.072, DE 20 DE JUNHO DE 1910. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-8072-20-junho-1910-504520-publicacaooriginal-58095-pe.html#:~:text=Cr%C3%AAa%20o%20Servi%C3%A7o%20de%20Protec%C3%A7%C3%A3o,acc%C3%B4rdo%20com%20a%20lei%20n,> acesso em 08/08/2023.

respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”. Para Pontes de Miranda,

a Constituição fala de “condição de não a transferirem”. Entenda-se: sendo, porém, inalienáveis por atos “intervivos” tais terras. “Condição” esta, aí, em sentido não técnico. A posse dos silvícolas é transmissível hereditariamente segundo a regra jurídica do direito das coisas, entre os membros da tribo, se de tribo ainda se trata. A propriedade coletiva é respeitada, e não se considera transferência a substituição automática dos membros da comunidade. (*apud* CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 310)

A despeito da Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e sem tribais de países independentes, estabelecer que o direito de propriedade deveria ser reconhecido às populações que ocupavam as terras tradicionalmente, a Constituição de 1967 consagrou a propriedade das terras indígenas à União. Nesse sentido, essas terras ficavam, de fato, inalienáveis, o que, de certa forma, promovia uma proteção contra os Estados que, não raro, dispunham delas e as vendiam a particulares. A posse permanente das terras e o usufruto exclusivo dos recursos naturais e todas as utilidades nela existentes foram asseguradas por força do artigo 186 da Constituição de 1967.

A emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, acrescentou importante dispositivo no que tange à proteção do direito indígena à terra, já que, para além de garantir a posse permanente à terra e o usufruto exclusivo, ficariam 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 (198, §1º) e a nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (198, §2º).

Foi mesmo com a Constituição de 1988 que se efetivou um tratamento diferenciado aos povos indígenas, ao consagrar a pluralidade cultural brasileira e afastando, assim, o modelo assimilacionista, até então vigente. Passou a constar como direito fundamental o respeito a sua autonomia, modos de vida, costumes, tradições e reconhecendo o direito às suas terras. A Carta de 1988 inaugura uma nova forma de entender a questão indígena indo além da tutela

estatal e da ideia de hierarquização/homogeneização. Ressalte-se que essa mudança de paradigma foi fruto de lutas históricas em nome da defesa das identidades étnicas e do reconhecimento de direitos como aspectos fundamentais dos direitos humanos. Como afirma Júlio José Araújo Júnior,

o resultado desse processo [de luta] é um documento que efetivamente abre um novo capítulo na história das relações do Estado com os povos indígenas, ao reconhecer-lhes o direito de serem como quiserem e de terem sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições respeitados. Após a Constituição de 1988, não se tolera mais em falar em “paulatina integração à comunhão nacional” para ditar a capacidade civil dos indígenas. Não cabe falar, *a priori*, em inferioridade, e sim em grupos diferenciados, que têm modos próprios de vida e que devem ser respeitados como tais. (CARNEIRO DA CUNHA, 2018, p. 178)

Com efeito, devido à importância do tema, os direitos indígenas, em especial sobre a terra, foram inseridos em capítulo próprio na Constituição Federal de 1988, incluídos na Ordem Econômica e Financeira. Assim, passou-se a reconhecer aos índios direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União concluir a demarcação das mesmas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição (GOMES, 2017, p. 66).

Dois artigos trataram especificamente da temática indígena na Constituição de 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.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 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.

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

§ 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.

§ 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.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

**Art. 232.** Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Como se pode ver, o texto constitucional representou um marco importantíssimo no processo de reconhecimento histórico dos direitos indígenas, especificamente do direito à terra. Muito embora, como se sabe, passados mais de três décadas após a promulgação da Constituição de 1988, o processo de demarcação que deveria ter sido efetivado no prazo de cinco anos, como estabelece o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), não foi totalmente concluído. Nesse contexto, vários processos relativos aos direitos indígenas e de demarcação foram levados à Suprema Corte no sentido de fazer valer o texto constitucional. É o que passaremos a analisar.

### 3.3 A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 elevou os direitos indígenas a cláusulas pétreas no intuito de proteger seus territórios e seus modos de vida do processo de violência e exploração a que estiveram submetidos desde que o Europeu aqui pisou. Para isso, consagrou esses direitos nos artigos 231 e 232. Depreende-se desses artigos que o Estado passa a reconhecer a autonomia dos povos indígenas a partir de uma visão baseada no pluralismo cultural, fulminando o paradigma integracionista até então vigente.

Além desses artigos, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o art. 67 estabelece que a União deveria ter concluído a demarcação das terras indígenas em cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988. Entretanto, já decidiu o STF, no julgamento do MS 24.566, rel. min. Marco Aurélio, que o prazo previsto no art. 67 do ADCT não é

peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável<sup>7</sup>.

O processo demarcatório é o meio administrativo pelo qual é possível explicitar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas. As diretrizes desse processo estão definidas na Lei nº 6.001, de 19/12/1973 – Estatuto do Índio, bem como no Decreto nº 1.775, de 08/01/1996. É essa legislação que atribui à FUNAI o papel de tomar iniciativa, orientar e executar a demarcação dessas terras.

O processo de demarcação das terras indígenas é normatizado pelo decreto nº 1.775/1996, assinado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que detalhou as etapas e responsabilidades envolvidas na delimitação e reconhecimento oficial dos territórios indígenas. De acordo com esse decreto, as terras serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio (art. 1º) e terão como fundamento trabalhos desenvolvidos por antropólogo/a 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 (art. 2º). O processo é iniciado com a composição de um grupo técnico especializado, coordenado pelo respectivo antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação (art. 2º, §1º). Esse levantamento pode ser realizado conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico (art. 2º, § 2º). Após a conclusão dos 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 (art. 2º, § 6º). O relatório deve ser aprovado pelo titular do órgão de assistência e publicado no Diário Oficial da União (DOU), inclusive na unidade da federação onde a área se encontra (art. 2º, § 7º).

O processo, assim, é encaminhado ao Ministério da Justiça que poderá determinar a sua demarcação, mediante portaria (art. 2º, § 10º, I); prescrever

---

<sup>7</sup> MS 24.566, rel. min. Marco Aurélio, j. 22-3-2004, P, DJ de 28-5-2004.

diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias (art. 2º, § 10º, II); ou desaprovar a identificação e retornar os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada (art. 2º, § 10º, III). Se houver ocupação de pessoas não indígenas na área sob demarcação, será concedida a elas a prioridade ao respectivo reassentamento (art. 4º). A demarcação da terra indígena será homologada mediante decreto (art. 5º). Por fim, em até trinta dias após a homologação, o órgão de assistência deve realizar o registro em cartório imobiliário da comarca onde se encontra o imóvel (art. 6º). É importante salientar que o decreto estabelece de forma enfática a participação direta do grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, em todas as fases do processo demarcatório (art. 2º, § 3º)<sup>8</sup>.

Diante de um contexto, ainda, de muitos conflitos fundiários em territórios indígenas, o papel da Constituição de 1988 tem sido o de salvaguardar os direitos desses povos. Embora a própria Constituição tenha estabelecido o prazo de cinco anos para a conclusão das demarcações das terras indígenas, é sabido que isso está muito longe de acontecer, seja por inércia/omissão do próprio Executivo, seja pela atuação do Legislativo no sentido de restringir direitos ou intimidar organizações que trabalham diretamente com os povos indígenas. Podemos citar por exemplo: a PEC 215/2000 que transferia a competência administrativa das demarcações para o Congresso e que foi arquivada recentemente, em 31/01/2023; e a PEC 76/2011 que previa a facilitação do aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas e que foi arquivada em 21/12/2018.

Em maio de 2023, foi aprovando o Projeto de Lei 490/07 na Câmara dos Deputados. O projeto transforma o marco temporal em lei e flexibiliza a proteção das terras indígenas. Primeiro, porque transfere ao Poder Legislativo a demarcação de terras. Segundo, por violar o direito dos indígenas à consulta livre, prévia e informada. A proposta legislativa deve ser apreciada pelo Senado

---

<sup>8</sup> Um aspecto fundamental do polêmico decreto é a possibilidade de contestação da proposta de demarcação dentro de um prazo de 90 dias depois da publicação do resumo no DOU; ver artigo de Artur Nobre Mendes ("A guerra dos números") em *Povos Indígenas no Brasil: 2001-2005*. São Paulo: ISA, 2006

Federal. O PL 490/07 contraria frontalmente o entendimento do Ministro Relator Edson Fachin, no RE nº 1.017.365, de que o art. 231 da Constituição Federal consiste em cláusula pétrea e, portanto, não pode ser alterado por emenda constitucional e - muito menos - por simples projeto de lei ordinária.

Do ponto de vista do Poder Executivo, recentemente, presenciamos diversas políticas atentatórias aos direitos indígenas. O governo Bolsonaro, por exemplo, promoveu um claro enfraquecimento da FUNAI, bem como dos órgãos federais de proteção ambiental (IBAMA e ICMBio), nomeando para cargos de direção militares e pessoas que não possuíam qualquer experiência na questão indígena; emitiu normas contrárias aos direitos indígenas, como, por exemplo, em 2021, quando a FUNAI emitiu dois atos administrativos que visavam barrar atividades de proteção territorial de servidores em terras indígenas não homologadas, atos esses que foram suspensos pelo STF em fevereiro de 2022; suspendeu demarcações (cumprindo, inclusive, sua promessa de campanha de que paralisaria todas demarcações de terra indígena<sup>9</sup>). Com efeito,

em nome de uma concepção meramente econômica de desenvolvimento, os sucessivos governos, independentemente de coloração partidária, não medem esforços para realizar empreendimentos em áreas ocupadas por territórios indígenas e fingem que essas populações não existem ou não têm direito a apresentar qualquer contestação. [...] Na grande maioria dos casos, o governo federal nem se dispõe a realizar procedimento de consulta prévia e, quando pretende fazê-lo, defende um modelo de consulta que seja meramente homologatório. (ARAUJO JUNIOR, 2018, p. 212)

A busca pela efetivação do direito indígena gerou, inevitavelmente, uma série de judicializações de processos demarcatórios. A Súmula nº 650 do STF, que estabelece 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. foi resultado de vários entendimentos consolidados. Os precedentes (RE 219.983-3; RE 249.705-3; RE 330.849-1; RE 335.887-1) diziam respeito à possibilidade de usucapião extraordinário em imóvel urbano em municípios da grande São Paulo. Entendeu-se, assim, que não se tratava dos

---

<sup>9</sup> RESENDE, Sarah Mota. **'No que depender de mim, não tem mais demarcação de terra indígena', diz Bolsonaro a TV.** Folha de S.Paulo, São Paulo, 05 de nov. de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/no-que-depender-de-mim-nao-tem-mais-demarcacao-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-a-tv.shtml>, acesso em 09 de ago. de 2023.

aldeamentos previstos nos termos do art. 231 da CF/1988, já que prescindiam do requisito da tradicionalidade. Essa súmula tem sido usada pelos tribunais de forma reiterada para negar o direito aos indígenas de reivindicarem os territórios que, embora não estejam ocupando, estão em disputa. Há que se considerar que muitas etnias não estão mais em seus territórios originais por expulsões, violências, ou mesmo por ter na mobilidade territorial<sup>10</sup> uma característica cultural, habitando, assim, áreas contíguas, e que a referida súmula deveria ser evocada nos casos semelhantes aos dos precedentes.

O caso mais emblemático, no que diz respeito aos direitos indígenas à terra, foi o julgamento do processo demarcatório Terra Indígena Raposa Serra do Sol, na petição 3.388/2010, relator ministro Ayres Britto, em que a Suprema Corte reconheceu a sua constitucionalidade e legitimidade. Aspectos importantes foram suscitados no julgado como o reconhecimento dos direitos indígenas no contexto de uma diversidade interétnica e intra-étnica, incluindo “índios em processo de aculturação”, os limites de atuação dos estados, o entendimento das terras indígenas como parte essencial do território brasileiro, a demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal, o falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento, o modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas, a relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente. Apesar disso, a decisão pode ser considerada um retrocesso tendo em vista ter fixado a tese do marco temporal<sup>11</sup> para fins de demarcação, ou seja, foi fixada a data da promulgação da Constituição, 05 de outubro de 1988, como um marco referencial para analisar se uma ocupação indígena, de fato, deveria ser reconhecida. Ressalte-se que se tratou de uma decisão política: uma concessão como contrapartida pela homologação da Raposa/ Serra do Sol. Segundo o ministro Ayres Britto, em seu voto,

aqui, é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a

---

<sup>10</sup> A territorialidade de um grupo indígena pode ser incluir áreas muito grandes; um exemplo: os Jamamadi na região do médio Purus.

<sup>11</sup> O marco temporal é apenas um dos 19 condicionantes estabelecidos na decisão; todos são problemáticos; o marco temporal é aquele com as consequências mais graves.

ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

A tese do marco temporal, fixada pelo STF, tem sido objeto de intensas críticas. Segundo recente relatório de riscos e violações de direitos associados à tese do marco temporal lançado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib),

a tese do marco temporal já é responsável pela paralisação e pela revisão de processos demarcatórios ao redor do país, impactando diretamente a vida de milhares de indígenas que, tendo seu direito fundamental ao território violado, enfrentam uma série de violências físicas e simbólicas, do assassinato à criminalização de suas atividades políticas, culturais e associativas. (2023, p. 2)

Dentre os argumentos apresentados pelo relatório, o marco temporal não tem lastro na Constituição Federal e nem em tratados internacionais que versam sobre os direitos indígenas e sobre direitos humanos; o marco temporal impede a demarcação de novas terras indígenas no Brasil, e fragiliza a proteção das terras indígenas já demarcadas; o marco temporal aumenta incerteza e insegurança fundiária, favorece a grilagem de terras, e representa um obstáculo para a boa governança e desenvolvimento da Amazônia; o marco temporal coloca em risco a miríade de serviços ambientais gerados por terras indígenas e impede a ampliação desses serviços ao frear a demarcação dessas terras; ao enfraquecer direitos territoriais indígenas, a tese do marco temporal contribui para as mudanças climáticas globais. A validação do marco temporal pelo STF terá efeitos de longo prazo no aumento da emissão de gases de efeito estufa, especialmente na Amazônia brasileira.

No mesmo sentido, Araujo Junior (2018) defende que

a fixação de um marco temporal não tem respaldo na concepção constitucional sobre os direitos indígenas. O texto da Constituição reconhece os direitos originários sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam, algo que é avalizado por todas as constituições anteriores, desde 1934. Além disso, a teoria do fato indígena exige requisitos da posse civil – como o da habitação permanente – e desconsidera formas peculiares de relação que os povos indígenas têm com a terra e a forma como se mantêm ligados a ela mesmo em condições adversas, o que exigiria uma compreensão do tema sob constitucional sistemático, que tenha o art. 231 como norte

interpretativo. A leitura feita pelo STF aponta, em verdade para uma perspectiva assimilacionista, que desconsidera a penosa trajetória de diversos povos despojados de suas terras – ao longo dos séculos e até pouco antes da Constituição de 1988 (durante a ditadura civil-militar) para exigir, à luz de uma concepção própria da sociedade envolvente, critérios de ocupação que não se ajustam às cosmovisões e à maneira diferenciada como se relacionam com o território. (p. 216)

Conforme entendimento do eminente professor José Afonso da Silva, em parecer datado de 2016,

(...) o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, ainda que essa proteção seja uma exigência da Constituição, que até determina competir à União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. A Constituição o diz no caput do art. 231, mas o Supremo Tribunal Federal diz o contrário em última instância.

Fica claro também que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infundáveis sobre as terras não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas. Fica claro ainda, segundo esse voto, que os conflitos entre índios e fazendeiros devem ser resolvidos em detrimento dos direitos dos índios, sem se levar em conta as normas constitucionais que os protegem!

Essa é a consequência da fixação arbitrária do marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição de 1988 e não da Constituição de 1934, repita-se a primeira a reconhecer os direitos dos índios e, portanto, o marco real da proteção constitucional desses direitos.

Com efeito, a tese do marco temporal adotada no julgamento do caso Raposa do Sol vai de encontro ao núcleo central dos direitos fundamentais dos povos indígenas, uma vez que acabou por minimizar a efetividade do comando constitucional. Ressalte-se ainda que o STF optou por afastar a força vinculante da decisão, o que não vem sendo seguido, conforme decisões dos juízos inferiores e da própria Segunda Turma.

Para Batista & Guetta (2018),

as demarcações das TIs também vêm sendo paralisadas em razão da concessão de liminares em processos judiciais. Há casos emblemáticos em que os processos ficaram suspensos por mais de dez anos e, ao final, a sentença de primeira instância reconheceu a tradicionalidade da ocupação dos indígenas e seus direitos territoriais. Enquanto isso, as incertezas jurídicas quanto aos rumos da demarcação impedem a desintrusão das TIs e tornam vulneráveis os direitos territoriais indígenas. (p. 238)

Entretanto, é importante destacar que o próprio STF tem julgados casos recentes de forma contrária à tese do marco temporal. Em 16 de agosto de 2017,

julgou improcedentes duas Ações Cíveis Originárias (ACOs 362 e 366) movidas pelo Estado do Mato Grosso contra a União e a Fundação Nacional do Índio (Funai), em razão da demarcação de terras indígenas. Por unanimidade, o plenário acompanhou o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que entendeu que o Estado não deveria ser indenizado, pois as terras em questão são de ocupação tradicional dos povos indígenas. Todos os ministros votantes reafirmaram os direitos originários dos indígenas sobre os seus territórios tradicionais. Esses julgados se voltam contra a chamada tese do marco temporal. Houve também severas críticas quanto à utilização vinculatória das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR) aos demais processos judiciais e administrativos em curso. Em diversos outros julgados, o STF e outros tribunais inferiores não acolheram a tese do marco temporal.

Em recente decisão, por unanimidade, a 5ª Turma do TRF-5 decidiu, no julgamento do processo nº 0811459-18.2022.4.05.0000, que a FUNAI e a União devem cumprir, de imediato, a sentença da julgou procedente a Ação Civil Pública nº 0800610-68.2021.4.05.8003, proposta pelo Ministério Público Federal, condenando a autarquia ré a concluir o processo de reivindicação/demarcação fundiária da terra indígena do Povo Karuazu, no Estado de Alagoas, que perdura há mais de 20 anos. No voto, o Desembargador convocado Marco Bruno Miranda Clementino argumentou que

*não custa ressaltar que o Estado brasileiro tem contra si condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Povo Indígena Xukuru e seus Membros vs. Brasil, em situação jurídica muitíssimo semelhante, referente a demora na demarcação de terra indígena e desintrusão da área respectiva. (..) No mais, tenho que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos ostentam normatividade direta ao direito doméstico brasileiro, não apenas quanto ao específico caso concreto sindicado, senão também às situações jurídicas análogas que também revelem violações sistemáticas de direitos humanos. Isso porque a jurisdição internacional, mais do que solucionar conflitos individuais, tem por finalidade canalizar para o sistema jurídico e ambiente institucional domésticos uma dimensão ética humanista de respeito à diferença e de proteção à dignidade inerente.*

Em 07 de junho de 2023, o plenário do STF prosseguiu com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1017365, que discute o chamado marco temporal para a demarcação de terras indígenas. Após o voto do ministro Alexandre de Moraes, o ministro André Mendonça pediu vista. Ao julgar o RE, o

STF deve se posicionar de forma definitiva sobre a constitucionalidade ou não da tese do marco temporal. O recurso foi interposto em face de um acórdão do TRF-4, que manteve sentença de primeira instância favorável à ação de reintegração de posse movida pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina contra o povo Xokleng da Terra Indígena Ibirama-La Klanõ e a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), com base no marco temporal. Em 21 de fevereiro de 2019, o Ministro Relator Edson Fachin reconheceu a repercussão geral da controvérsia.

Diante da iminência da aprovação do Projeto de Lei 490/07, que mais uma vez atenta contra os direitos indígenas a suas terras, é imperioso que a sociedade civil e os demais poderes estejam atentos. De fato,

sem a demarcação, as terras indígenas, seus recursos naturais e, conseqüentemente, a comunidade, ficam à mercê de toda sorte de exploradores e invasores. Dessa forma, o passar do tempo, somado à omissão administrativa, agrava os efeitos da falta de demarcação, que é distorcida e serve também como empecilho para o acesso a políticas públicas básicas voltadas para os povos indígenas, tais como saúde e educação. (FERNANDES, 2017, p. 77)

O julgamento do RE 1017365 será de fundamental importância para resolver definitivamente a celeuma jurídica; mas não só, terá um papel político, social e cultural sem precedentes na história da proteção dos direitos indígenas no Brasil!

## 4 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA *FULNI-Ô*

### 4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E SOCIOCULTURAIS DO POVO *FULNI-Ô*

O povo indígena *Fulni-ô*, que afirma o nome significar “povo da margem do rio”, ou seja, do *Rio Ipanema* que passa perto da cidade, habita, atualmente, o município de Águas Belas, a 313 quilômetros de Recife-PE. Entre as 13 terras indígenas oficialmente delimitadas em Pernambuco, a TI *Fulni-ô* é a quinta mais populosa com aproximadamente 6000 indígenas, segundo dados do Censo de 2022. A terra *Fulni-ô* compreende uma área de 11.505 hectares, aproximadamente, e divide-se em Aldeia Grande ou Aldeia Sede, que é onde residem, situada no espaço urbano, a Aldeia do Ouricuri, que fica afastado da cidade, lugar considerado sagrado em que são realizadas as cerimônias religiosas, e a Aldeia Xyxyaklhá, que significa muitas catingueiras na língua yaathê.

Até o início do século XX, os *Fulni-ô* eram conhecidos como Carnijós ou Carijós. Apesar de fontes escassas para contar uma história do povo *Fulni-ô*, as primeiras notícias de sua existência surgiram no século XVII na minuta de um Alvará de 1684, do rei Dom Pedro II (descendente da dinastia de Bragança e assumiu o poder em Portugal entre 1667 e 1706) para o governador da capitania de Pernambuco, o que confirma a presença Carnijó no sertão de Pernambuco. Para Quirino (2006),

os índios denominados de Carnijó no século XVII já eram alvos desse movimento de sedentarização, de catequese e de pressão promovido pela sociedade civil para adesão à cultura do outro que perdurou, de modo muito forte, até o século XIX. Inclusive alvos de mistura e fusão étnica, pois consta na carta (de D. Pedro II) acima apresentada uma determinação para junção das aldeias Carnijó, que, como será visto mais adiante, eram formadas por tipos etnográficos diferentes. Por isso, não é possível afirmar que os Carnijó do século XVII são os mesmos do século XIX ou que os Carnijó do século XIX simplesmente mudaram de nome no século XX, passando a chamar-se *Fulni-ô* e mantendo sua cultura e seu modo de viver intactos. O máximo que é possível afirmar é que índios denominados de Carnijó habitavam o sertão de Pernambuco desde o século XVII, na mesma localidade em que cronistas e viajantes indicaram também a presença de índios de outras etnias. Pode-se afirmar que existe uma continuidade da presença indígena naquela região, mas não se sabe como foi a miscigenação Carnijó e o seu processo de (re) elaboração cultural. O fato de os Carnijó (assim como as denominações: Xucuru, Xocó, Tremembé, entre outras) aparecerem em fontes documentais e relatos de viajantes do passado não indica que os seus descendentes devam ser pensados hoje como os índios de outrora.

Já no início do século XVIII, a Coroa portuguesa toma uma série de medidas (Alvarás, Cartas Régias) no intuito de formar e proteger os aldeamentos na região em que habitavam os Carnijós, o que, pode-se dizer, começou a se definir o domínio territorial desse povo e ficou conhecido como aldeamento Ipanema – devido ao rio que corta o território. Essas medidas foram necessárias devido aos constantes ataques de colonos às áreas aldeadas para capturar e escravizar indígenas. Nesse sentido, o rei de Portugal expediu o Alvará de 1700, cuja importância política pode ser verificada séculos depois:

Eu El Rey faço saber aos que este meu Alvará em forma de Ley virem, que por ser justo se dê toda a providência necessária a sustentação dos Parochos, e Missionarios, que assistem nos dilatados certões de todo Estado do Brazil, sobre o que se tem passado repetidas ordens, e se não executam pela repugnancia dos Donatarios, e Sismeyros, que possuem as terras nos mesmos Certões: Hey por bem e mando que a cada uma missão se dê uma legoa de terra, em quadra para sustentação dos Indios e Missionarios, com declaração, que cada Aldea se ha de compor ao menos de cem cazais, e sendo de menos, e estando algumas pequenas. Juntas ou separadas huma das outras em pouca ou menos distancia se repartirá entre ellas a dita legoa de terra em quadra a respeito dos cazaes, que tiverem, e quando cresçam ao diante de maneira que se façam de cem cazaes, ou que seja necessário dividir as grandes em mais Ádeas [...] e as taes Aldeas se situarão à vontade dos Indios, com aprovação da Junta das Missões, e nam a arbítrio dos Sismeiros ou Donatários; advertindo-se que para cada Aldea e não para os Missionarios mando dar esta terra, porque pertence aos Indios, e nam a elles; e porque tendo-as os Indios as ficão logrando os Missionarios no que lhe fôr necessario para ajudar o seu sustento. (*Apud* QUIRINO, 2006, p. 39)

A importância desse documento reside não só no fato do reconhecimento territorial, mas quando se fala de posse imemorial das terras *Fulni-ô* se recorre a ele para justificar a delimitação formal e legítima da terra. Para o professor e antropólogo Peter Schroder, coordenador do primeiro grupo técnico responsável pelo relatório circunstancial de identificação e delimitação da Terra *Fulni-ô*, entre 2003 e 2004,

para os Fulni-ô, este alvará é o primeiro documento em que sua posse e domínio territorial são reconhecidos oficialmente, embora o confinamento a áreas da extensão citada significasse uma redução considerável de seu território histórico e uma imposição de uma forma desconhecida de limites territoriais. Além disso, é importante assinalar que o rei realçou no Alvará, o qual ele queria que valesse como Carta Régia, que as terras pertenciam aos índios, e não às missões. (2012, p. 34)

O alvará não foi cumprido o que fez com que a Coroa insistisse na doação, conforme Carta Régia de 22 de maio de 1703. A “desobediência” persistiu. A Rainha da Grã-Bretanha e Infanta de Portugal exigiu cumprimento

das ordens anteriores em outra Carta Régia, datada de 5 de junho de 1705. Nas análises históricas e jurídicas sobre as terras ancestrais dos *Fulni-ô*, esta é a Carta mais citada, muito embora o Alvará de 1700 tenha uma importância formal por falar explicitamente da légua em quadra.

A cidade de Águas Belas começou a ser povoada em meados do século XIX com o estabelecimento do colono João Rodrigues Cardoso. Foi doada uma porção de terras para que se construísse a Paróquia de Nossa Senhora da Conceição de Águas Belas, utilizando-se o discurso de uma certa “aparição” de Nossa Senhora às margens de uma lagoa. A partir daí, a Paróquia foi arrendando lotes e foi sendo formado o núcleo urbano do que hoje é a cidade da Águas Belas. À medida que essa expansão ocorria, os conflitos entre índios e não-índios se intensificavam, agravados ainda mais pela Lei de Terras de 1850. O aldeamento Ipanema foi extinto em 1861. A extinção dos aldeamentos trazia consequências nefastas para os indígenas, uma vez que

para declararem extintos todos os aldeamentos indígenas do Nordeste, os governos provinciais alegavam a inexistência de índios nessa localidade e a presença, apenas, de populações “misturadas”, contínuas em relação à cultura envolvente. De modo que, do ponto de vista dos governantes, se não eram índios “puros”, não precisavam mais ser tutelados pelo governo e não poderiam mais ser portadores de direitos específicos. Tentaram encontrar um meio legal para se apossar das terras indígenas, comprometendo o direito congênito dos índios sobre as mesmas. Essa decisão só veio favorecer aos não-índios que se tornaram mais livres para praticar o esbulho das terras indígenas, alimentando assim, o conflito entre estes e os índios. (QUIRINO, 2006, pp. 44-45)

Foi o que aconteceu em Águas Belas, após a extinção do aldeamento. Os não-índios, ao passo que a cidade ia se expandindo, passaram a avançar cada vez mais sobre o território dos Carnijós. No século XX, o que se verá é um povo ainda mais resiliente e lutando pelo seu território, agora com o apoio do Serviço de Proteção ao Índio e a uma figura que se tornou símbolo da (re)construção da identidade *Fulni-ô* e da reconquista de suas terras: o padre Alfredo Pinto Damaso, então pároco de Águas Belas, e que, em 1921, foi ao Rio de Janeiro solicitar ao SPI atenção e proteção aos indígenas Carnijós. O posto indígena Dantas Barreto foi instalado em 1924 sob o argumento de que traria vantagens econômicas, pois traria através do sistema de arrendamento, lucros para o órgão tutor; além disso, foi apontado que os Carnijó apresentavam características culturais específicas como língua, costumes e coesão social.

Não são raros os relatos da história oral do povo *Fulni-ô* sobre as várias investidas de coronéis sobre as terras indígenas e das fugas e voltas ao longo do século XX. Nesse contexto, segundo Quirino (2006),

através das viagens de fugas e de voltas, os Fulni-ô expressam seu potencial político. A presença ratificada dos índios na cidade demonstra intenções políticas de caráter coletivo. Com a ida temporária e a volta garantida ensejava-se a manutenção do território ameaçado. As várias voltas e as restituições das casas representam uma forma de enfrentamento dos índios em relação aos políticos, fazendeiros e não-índios de Águas Belas de uma forma em geral. (p. 49)

Em 1º de julho de 1925, o arrendamento da Terra dos Carnijó foi formalmente institucionalizado e tinha o objetivo oficial de resolver, definitivamente, os conflitos fundiários na região. Ficou estabelecido que as áreas Carnijó ocupadas por não-indígenas deveriam retornar à posse dos índios e as que fossem utilizadas para cultivar algo seriam enquadradas no sistema de arrendamento. Acontece que, na prática, não foi bem assim. Na verdade,

o representante do Posto Indígena, Alberto Jacobina, passou a enfrentar problemas em relação à cobrança dos arrendamentos. Políticos (que muitas vezes eram também possuidores de terra) e pequenos e grandes proprietários rurais protegiam-se mutuamente e intercambiavam interesses, sobretudo, econômicos e políticos. Nessas circunstâncias, 154 ocupantes de lotes de terra do aldeamento Carnijó, sob representação do Coronel Salustiano de Siqueira, pediram revisão do projeto de arrendamento das terras indígenas, alegando a inexistência de índios na localidade.

A cena social era marcada pela disputa por recursos fundiários e a possibilidade de ocupação definitiva do território indígena por parte dos fazendeiros, pela presença persistente dos índios no local e pela atuação do SPI como "principal agência mediadora dos conflitos agrários e como instância distribuidora dos recursos fundiários a partir do reconhecimento oficial de grupos e terras indígenas" (QUIRINO, 2006, pp. 56-57)

Desse modo, o motivo principal dos conflitos entre índios e não-índios, em Águas Belas, como na maior parte do território brasileiro, sobretudo na primeira metade do século XX, girou em torno da questão fundiária. Os administradores da cidade, os ditos "coronéis", estão sempre associados, no imaginário coletivo *Fulni-ô*, a perseguições, violência e disputas territoriais. Devido a esses conflitos, expediu-se o ato nº 637 de 20 de junho de 1928 que estabelecia que as terras do aldeamento Ipanema seriam concedidas aos Carnijó e seus descendentes. Em contrapartida, foi realizada a doação de parte da área indígena para a cidade, bem como locais que continham fonte de água para abastecimento da cidade. Após o ato de 1928, somente em 1971 que o

poder público voltou a se ocupar com os limites da terra *Fulni-ô*, porém não há nenhum indício de que a demarcação física tenha sido realmente efetivada.

A história do povo *Fulni-ô* se confunde com a história das demais etnias indígenas brasileiras as quais sofreram diversas formas de violência e exploração. Na década de 1920, por exemplo, os coronéis e jagunços proibiam a prática de rituais e a comunicação na língua materna. Entretanto, o processo de luta e resistência desse povo fez com que rituais sagrados como o Ouricuri e a língua Yaathe restassem preservados. Na verdade, os *Fulni-ô* são o único grupo do Nordeste (considerando que os do Maranhão fazem parte da Amazônia legal) a manter viva sua própria língua. Destarte,

o sentimento de identidade indígena *Fulni-ô* é garantido e assegurado pela maior consciência da afirmação dos seus valores socioculturais. O Yaathe tem seu valor histórico e social para o povo *Fulni-ô* por meio de seu significado imediato e vivo. (SILVEIRA; MARQUES; HELY SILVA, 2012, p. 34)

Além do convívio com os parentes, as crianças *Fulni-ô* aprendem o Yaathe na escola bilíngue da aldeia, uma vez que o estudo da língua foi introduzido na matriz curricular do ensino em 2010, resultado da luta dos professores e professoras da aldeia. Outro instrumento de aprendizado são os cantos tradicionais, ensinados na escola e praticados na comunidade.

O Ouricuri é o lugar sagrado, onde, por 14 semanas, os *Fulni-ô* se recolhem para fazer seus rituais. Dista em torno de seis quilômetros da Aldeia sede<sup>12</sup>. As cerimônias são exclusivas para indígenas *Fulni-ô* e realizadas de forma secreta, o que pode ser entendido como uma forma de preservação e proteção da cultura frente ao colonizador branco que por séculos a fio expropriou, violentou e massacrrou esse povo.

A luta *Fulni-ô* pela sua existência enquanto povo, como exposto, foi sobretudo a luta pelas suas terras que, até o momento, ainda não foram oficialmente demarcadas. É sobre esse processo que passaremos analisar.

#### 4.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA *FULNI-Ô*

---

<sup>12</sup> Na verdade, atualmente, existem dois Ouricuris, pois o povo *Fulni-ô* tem vivido um processo de divisão interna, cada “lado” administrado por caciques e pajés diferentes.

O processo administrativo de demarcação das terras dos Fulni-ô, iniciou-se ainda na década de 1970. A FUNAI, em 1971, deu início à demarcação administrativa da terra Fulni-ô. Ficou definida uma área de 11.506 hectares, embora não tenha sido realizado o levantamento topográfico. O número de hectares não parece levar em conta a área urbana nem as alterações ocasionadas pelo decreto de 1928. A FUNAI alegava que já havia realizado, pelo menos, três levantamentos para definir os limites. Em 1985, após "insistência" dos Fulni-ô perante a 3ª Delegacia Regional de Recife, a FUNAI realizou uma aviventação dos limites da área indígena, mas se alegou que o processo havia sido perdido pelo então delegado.

Em 1993, foi feita nova tentativa de demarcação de forma definitiva. A FUNAI realizou um levantamento topográfico com avaliação antropológica levada à frente pela antropóloga Cláudia Menezes. Os motivos apresentados no relatório eram:

a) indefinição de limites existente entre a área indígena e o perímetro urbano correspondente à cidade de Águas Belas; b) indefinição quanto ao limite e acesso a trechos de uso coletivo e lotes particulares no interior do Patrimônio Indígena; c) impasse existente entre a comunidade indígena e a Prefeitura da cidade de Águas Belas no que se refere à cobrança de taxas. (SCHRODER, 2011, p. 60)

Consta do relatório que a delimitação chegou a ser concluída com base no memorial descritivo no "Termo de Cessão" de 1928, mas não foi possível concluir, pois a então prefeitura municipal se recusou a celebrar o "termo de acordo" com os indígenas *Fulni-ô*. Há que se ressaltar que a delimitação é um passo anterior à demarcação física.

Após publicação da Portaria nº 1201/PRES, de 14/11/2002, foi criado, em 2003, um grupo técnico para identificar e delimitar a terra indígena *Fulni-ô*, tendo o professor e antropólogo Peter Schroder como coordenador. Neste ato foi fixado prazo de 15 (quinze) dias para a realização dos trabalhos, que teve como ponto de partida uma visita inicial para registrar as demandas indígenas. A esta portaria seguiram-se a Portaria nº 145/PRES, de 12/03/2003, com o mesmo objetivo e inclusão de novos membros no Grupo Técnico. Foi assinado o prazo de 27 (vinte e sete) dias para a realização dos trabalhos de campo e 210 (duzentos e dez) dias para a entrega do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação. Antes mesmo de escoado esse prazo, em 29/07/2003, foi editada a Portaria nº

724/PRES, constituído outro grupo de trabalho e desta vez fixado prazo de 180 dias para a entrega do relatório.

No mesmo ano, foi elaborada uma versão preliminar do relatório circunstancial de identificação e delimitação da terra. Entretanto, após o documento ter sido entregue, em setembro do mesmo ano, o órgão indigenista não se pronunciou mais sobre o relatório, muito menos finalizou o levantamento fundiário, que teria sido um passo fundamental para conclusão do primeiro estágio do processo de regularização da terra indígena. O trabalho não avançou exatamente por causa da parada do levantamento fundiário em determinado momento; além disso, havia deficiências consideráveis no relatório ambiental.

Deduz-se que em virtude de ameaças sofridas pelos integrantes do grupo, aliada à falta de apoio policial para a continuidade dos trabalhos, em 11/05/2004 foi editada a Portaria nº 563 revogando as anteriores e determinado a suspensão dos trabalhos para continuidade em momento oportuno. Em seguida, foi editada a Portaria nº 960, de 20/07/2004, constituindo novo Grupo Técnico e determinando o uso de força policial. O prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos foi de setenta e cinco dias, sendo sessenta para os trabalhos de campo e quinze para a entrega do relatório. Embora não se possa precisar o porquê de os trabalhos desse último grupo também não terem sido concluídos, ao que tudo indica [teria que ser estendido por muito mais tempo para realizar o levantamento da situação fundiária, sobretudo dos lotes no entorno da cidade, o fato é que quatro anos após a edição desta última portaria foi editado um novo ato, desta feita a Portaria nº 927, de 11/08/2008, constituindo um novo Grupo Técnico com o objetivo de realizar a primeira etapa de campo dos estudos necessários à identificação e delimitação da Terra Indígena Fulni-ô, assinando-lhe prazo de trinta dias para a entrega do relatório de atividades. Na sequência, foi editada em 18/03/2009 a Portaria nº 245, com o objetivo de realizar a segunda etapa do campo dos estudos necessários à identificação e delimitação da Terra Indígena Fulni-ô, e novamente em 26/08/2009 foi editada a Portaria nº 964 para fins de realizar os estudos complementares de natureza antropológica e ambiental necessários à identificação e delimitação da Terra Indígena Fulni-ô.

O fato é que os trabalhos não foram concluídos, o que ensejou o Ministério Público Federal a ingressar com Ação Civil Pública, em 2013, requerendo a

demarcação por parte da União e da FUNAI e a indenização pela morosidade administrativa. É o que passaremos a analisar.

#### 4.3 A JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO DEMARCATÓRIO DA TERRA INDÍGENA FULNI-Ô

Diante da inércia estatal de décadas sem realizar a devida demarcação, restou ao Ministério Público Federal, representando o povo *Fulni-ô*, ajuizar, em janeiro de 2013, Ação Civil Pública em desfavor da União e da FUNAI, objetivando a condenação das demandadas na obrigação de fazer consistente na conclusão do processo de identificação e demarcação física do território e no pagamento de indenização por danos morais coletivos decorrentes da demora excessiva na conclusão deste procedimento.

A União contestou afirmando que o exame de conveniência a respeito da aprovação do processo de demarcação insere-se na esfera de discricionariedade da administração pública, insuscetível de intervenção pelo Poder Judiciário. A FUNAI, da mesma forma, apresentou contestação sob os argumentos de que a área em questão já havia sido demarcada desde 1972 e que os procedimentos administrativos instaurados a partir de 2002 tinham por objeto mera revisão de limites, o que o setor jurídico da Funai não recomendou mencionar no relatório circunstancial. Discorreu, ainda, sobre a forma de ocupação indígena *Fulni-ô* ao longo da história e acrescentou que os prazos estabelecidos no Decreto nº 1.775/96 não são peremptórios, cabendo à administração decidir, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade, sobre o estabelecimento de prioridades.

A juíza Polyana Falcão Brito, da 23ª Vara Federal de Pernambuco, expôs, de modo assertivo, na fundamentação da sentença que a

situação de indefinição gerada pela não conclusão dos trabalhos de identificação e demarcação da terra indígena *Fulni-ô* é extremamente danosa do ponto de vista social, afigurando-se também por isso imprescindível priorizar a solução definitiva da questão. Esses motivos, aliados ao direito subjetivo da sociedade à duração razoável do processo - hoje erigido a status constitucional - militam em favor do acolhimento do pleito formulado pelo Ministério Público Federal a fim de que as rés sejam condenadas à obrigação de fazer consistente na identificação, delimitação e demarcação da Terra Indígena *Fulni-ô*. (...)

O grande desafio repousa na fase de cumprimento deste título judicial, eis que os conflitos fundiários na região e a peculiar forma como os índios Fulni-ô passaram a ocupar a área nas últimas décadas trazem consigo a necessidade de se trabalhar com uma equipe técnica multidisciplinar e bastante qualificada, apta a apresentar uma solução adequada e pacificadora para a comunidade de índios e não-índios. (PERNAMBUCO. 23ª Vara da Justiça Federal. Processo 0000058-84.2013.4.05.8305, 23ª Vara Federal de Pernambuco. 13 de mar. de 2014)

Assim, julgou parcialmente procedentes os pedidos do MPF e condenou a União e a FUNAI a cumprir a obrigação de fazer consistente em identificar, delimitar e demarcar a Terra Indígena Fulni-ô, nos prazos a serem oportunamente fixados na fase de Cumprimento de Sentença. A União recorreu da decisão e ofereceu Apelação ao TRF da 5ª região.

O juízo *ad quem* confirmou a decisão do primeiro grau que condenou a União e a FUNAI na obrigação de fazer, qual seja, a de realizar a identificação, delimitação e demarcação da terra indígena *Fulni-ô*, mas reformou a sentença, a pedido do MPF, que também apresentou apelação, na parte de indefinição de prazo para conclusão do processo de demarcação, estabelecendo um prazo de 24 meses. O acórdão foi publicado em 15 de agosto de 2016, sob seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E INDÍGENA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDENTIFICAÇÃO E DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. OBRIGAÇÃO IMPOSTA CONSTITUCIONALMENTE. ART. 231, DA CF/88. ART. 67, DO ADCT. LEI Nº 6.001/73. DECRETO Nº 1.775/96. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA FUNAI E DA UNIAO. DESCUMPRIMENTO POR OMISSÃO. RECONHECIMENTO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. NECESSIDADE. TRANSCURSO DE MAIS DE VINTE ANOS DESDE A PROMULGAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL SEM A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA INDIGENISTA. DANOS MORAIS COLETIVOS NÃO CONFIGURADOS. 1. Remessa oficial e as apelações interpostas pelo MPF (autor) e pela UNIAO (ré, juntamente com a FUNAI) contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de ação civil pública, condenando as demandadas em obrigação de fazer, consistente na identificação, delimitação e demarcação da terra indígena Fulni-ô de Águas Belas/PE, nos prazos a serem fixados em fase de cumprimento de sentença, rejeitando, contudo, a pretensão autoral de condenação das rés em indenização por danos morais coletivos. 2. O art. 231, da CF/88, atribui à UNIAO a competência de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. O fato de o Decreto nº 1.775/96 incumbir a FUNAI de realizar os procedimentos iniciais do processo demarcatório, instruindo-o, para que o Ministério da Justiça decida, não retira a legitimidade da UNIAO de integrar o polo passivo da demanda em que se busca a implementação da demarcação. Frise-se que, se a FUNAI não atua, na forma devida, na proteção dos indígenas, a UNIAO passa a ter o dever

de agir, cabendo-lhe, a propósito, adotar todas as medidas necessárias à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que ocupam, segundo o art. 36, da Lei nº 6.001/73. Preliminar de ilegitimidade passiva da UNIAO rejeitada. **3. Quanto ao interesse processual do autor, é manifesto, em termos de necessidade e de utilidade da prestação jurisdicional almejada, diante da não finalização do processo de demarcação das terras indígenas até a presente data.** É certo que o STF definiu que o marco temporal previsto no art. 67, do ADCT da CF/88, "se trata de um prazo programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável" (Primeira Turma, RMS 26212/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 03.05.2011). **Por prazo programático não se pode entender prazo indefinido ou infindo, mas sim o prazo que, devidamente contextualizado e em atenção à complexidade da situação, é possível de ser realizado, em termos razoáveis.** In casu, há mais de vinte anos, o grupo indígena FULNI-Ô aguarda, sem resposta, a identificação, a delimitação e a demarcação das terras por ele tradicionalmente ocupadas, em atendimento à determinação do art. 67, do ADCT da CF/88, e segundo as regras pertinentes (Lei nº 6.001/73 e Decreto nº 1.775/96), **sendo patente a mora administrativa, por tempo excessivo, e restando demonstrado o interesse processual do autor.** 4. Não configura ingerência indevida do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa sua atuação no sentido de impor à Administração Pública omissa o cumprimento de política pública constitucionalmente definida e suficientemente detalhada pela legislação infraconstitucional, notadamente quando já iniciada atuação administrativa reveladora da conveniência e da oportunidade da implementação da medida, sem que tenha tido prosseguimento, por ineficiência do aparato do Estado. 5. No caso concreto, em outubro de 1993, findou o prazo de cinco anos previsto no ADCT, para a conclusão da demarcação das terras indígenas. Até aquele momento, nenhuma providência havia sido tomada, em relação à identificação e à demarcação das terras do grupo indígena Fulni-ô de Águas Belas/PE. Apenas em 1995, houve um primeiro movimento da Administração Pública, no sentido de adoção de algumas providências voltadas à demarcação. Com essa movimentação, o Poder Público sinalizou a conveniência e a oportunidade da medida, de modo que não é correto afirmar que o Poder Judiciário está se antecipando ao juízo administrativo, quanto a se tratar de momento conveniente e oportuno. Depois de idas e vindas e da constituição de vários grupos técnicos e de trabalho, a última remontando a 2009, além da existência de reunião ocorrida em 2012 com lideranças indígenas, o processo demarcatório não chegou, ainda, ao seu término. 6. **Constata-se, portanto, a demora patente da Administração Pública na delimitação das terras indígenas em comento, em descumprimento ao comando constitucional. Esse atraso tem servido a incrementar os conflitos de terras na região, levando instabilidade e violência à comunidade, como destacado na sentença.** Portanto, não merece reforma a sentença, na parte em que condenou os entes públicos omissos a cumprir a obrigação de fazer consistente em identificar, delimitar e demarcar a terra indígena Fulni-ô. 7. No entanto, a sentença merece reforma na parte que deixou para fixar prazos na fase de cumprimento. **A demora excessiva em cumprir o preceito constitucional e a gravidade das consequências decorrentes da prolongada omissão administrativa, sobretudo na perspectiva da incerteza, da insegurança, da instabilidade social e do acirramento das disputas por terras, da violência e do ódio, aconselham que o Poder Judiciário fixe um prazo máximo razoável para conclusão do processo demarcatório. Sem perder de vista a complexidade**

**própria do processo demarcatório, a jurisprudência tem definido como tempo razoável o prazo de vinte e quatro meses para a conclusão dos procedimentos dessa natureza, contados a partir do trânsito em julgado do comando sentencial.** Precedente do STJ. 8. É de se indeferir o pleito de condenação da UNIAO e da FUNAI a indenizar por supostos danos morais coletivos, em razão da demora, porque, bem ou mal, a demarcação pode, ou não, ocorrer e pode abranger área menor ou maior do que a esperada. Assim, mantém-se a sentença nessa parte. 9. Remessa oficial e apelação da UNIAO desprovidas. Apelação do MPF parcialmente provida para a fixação de prazo de cumprimento da obrigação de fazer. A C Ó R D A O. Decide a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação da UNIAO e dar parcial provimento à apelação do MPF, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 4 de agosto de 2016. Desembargador Federal ÉLIO SIQUEIRA FILHO. RELATOR. [grifo nosso]

A Procuradoria Regional da República da 5ª e a FUNAI opuseram embargos de declaração em face do acórdão que negou provimento à apelação. A insatisfação dos recorrentes dizia respeito à definição do prazo para a conclusão do processo administrativo demarcatório. A PPR5 propunha uma tutela antecipada recursal, para que fosse iniciada, de logo, a obrigação de fazer. Enquanto a FUNAI alegou que o Poder Judiciário não poderia fixar esse prazo ou que ele é exíguo, em razão do princípio da separação de Poderes, da reserva do possível, da ausência de natureza peremptória para a demarcação da terra indígena e da imprescritibilidade do direito dos índios às suas terras tradicionais. Entendeu a 1ª turma que os embargos opostos pela FUNAI não se prestavam à rediscussão do que já havia debatido e decidido pelo órgão julgador, pois já constava no acórdão recorrido. Quanto ao pedido da PPR5, a 1ª turma julgou no sentido de não parece ser o caso de impor, judicialmente, a obrigatoriedade de a Administração Pública iniciar as providências pertinentes, de logo, ante o perigo de demora reverso. O argumento foi o de que a imposição judicial de início da obrigação de fazer poderia gerar expectativas, eventualmente frustráveis, com o acirramento dos conflitos sociais na área. A PPR5 opôs novos embargos que foram denegados.

Em outubro de 2018, a União e a FUNAI interpuseram Recursos Especial e Extraordinário. O MPF interpôs Recurso Especial. Em agosto de 2019, os autos foram remetidos ao STJ. A relatoria ficou a cargo do Ministro Sérgio Kukina. Em 25 de outubro do mesmo ano, o ministro relator, em decisão monocrática, deu o seguinte despacho:

observa-se que um dos temas em debate no presente recurso, qual seja, demarcação de terra indígena e o dever da FUNAI em indenizar a terra nua e as benfeitorias ali existentes, possui repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 1.017.365 RG / SC - Tema 1.031 (...) Em recursos versando sobre temas afetados à repercussão geral, o STF tem determinado o retorno dos processos para os Tribunais de origem, para aguardar o julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia. (...) Assim, em razão de economia processual e para se evitar a prolação pelo STJ de provimentos jurisdicionais em desconformidade com o que vier a ser definitivamente decidido pela Corte Suprema, conveniente que a apreciação do recurso especial fique sobrestada até o esgotamento da competência do Tribunal de origem, que ocorrerá com o juízo de retratação ou de conformação a ser realizado pela instância ordinária após o julgamento do recurso extraordinário, sobre o mesmo tema, afetado ao regime da repercussão geral, nos moldes dos arts. 1.040 e 1.041, do CPC/2015. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.829.492 – PE, Relator(a): Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 29/10/2019)

O MPF interpôs Agravo Interno contra a decisão do relator sob a alegação que o tema do RE 1.017.365/SC, que possui repercussão geral delimitada no âmbito do Tema 1031 (definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional) é completamente divergente do tema debatido no RE interposto, razão pela qual o sobrestamento do feito deveria ser revogado. Em fevereiro de 2020, o ministro relator decidiu, com base no juízo de retratação, reconsiderar a decisão e torná-la sem efeito. Até então, desde maio de 2020, os recursos continuam pendentes de julgamento no STJ.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação e a jurisprudência internacional há muito consagraram os direitos indígenas como direitos humanos fundamentais. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, vem julgando diversos casos de violação dos direitos indígenas. No Brasil, a Constituição de 1988 destinou um capítulo exclusivo para os direitos indígenas (capítulo VIII, artigos 231 e 232). Nessas três décadas e meia, não foram poucas as ações que foram ajuizadas para que se fizessem cumprir os comandos constitucionais, sobretudo no que tange aos direitos indígenas à terra. Isso demonstra o descompasso entre a legislação constitucional e infraconstitucional e a realidade fática.

Se, por um lado, temos uma legislação, de certo modo, avançada na proteção dos direitos indígenas, por outro, temos diversos entraves à efetivação desses direitos. O mais nocivo é a omissão do Estado nesse processo, como no caso da demarcação das terras indígenas, cujo prazo, dado pela própria Constituição, exauriu-se em 1993 e, atualmente, tem-se mais de 1300 delas que ainda aguardam a demarcação. A não-demarcação acarreta uma série de consequências nefastas para os povos indígenas que ficam sujeitos ao avanço do garimpo e da mineração ilegal, do *lobby* do agronegócio, além das diversas formas de violência (ameaças, homicídios, perseguições, estupros, etc). Os conflitos em áreas indígenas pendentes de demarcação permeiam todo território brasileiro.

Em decisão recente, de 1º de julho de 2022, a CIDH determinou que o Estado brasileiro adote medidas no sentido de proteger a vida dos povos indígenas Yanomami, Te'kwana e Munduruku, em referência ao acesso à saúde, alimentação, água potável, além de combater a exploração sexual de mulheres e crianças das etnias envolvidas. De fato, tivemos 4 anos de um governo abertamente anti-indígena. De 2019 a 2022, o governo Bolsonaro não demarcou nenhuma terra indígena. É o primeiro presidente desde a redemocratização a não demarcar. Pelo contrário, a Funai foi enfraquecida e aparelhada. Expediu-se uma série de normativas no sentido de facilitar a certificação de fazendas em terras indígenas não-homologadas. O resultado disso foi o retorno a um passado terrível da nossa história: mais uma vez, engatilhou-se o processo de genocídio

do povo indígena no Brasil. Segundo dados do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), no governo de Jair Bolsonaro, 795 indígenas foram assassinados<sup>13</sup>.

Dentre as terras indígenas pendentes de demarcação está a *Fulni-ô*. O processo administrativo de demarcação se iniciou em 2003 e, até agora, vinte anos depois, ainda não foi concluída. O processo foi judicializado e o Recurso Especial continua pendente de julgamento no STJ desde 2020. Nesse caso, tem-se, por um lado, a omissão patente do Executivo ao não realizar a demarcação; por outro, a morosidade de Judiciário, considerando que o processo se iniciou em 2013. Além de afrontar a duração razoável do processo, há uma clara insegurança jurídica a respeito do tema, já que, ainda que o STF tenha definido o marco temporal para a realização das demarcações, vários tribunais têm decidido no sentido de obrigar a União a identificar, delimitar e demarcar as terras indígenas. A querela jurídica só será resolvida quando a Suprema Corte julgar o Recurso Extraordinário (RE) 1017365 que trata da questão do marco temporal e cuja repercussão geral já foi reconhecida pelo plenário.

A despeito de todo o contexto de vilipêndio dos direitos indígenas, acredita-se que estamos inaugurando uma nova fase na história dos povos indígenas no Brasil. Pela primeira vez, foi constituído um órgão com status de Ministério para tratar das questões indígenas: o Ministério dos Povos Originários, sob o comando da indígena Sonia Guajajara. E não é só isso. Já em abril deste ano, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou decreto de demarcação de seis terras indígenas, além de anunciar a liberação de mais de 12 milhões de reais de investimentos na Funai<sup>14</sup>. As perspectivas são esperançosas de que mais demarcações possam acontecer. Resta saber se o Legislativo e o Judiciário caminharão no mesmo sentido. Aliás, a PEC 490/2007, que trata do marco temporal, já aprovada na Câmara, tramita no Senado e pode se configurar num retrocesso sem precedentes. As demais instituições e a sociedade civil devem

---

<sup>13</sup> Relatório *Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2022*. Disponível: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>, acesso em 16 de ago. de 2023.

<sup>14</sup> Lula assina demarcação de seis terras indígenas. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2023-04/lula-assina-demarcacao-de-seis-terras-indigenas>, acesso em 16 de ago. de 2023.

estar atentas para que projetos como esse não avancem, sob pena de, uma vez mais, os direitos indígenas serem frontalmente atacados.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, Julio José. **A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista?** In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. & BARBOSA, Samuel. (Orgs.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. pp. 175-236.

Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB). **RELATÓRIO RISCOS E VIOLAÇÕES DE DIREITOS ASSOCIADOS À TESE DO MARCO TEMPORAL: Uma análise interdisciplinar a partir do direito, da economia, da antropologia e das ciências climáticas**. Disponível em: <https://apiboficial.org/files/2023/06/030231b2-e186-4f7f-835b-102c614ca194.pdf>, acesso em 13 de agosto de 2023.

**ATL 2023 encerra com a conquista da demarcação de seis terras indígenas**. <https://comin.org.br/2023/informes/atl-2023-encerra-com-a-conquista-da-demarcacao-de-seis-terras-indigenas/>, acesso em 14 de ago. de 2023.

BASTIAN, Lilian et al. **A questão indígena e a flexibilização de direitos no brasil: ameaças legislativas em um contexto de fragilização política**. Rio de Janeiro: Ipea, Texto para discussão, abril de 2023, 2868.

BATISTA, Juliana de Paula; GUETTA, Mauricio. **A judicialização das demarcações de terras indígenas: o caso do Morro dos Cavalos**. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. & BARBOSA, Samuel. (Orgs.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. pp. 237-266.

BENATTI, J. H.; RAIOL, R. W. G.; LIMA, T. da S. **Os grupos vulneráveis no sistema interamericano de direitos humanos: a proteção do território dos povos indígenas e comunidades tradicionais**. The vulnerable groups in the inter-american human rights system: the protection of the territory of indigenous peoples and traditional communities. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia*, v. 45, n. 1, 2021. DOI: 10.5216/rfd.v45i1.60006. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/60006>. Acesso em: 10 de out. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.**

Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm), acesso em 08 de ago. de 2023.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm), acesso em 08 de ago. de 2023.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do**

**Brasil.** [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm), acesso em 08 de ago. de 2023.

**Corte IDH: TRF5 se engaja no cumprimento da decisão sobre terra**

**indígena xukuru.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-recebe-engajamento-do-trf5-no-cumprimento-da-decisao-da-corte-idh-sobre-xucurus/>, acesso em 03/04/2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.** Mérito, Reparações e

Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018, p. 4. Disponível em <  
[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf)>, acesso em 20 de mar. de 2023.

**Corte Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por violação de direitos de índios no caso Xucuru.** Disponível em:

<https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-violacao-de-direitos-de-indios-no-caso-xucuru#:~:text=2018%20%C3%A0s%2017h55-.Corte%20Interamericana%20de%20Direitos%20Humanos%20condena%20Brasil%20por%20viola%C3%A7%C3%A3o,de%20%C3%ADndios%20no%20caso%20Xucuru&text=A%20Corte%20Interamericana%20de%20Direitos,%C3%A0%20garantia%20e%20prote%C3%A7%C3%A3o%20judicial>, acesso em 01 de out. de 2022.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. (org.). **Os direitos do índio: ensaios e documentos.** São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. 1a ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Terra indígena: história da doutrina e da legislação**. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. & BARBOSA, Samuel. (Orgs.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018. pp. 281-317.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. ***Direitos indígenas no Brasil: uma trajetória de violências e injustiças institucionalizadas***. Revista Coletiva. Recife. Vol. 1, n. 14, mai/ago 2014. Disponível em: <http://coletiva.labjor.unicamp.br/index.php/artigo/direitos-indigenas-no-brasil-uma-trajetoria-de-violencias-e-injusticas-institucionalizadas/>, acesso em 30 de set. de 2022.

EBRAHIM, [Raíssa](#). **Povo Xukuru recebe indenização de US\$ 1 milhão por violações de direitos indígenas**. Disponível em: [https://marcozero.org/povo-xukuru-recebe-indenizacao-de-us-1-milhao-por-violacoes-de-direitos-indigenas/#:~:text=O%20governo%20brasileiro%20depositou%20esta,de%20Direitos%20Humanos%20\(CIDH\)](https://marcozero.org/povo-xukuru-recebe-indenizacao-de-us-1-milhao-por-violacoes-de-direitos-indigenas/#:~:text=O%20governo%20brasileiro%20depositou%20esta,de%20Direitos%20Humanos%20(CIDH),), acesso em 03/04/2023.

FERNANDES, Elaine. **Direito à terra indígena: um estudo dos casos Raposa Serra do Sol e Mayagna Awas Tingni**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GOMES, Daniela. **O direito indígena ao solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GONÇALVES, Natália Ostjen. **Do colonialismo à contemporaneidade: a gênese da exclusão indígena e seus reflexos na (in)eficácia das políticas públicas de saúde específicas para povos indígenas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2013.

[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/pueblo\\_xucuru\\_miembros\\_br/alefcom.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/pueblo_xucuru_miembros_br/alefcom.pdf)

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo 2022. <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/22827-censo->

[demografico-2022.html?edicao=37417&t=resultados](https://demografico-2022.html?edicao=37417&t=resultados), acesso em 13 de agosto de 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Anuário Estatístico do Brasil** 1998. Rio de Janeiro, 1999. v.58, p.1-143-1-152.

MARQUES, Pâmela Marconatto. **O Direito Internacional dos Povos Indígenas: ação e memória nativas reconstruindo a agenda internacional**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, Vol. 12, nº98 | Out 2010/Jan 2011, p. 517. Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/187/176>, acesso em 01/10/2022.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; PAFFER, Maria Eduarda Matos de; NASCIMENTO, Anne Heloise Barbosa do. **Ius Constitutionale Commune e o direito indígena brasileiro: os impactos da decisão do caso Povo Xukuru versus Brasil na jurisprudência e na administração pública nacional**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 11, n. 2. p.621-646, 2021. Disponível em:

<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/7843/pdf>, acesso em 01 de out. de 2022.

OIT. Convenção nº 107/1957. Disponível em:

[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf), acesso em 17 de ago. de 2023.

OIT. Convenção nº 169/1989. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>, acesso em 17 de ago. de 2023.

PERNAMBUCO. 23ª Vara da Justiça Federal. **Processo 0000058-84.2013.4.05.8305**. 13 de mar. de 2014.

PIVETTA, Marcos. **Niède Guidon: arqueóloga diz que o Homo sapiens já estava no Piauí há 100 mil anos**. Revolução genômica abr. 2008. Revista

Pesquisa FAPESP. Disponível em <https://revistapesquisa.fapesp.br/niede-guidon/>, acesso em 27 de set. de 2022.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Vol III. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes\\_Brasileiras\\_v3\\_1934.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137602/Constituicoes_Brasileiras_v3_1934.pdf), acesso em 17 de ago. de 2023.

QUIRINO, Eliana Gomes. 2006. **Memória e cultura: os Fulni-ô afirmando identidade étnica**. Dissertação de mestrado. Natal: PPGCS/UFRN.

SCHRÖDER, Peter (org.). **Cultura, identidade e território no Nordeste indígena: os Fulni-ô**. Série Antropologia e Etnicidade. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. Disponível em: [http://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/biblio%3Aschroder-2012-fulnio/Schroder\\_org\\_2012\\_Cultura\\_identidade\\_territorio\\_no\\_Nordeste\\_ind%C3%ADgena.pdf](http://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/biblio%3Aschroder-2012-fulnio/Schroder_org_2012_Cultura_identidade_territorio_no_Nordeste_ind%C3%ADgena.pdf), acesso em 17 de ago. de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Parecer jurídico**. 2016. P. 10. Disponível em [https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf), acesso em 13 de agosto de 2023

SILVA, Elizângela Cardoso de Araújo. **Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira**. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 133, p. 480-500, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/rX5FhPH8hjdLS5P3536xgxf/?format=pdf&lang=pt>, acesso em 03 de abr. de 2023.

SILVEIRA, Lídia Marcia Lima de Cerqueira; MARQUES, Luciana Rosa; HELY SILVA, Edson. **FULNI-Ô: história e educação de um povo bilingue em Pernambuco**. Cad. Pesq., São Luís, v. 19, n. 1, jan./abr. 2012. Disponível em: <https://periodicos eletronicos.ufma.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/929/617>, acesso em 13 de agosto de 2023.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Editora Juruá, 1998.

WILL, Karhen Lola Porfírio. **Genocídio indígena no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.