



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN**

**RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.017.365**

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

**CFOAB**, serviço público independente, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, nos termos da Lei 8.906/1994, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, representado neste ato por seu Presidente, por intermédio de seus advogados infra-assinados, com instrumento procuratório anexo e endereço para comunicações no SAUS, Quadra 5, Lote 1, Bloco M, Brasília/DF, CEP 70.070-939, e endereço eletrônico [pc@oab.org.br](mailto:pc@oab.org.br), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, consubstanciando-se em decisão unânime da Diretoria exarada no processo n. 49.0000.2020.004855-7 (anexa), requerer sua habilitação no feito na condição de

***AMICUS CURIAE***

no Recurso Extraordinário nº 1.017.365, uma vez que a questão discutida nos presentes autos mantém importante vínculo com a defesa da ordem constitucional, da ordem democrática e dos direitos humanos, e é tema de interesse de toda a categoria de advogados/as do país, nos termos e fundamentos a seguir expostos.



# Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

## I. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai, em face do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve a sentença de primeira instância que julgou procedente a ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – Fatma contra indígenas da etnia Xokleng, a Fundação Nacional do Índio – Funai e a União.

A ação inicial tratava de pedido de reintegração de posse proposta pela Fundação do Meio Ambiente - FATMA em face da FUNAI e dos índios da etnia Xokleng que teriam ocupado a Reserva Biológica Estadual do Sassafrás em 13 de janeiro de 2009. A Autora alega que os indígenas teriam se instalado na região, derrubado mata nativa do interior da reserva, construído picadas e montado barracas no local. A FATMA afirma, ainda, que seria a possuidora direta do imóvel matriculado sob o nº 12.266 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis/SC, que integra a Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, Unidade de Conservação Integral.

A FUNAI ofereceu contestação, refutando a tese inicial, e arguindo que a área da qual a Autora se diz proprietária está abrangida pelos efeitos da Portaria nº 1182/2003, do Ministério da Justiça, “*que já iniciou os trabalhos de levantamento destinado à extensão da demarcação das terras indígenas da região de Alto Forção, onde se encontra ubicada a reserva de Duque de Caxias*”. Afirma que “*as terras objeto de litígio caracterizam-se por serem de ocupação imemorial dos índios das etnias Xokleng e Guarani. Inúmeros documentos históricos, etnográficos, arqueológicos relatam essa ocupação e os maus-tratos que esses índios sofreram ao longo da história, sucessivamente nas mãos de bandeirantes, bugreiros, fazendeiros, entre outros*”.

O juízo de primeira instância deu provimento ao pedido da inicial para determinar a reintegração de posse, sob o fundamento de que “*A autora comprovou a propriedade das glebas invadidas pelos silvícolas, por intermédio de certidão do Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis/SC (fls. 11/12), e o efetivo exercício da posse sobre a área, para fins de preservação ambiental, fato esse, ademais, não impugnado pelos réus. A violação à posse, da mesma forma, é indiscutível. Do Boletim de Ocorrência de fl. 18, com data de 14.1.2009, deflui que em 13/01 aproximadamente 100 (cem) indígenas ingressaram na Reserva Biológica e construíram barracos, embora ainda não tivessem causado estragos. Do relatório de fls. 16/17, datado de 9.2.2009, dessai que estão acampados na área descrita nos autos grande número de índios provenientes da terra indígena La-Klanõ e brancos,*



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

*responsáveis pelo corte e retirada de madeira nativa com o uso de motosserras. As fotografias das fls. 144/149, datadas de 30.7.2009, retratam árvores derrubadas e cortadas e barracas montadas nas terras da autora. Outrossim, não há elementos que permitam inferir que as terras referidas na petição inicial sejam tradicionalmente ocupadas pelos índios, na forma do art. 231 da Constituição da República, máxime porque quem as vem ocupando, ainda atualmente, para fins de preservação ambiental, como visto, é a parte autora”.*

A FUNAI, então, interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve a sentença de origem em sua integralidade. O acórdão ficou assim ementado:

**EMENTA:** ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA PELA FATMA EM FACE DE INDÍGENAS. RESERVA IBIRAMA LA KLANÕ. REGULARIZAÇÃO DA ÁREA EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA PROPOSTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANUTENÇÃO/REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA. 1. Inexiste conexão entre a presente ação e a ação cível originária n. 1.100, que se encontra em trâmite perante o e. Supremo Tribunal Federal. A referida ação questiona a Portaria nº 1.128/2003 do Ministro da Justiça, acerca da demarcação dos limites da Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ e a presente ação busca a reintegração de posse de área pertencente à FATMA. 2. A União é parte passiva legítima em ação que discute posse sobre área objeto também em demarcação de reserva indígena. 3. Mantida sentença que concede a manutenção/reintegração de posse de área reconhecida como reserva ecológica, ainda que atrelada ou lindeira à área que se encontra em processo de delimitação de reserva indígena. Aplicação do princípio da razoabilidade, sendo impossível a imposição de perda da posse ao proprietário, sem o devido processo legal e respectiva indenização, ausente delimitação da área da reserva como sendo indígena. (TRF4, APELREEX 0000168-27.2009.4.04.7214, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, D.E. 30/07/2013)

Em face desse acórdão, a Funai interpôs recursos especial e extraordinário, e a União, recurso especial. No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator negou provimento aos recursos especiais, em decisão que foi mantida pela Segunda Turma da Corte, no julgamento de agravo interno interposto pelo Ministério Público Federal.

No recurso extraordinário interposto pela FUNAI, com base no artigo 102, III, a, da Constituição Federal, que ora se discute, o órgão aponta violação aos artigos 5º, LIV e LV, 20, inciso XI, e 231, caput, §§ 1º e 2º, do texto constitucional e busca a anulação ou reforma do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

Recebido o processo no Supremo Tribunal Federal, o Plenário da Corte, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia referente à 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, erigindo o presente recurso extraordinário como *leading case* do tema 1.031. Nessa ocasião, o Ministro Relator considerou que, em que pese a Corte tenha se debruçado “*sobre o caso Raposa Serra do Sol, na Pet 3.388, decisão essa que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, tentando assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional, bem como seu modo de vida, estabelecendo dezenove condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, no propósito de promover a pacificação dessa grave questão étnica e social*”, não houve atribuição de efeitos vinculantes ao julgado. Desse modo, concluiu que em razão da “*permanência de questões a serem dirimidas por esta Corte, além do evidente acirramento das tensões fundiárias que não foram minimizadas apesar do importantíssimo julgamento da demanda acima referida, entendendo ser imperioso que este Tribunal venha a se debruçar sobre a matéria, em processo que contenha carga vinculante suficiente para encontrar caminhos e soluções a tema tão sensível como a questão indígena no Brasil*”.

Destaca-se ainda que em 08 de maio de 2020, o Ministro Relator acolheu o pedido da Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama La Klaño, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, e de outros *amici curiae*, deduzido no bojo do pedido de tutela provisória incidental, com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, para determinar “*a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso*”.

Já em decisão publicada em 11 de maio de 2020, o Ministro Relator concedeu a tutela provisória incidental requerida pela Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama La Klaño e por outros *amici curiae*, “*a fim de suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do RE 1.017.365 (Tema 1031) já submetido à sistemática da repercussão geral pelo STF. De consequência, determino à FUNAI que se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo*”.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

*de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031”.*

Diante da relevância e da importância do tema para a garantia dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros e da justiça social, a Ordem dos Advogados do Brasil requer sua admissão como *amicus curiae* no feito.

### **II. CABIMENTO DO INGRESSO DO CFOAB COMO AMICUS CURIAE**

O Código de Processo Civil admite a participação de pessoa natural ou jurídica de reconhecida representatividade para se manifestar nas ações dotadas de singular relevância ou de alto grau de repercussão social. Dispõe o citado diploma normativo:

*Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.*

A Ordem dos Advogados do Brasil tem competência legal para a defesa da Constituição, dos direitos humanos e da justiça social, conforme dispõe o artigo 44, inciso I, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB):

*Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:*

*I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;*

Em reiteradas oportunidades esse egrégio Supremo Tribunal Federal tem estendido o caráter universal da legitimação deste CFOAB para atuar em defesa da Constituição (artigo 103, inciso VII) não apenas ao reconhecimento de sua legitimidade ativa nos processos objetivos como também a sua atuação na condição de *amicus curiae*, não se lhe exigindo a firme demonstração de pertinência temática. O raciocínio para tanto é muito claro. Se o Conselho Federal poderia ajuizar ação própria para buscar semelhante



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

providência, não haveria sentido em obstar sua participação na condição de *amicus curiae*, em benefício da economia processual e da pluralização da jurisdição constitucional.

Ainda que assim o seja, é evidente a pertinência temática da controvérsia em relação às finalidades institucionais da Ordem dos Advogados do Brasil. O presente recurso discute tema de enorme relevância jurídica e social para a sociedade, pois trata da definição do Estatuto Jurídico e Constitucional dos Povos Indígenas, o que abrange toda a legislação, nacional e internacional, afeta às populações originárias. Entre elas, a CF de 1988, o Estatuto do Índio (Lei 6001/1973), a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, dentre outras. Por isso mesmo, está associado ao RE em debate discussão acerca dos direitos fundamentais dos povos indígenas e sobre a justiça social.

A reflexão sobre o papel da Ordem dos Advogados do Brasil na garantia da justiça social passa, portanto, pela análise de sua função na promoção da igualdade de grupos sociais em uma sociedade atravessada por diversas formas de hierarquias arbitrárias. As nações indígenas brasileiras enfrentam diferentes formas de discriminação, o que inclui manifestações sistemáticas de racismo institucional e racismo estrutural. O engajamento institucional com a proteção dos direitos humanos requer que a Ordem dos Advogados do Brasil intervenha em todos os casos nos quais a possibilidade de uma vida digna de toda uma parte da população esteja sendo discutida.

Dessa forma, a participação dessa Ordem dos Advogados do Brasil no presente caso se mostra necessária e justificada porque estão satisfeitos os requisitos de repercussão social, de representatividade adequada e da especificidade do tema. A discussão do recurso extraordinário acima mencionado estabelecerá parâmetros que determinarão como os procedimentos para demarcação de reservas indígenas deverão ser seguidos, processo que terá impacto na vida de centenas de nações indígenas que aguardam esse processo. A Ordem dos Advogados do Brasil também satisfaz o princípio da representatividade, uma vez que tem como função institucional proteger grupos minoritários. E também satisfaz o requisito da especificidade do tema porque inúmeros membros dos seus quadros possuem amplo conhecimento técnico sobre procedimentos de demarcação de terras de comunidades tradicionais.

Daí a reconhecida e inquestionável "*representatividade*" da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do disposto no inciso I, do art. 44, da Lei n° 8906/94, a merecer ser admitida como *Amicus Curiae* nesta relevante demanda judicial. Considerando seu compromisso com a defesa da Constituição e da justiça social, bem como sua



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

representatividade nacional, o CFOAB possui interesse e condições de contribuir com o debate.

Pelo exposto, à luz de seu escopo institucional e da temática tratada nos autos, a Entidade detém representatividade e *expertise* para atuar como *amicus curiae* no presente feito, com fulcro no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999 e no art. 138 do Código de Processo Civil, ocasião em que pretende defender a adoção da tese proposta pela Comunidade Xokleng em sua manifestação aos autos.

Assim, atendidos os pressupostos de representatividade e de relevância e repercussão da controvérsia tratada nos autos (art. 138 da Lei n. 13.105/2015 e art. 7º, §2º da Lei 9.868/1999), deve ser admitida a intervenção deste CFOAB na condição de *amicus curiae*.

### **III. FUNDAMENTOS FÁTICOS E JURÍDICOS PARA O PROVIMENTO DO RECURSO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI**

#### **A) O DIRETO CONSTITUCIONAL DOS ÍNDIOS - O INDIGENATO FIRMADO EM 1988**

O tema da demarcação das terras dos povos indígenas é um problema de direitos humanos persistente na história brasileira. Os índios brasileiros vêm sendo privados das suas terras, na história passada, recente e atual, e seus territórios entregues à exploração econômica. Ainda que a Constituição Federal expressamente reconheça a proteção das terras indígenas, na prática, há diversos desafios para o reconhecimento desse direito aos povos originários.

Segundo dados do Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil de 2019, produzido pelo CIMI – Conselho Indigenista Missionário, das 1.298 terras indígenas existentes no Brasil, 829 (63%) apresentam alguma pendência do Estado para a finalização do seu processo demarcatório e o registro como território tradicional indígena na Secretaria do Patrimônio da União (SPU). Destas 829, um total de 536 terras (64%) não tiveram ainda nenhuma providência adotada pelo Estado. Emergem como consequência da ausência de demarcação disputas violentas contra povos indígenas pela expropriação de seus



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

territórios, a fim de atender interesses financeiros<sup>1</sup>. Assim, a demarcação das terras indígenas ganha importância, pois além de ter o potencial de reduzir os conflitos fundiários, tem o condão de garantir a integridade física e a preservação cultural dos povos indígenas, na medida em que, para estes povos, a terra tem um significado de sobrevivência física e cultural.

A Constituição Federal de 1988 superou a visão incorporativista e integracionista que regeu a política indigenista anterior, a qual objetivava a integração dos índios à sociedade e que teve como consequência a eliminação de culturas, tradições e idiomas dos povos originários, e inaugurou um novo paradigma de proteção dessas comunidades, pautado pelo respeito à alteridade, com previsão de proteção às instituições, culturas e tradições dos povos indígenas. Nesse viés, a Constituição reconheceu aos indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens). Os artigos 231 e 232 da Constituição Federal dispõe sobre o tema da seguinte forma:

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,

---

<sup>1</sup> Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2019. Disponível em <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi.pdf>>. Acesso em 03 de mar. 2021.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

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 observa, a Constituição Federal reconheceu expressamente aos índios o direito à sua organização social, aos seus costumes, às suas línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A terra ganha centralidade para o exercício dos direitos reconhecidos aos povos indígenas, dada a sua relação com aspectos identitários e culturais dos grupos. É de se destacar que as terras indígenas são bens da União (art. 20, XI, da Constituição Federal) vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas. Compete à União a demarcação das terras indígenas, bem como a proteção e garantia ao respeito de seus bens, ao passo que aos índios é garantida a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. A Constituição tornou as referidas terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis.

José Afonso da Silva explica que a base do conceito de terras indígenas achase no art. 231, §1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e cumulativas: “1) serem por eles habitadas em caráter permanente; 2) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; 3) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; 4) serem necessárias a sua reprodução física e cultural, tudo segundo seus usos, costumes e tradições”<sup>2</sup>.

Da leitura do texto constitucional, verifica-se que a realização do direito à terra depende do significado vinculado à expressão “terras tradicionalmente ocupadas”. José Afonso da Silva afirma que o termo não se refere a uma relação temporal. Em suas palavras:

---

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª edição. ed., rev. e atual. Malheiros Editores. São Paulo – SP, 2005, p. 855.



## Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de *posse* ou *prescrição imemorial*, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de *usucapião imemorial*, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas”<sup>3</sup>.

Quando fala em terras tradicionalmente ocupadas, o texto constitucional refere-se ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras, aos modos tradicionais de produção e da relação com a terra. A definição apresentada se dá a partir dos modos de ocupação e não pelo tempo de ocupação indígena em uma determinada área. Por isso, é possível concluir que o desenho constitucional de 1988 consolidou o instituto do indigenato, que considera o direito indígena às terras de ocupação tradicional como sendo um direito “congenito” e “originário, anterior a todos os outros reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e que se legitima por si só”<sup>4</sup>. Nesse viés, a demarcação de terras indígenas não se trata de ato criador do poder público, mas tão somente de ato declaratório.

Já no começo do século XX, o jurista João Mendes Junior, defendeu a tese do Indigenato, segundo o qual tem origem no Alvará de 1º de abril de 1680 e, por meio do qual é possível diferenciar a posse dos indígenas sobre suas terras da ocupação:

“[...] o *indigenato* é um título *congenito*, ao passo que a *ocupação* é um título *adquirido*. Comquanto o *indigenato* não seja a *única* verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de Abril de 1680, << a primaria, naturalmente e virtualmente reservada >>, ou, na phrase de Aristoteles (Polit. 1, n. 8), – <<um *estado* em que se acha a partir do momento do seu nascimento>>. Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem.  
(...)

ora, as terras de indios, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os indios tivessem *adquirido*, por *simples ocupação*, aquilo que lhes é *congenito e primario*, de sorte que, relativamente aos

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª edição. ed., rev. e atual. Malheiros Editores. São Paulo – SP, 2005, p. 856.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª edição. ed., rev. e atual. Malheiros Editores. São Paulo – SP, 2005.



## Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

índios estabelecidos, não ha uma simples posse, há um título *immediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado”<sup>5</sup>.

Reforça o argumento de que o ordenamento jurídico brasileiro garante o direito dos Povos Indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, tendo em vista o seu caráter originário e dotado de condição jurídica diferenciada, que independe de declaração do Estado Brasileiro para existir, o disposto no Estatuto do índio, a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que estabelece em seu artigo 25 o seguinte:

Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do [artigo 198, da Constituição Federal](#), independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

Em adição à proteção constitucional, a Convenção nº 169 da OIT estabelece que as relações desses povos com as terras e territórios têm uma importância especial (art. 13.1), que devem ser reconhecidos os direitos de posse das terras tradicionalmente ocupadas, mesmo as que não estejam exclusivamente ocupadas pelos indígenas, mas às quais eles tenham tido acesso para as suas atividades tradicionais e de subsistência (art. 14.1), cabendo ao Estado brasileiro o dever de reconhecer os direitos de propriedade e a posse sobre eles (art. 14.2), veja-se:

### Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.
2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do **habitat** das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

### Artigo 14

---

<sup>5</sup> MENDES JÚNIOR, João. Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912, pp. 58 - 59. Disponível em: < [https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Os\\_Indigenas\\_do\\_Brazil.pdf](https://cpisp.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Os_Indigenas_do_Brazil.pdf)>. Acesso 06 abril 2021.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Com base na Convenção nº 169 da OIT e nos artigos 21 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) condenou o Brasil por violação aos direitos dos índios Xucuru à propriedade coletiva e à garantia e proteção judicial. O Tribunal internacional concluiu que o Brasil não atuou em “prazo razoável” para demarcar o território Xucuru, em Pernambuco. Na decisão, a Corte afirma que compete ao Estado a tarefa de resolver os conflitos de interesses sobre o direito à propriedade coletiva indígena e a propriedade privada particular, levando em conta “*a relação especial que os povos indígenas têm com suas terras*”. Além disso, considerou que a Constituição Federal “*confere preeminência ao direito à propriedade coletiva sobre o direito à propriedade privada, quando se estabelece a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território, ou seja, os direitos dos povos indígenas ou originários prevalecem frente a terceiros de boa-fé e ocupantes não indígenas*” e que “*A demarcação, portanto, seria um ato de proteção, e não de criação do direito de propriedade coletiva no Brasil, o qual é considerado originário dos povos indígenas e tribais*”.

Ainda sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento das ACOs 362/MT e 366/MT, em agosto de 2017, nas quais o Estado de Mato Grosso solicitava indenização por desapropriação indireta de terras que, segundo alegava, teriam sido ilicitamente incluídas em áreas indígenas, reconheceu que a ocupação tradicional não se perde ao tempo que os índios foram esbulhados, violentados e expulsos. Veja-se trecho do voto do Min. Luiz Roberto Barroso:

“Ainda na condição de obiter dictum, deixo registrada a possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente, por terem sido retiradas à força. Não deixaram suas



## Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

áreas, portanto, voluntariamente, e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo. Por isso, entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam e/ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 65019, do STF, segundo a qual os “incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto” – já que estes não mais integram o arcabouço étnico-cultural do grupo. Também não me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco o ajuizamento de uma ação possessória (o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições)”.

O Min. Alexandre de Moraes, na mesma toada, reforça a adoção do indigenato e o entendimento de que a posse indígena não se perde quando os indígenas são retirados à força ou sem sua vontade de suas terras:

“Além disso, os autos comprovam em **estudo antropológico** de todas as áreas de que a ocupação tradicional indígena existiu, existe e sempre foi lícita (...). No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, **de terras do indigenato**, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas. “(...) as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, §1º, do Decreto nº1854 (...)” (*Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, 1012, p. 62) (...) Também pesou **a agressão que os índios sofreram, em determinado momento, daqueles que invadiram as suas terras**. Isso forçou o deslocamento, só que não foram deslocamentos voluntários, foram deslocamentos compulsórios, em virtude da violência sofrida à época. **Isso não retira a característica de permanência na ocupação** (...)”.

Por fim, cumpre destacar que o direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas é cláusula pétrea, tendo em vista a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras do Professor Daniel Sarmento “*o direito dos índios à terra, apesar do seu caráter coletivo, tem relevo central para a vida digna de cada integrante de comunidade indígena, por constituir garantia essencial da sua identidade étnica e cultural. É que a privação do acesso às terras tradicionais, para os índios, além de violar o direito à moradia culturalmente adequada, representa quase sempre a extinção das tradições, dos laços comunitários, e dos modos peculiares de fazer e viver de sua etnia, que*



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

*são essenciais para a identidade de cada indivíduo indígena, por constituírem o pano de fundo cultural sob o qual se dá o desenvolvimento da sua personalidade”<sup>6</sup>.*

Portanto, à luz da vedação do retrocesso e das barreiras de imutabilidade das cláusulas pétreas, é que não se pode romper com o indigenato. Nesse sentido, tendo o constituinte originário optado pelo indigenato, são nulos todos os títulos de propriedade que porventura recaiam sobre as áreas de tradicional ocupação.

### **B) A INAPLICABILIDADE DA TESE DO MARCO TEMPORAL**

Sobre o tema da demarcação de terras indígenas, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar no julgamento da Petição RR nº 3.388, que tratou da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol no estado de Roraima. O Tribunal entendeu pela constitucionalidade e a legalidade do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em todas as suas fases, desde a identificação e delimitação, até a edição da Portaria MJ nº 534/2005 e do decreto presidencial homologatório que reconheceu a tradicionalidade na ocupação da terra indígena.

Nessa ocasião, o STF estabeleceu 19 salvaguardas institucionais para a demarcação daquela terra indígena. Dentre essas salvaguardas, o Supremo instituiu o chamado marco temporal de ocupação coincidindo com a data de promulgação da Constituição de 1988, segundo o qual só poderiam ser demarcadas as terras que estivessem sob posse das comunidades indígenas na data da promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988. Isto é, o STF considerou que “terras tradicionalmente ocupadas” significa terras ocupadas por povos indígenas em 05 de outubro de 1988 e apenas estas terras podem ser demarcadas como pertencentes às comunidades originárias. Segundo o Ministro Relator, o critério temporal seria uma “radiografia” da ocupação de terras por indígenas.

No julgamento dos embargos de declaração da Petição RR nº 3.388, o Supremo esclareceu que os fundamentos adotados pela Corte no julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não têm efeito vinculante a outros processos em que se discuta matéria similar. Contudo, a decisão passou a ser adotada pela Administração Pública para definir a demarcação das terras indígenas. No PARECER N. 0001/2017/GAB/CGU/AGU, assinado pelo então Presidente Michel Temer, a AGU orientou que a Administração Pública

---

<sup>6</sup> SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas. Disponível em: <<https://www.gov.br/funai/pt-br/arquivos/conteudo/ascom/2014/doc/12-dez/nota-tecnica-ministerio-publico-federal.pdf>> Acesso em: 05 abril 2021.



## Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Federal deveria observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da PET n. 3.388/RR, fixou as “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, determinando a sua aplicação a todos os processos de demarcação de terras indígenas.

Contudo, a Constituição Federal ao incorporar o instituto do indigenato reconheceu que os direitos originários dos povos indígenas sobre as suas terras são preexistentes e por isso, independem de ato de demarcação ou demais atos de reconhecimento. A tese do marco temporal restringe o direito congênito dos povos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas e ignora “os processos históricos ocorridos ao longo de cinco séculos de colonização por meio dos quais vários grupos indígenas foram expulsos de suas terras de ocupação tradicional. Além disso, também ignora processos históricos que culminaram na constituição de novas comunidades indígenas em datas mais recentes”<sup>7</sup>.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2021) há quatro razões principais para que o critério do marco temporal não seja utilizado:

“(1) porque a Constituição não prevê a utilização desse critério; (2) porque o fato de que uma comunidade indígena tenha ocupado uma terra naquela data não significa que a tenha tradicionalmente ocupado; é possível que essa comunidade tenha tradicionalmente ocupado outras terras e tenha sido forçada a deslocar-se para um local distinto, onde se encontrava em 5 de outubro de 1988; (3) porque, se a Constituição de 1988 pode ser considerada um momento de inflexão no tratamento dos direitos indígenas, uma “radiografia” feita na data de sua promulgação reflete o passado, e esse passado muitas vezes significou deslocamentos forçados (patrocinados oficialmente pelo Estado brasileiro ou por grandes proprietários de terra e garimpeiros); e, em consequência, (4) porque fazer uma “radiografia” do passado para definir demarcações no presente e no futuro é simplesmente incompatível com uma constituição que pretende transformar a realidade, não manter o *status quo*”<sup>8</sup>.

A Constituição Federal garante a proteção de grupos que mantiveram vínculo com um território de forma coesa, mas este não é um requisito necessário para a garantia de

<sup>7</sup> CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. "Terra indígena": aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. *História*, Franca, v. 35, e75, 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-90742016000100501&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742016000100501&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 04 Mar. 2021.

<sup>8</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 344.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

direitos territoriais, pois o texto constitucional possibilita que novas ocupações sejam garantidas aos povos indígenas, como política de reconhecimento e redistribuição, tendo em vista o compromisso da reparação histórica aos povos originários<sup>9</sup>. É preciso levar em conta na demarcação das terras indígenas, estudos antropológicos que levem em conta os usos, costumes e tradições indígenas para se verificar se determinada área é terra indígena.

Desse modo, tendo em vista que a decisão formada no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não tem efeito vinculante e que no presente caso, essa Corte irá debater a temática sob o a sistemática da repercussão geral, de forma que será balizado o entendimento jurisprudencial, no que se refere ao conceito de posse indígena, circunstância que efetivamente impactará centenas de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, demarcadas, em processo de demarcação, e mesmo as que a Funai sequer iniciou o processo administrativo, o CFOAB entende que não deve prevalecer a tese do marco temporal em substituição à do indigenato, em razão da sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional e em virtude do princípio da vedação ao retrocesso. A consagração constitucional do direito dos povos indígenas à terra deve se pautar por parâmetros que deem concretude ao direito originário dos índios sobre suas terras, de forma a proteger as identidades e costumes desses povos.

### **C) CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, o Conselho Federal da OAB pugna pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai para o fim de que seja adotada a tese proposta pela Comunidade Xokleng em sua manifestação aos autos, elencada da seguinte forma:

- 1) o direito dos índios à demarcação de suas terras de ocupação tradicional, associado à posse e usufruto exclusivo, independe de ato conclusivo do processo administrativo;
- 2) é dever da União realizar de imediato a desintrusão, logo que se conclua o processo no órgão indigenista;
- 3) por si só, o laudo científico antropológico tem a condição de dizer sobre a tradicionalidade e limites da T.I., nos termos do art. 231 da CF/88 e do Decreto 1775/1996;
- 4) a demarcação das terras indígenas se submete ao regime constitucional que firmou o indigenato, direito congênito, anterior a qualquer outro, como parâmetro conceitual;

---

<sup>9</sup> JUNIOR, Julio José Araújo. Direitos territoriais indígenas: uma interpretação Intercultural. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 20-71, 2019.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

- 5) títulos de propriedade incidentes em terras indígenas são nulos e, portanto, seus efeitos são nenhum, valendo-se o titular, de boa-fé, do direito à indenização das benfeitorias;
- 6) aos pequenos agricultores familiares, assiste o direito ao reassentamento ou indenização baseada na responsabilidade civil por ato danoso, com respaldo nos artigos 37, §6º, 184 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e artigo 4º do Decreto 1.775/96;
- 7) não há que se falar em marco temporal ou posse físico-civilista para aferir sobre direitos constitucionais indígenas, bem como fica afastada a legalização do esbulho, fraude e violência em face dos índios, ocorridos em qualquer tempo no passado;
- 8) aos índios, qualquer ato de posse ou de defesa dela, em qualquer tempo, é demonstração anímica ou fática de titularidade de direito territorial;
- 9) as terras dos índios, tomadas e alienadas pelos Estados Federados, em qualquer tempo no passado, como se devolutas fossem, invalida toda a cadeia dominial;
- 10) não inibe a posse e a ocupação tradicional a existência, nos limites da T.I., de Parques e UC – Unidades de Conservação;
- 11) não há vedação ao redimensionamento de limites de terras já demarcadas, tanto que obedeça às diretrizes do art. 231 da Magna Carta e do Decreto 1775/1996;
- 12) os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 consistem em cláusulas pétreas, inatingíveis pelo poder constituinte reformador, sendo vedado, ainda, o retrocesso hermenêutico.

Por fim, requer a realização de sustentação oral no feito, no momento processual oportuno.

Pede deferimento.

Brasília/DF, 23 de junho de 2021.

**Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky**  
Presidente do Conselho Federal da OAB  
OAB/RJ 95.573

**Lizandra Nascimento Vicente**  
OAB/DF 39.992

**Bruna Santos Costa**  
OAB/DF. 44.884