



AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO EDSON FACHIN DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 - REPERCUSSÃO GERAL TEMA 1031.

Ref.: RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365/SC

Repercussão Geral Tema 1031

A **COMISSÃO GUARANI YVYRUPA (CGY)**, devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe por meio de habilitação na condição de *amicus curiae* deferida em Despacho (Petição nº. 340), vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar

MEMORIAIS

Em 09 de setembro de 2021 foi iniciado o julgamento do caso em epígrafe, de ampla repercussão pública e sensibilidade social. Na ocasião, o Exmo. Ministro Relator Edson Fachin proferiu seu brilhante voto, pugnando pelo provimento ao recurso extraordinário, propondo a fixação de tese que afasta a aplicação da chamada “teoria do marco temporal” e consolida o “indigenato”, reiterando e atualizando a jurisprudência histórica desta Corte, e



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

reafirmando o papel do laudo antropológico como critério primordial para aferição da tradicionalidade da ocupação indígena - zelando, a um só tempo, pelos direitos territoriais, de caráter fundamental e originário, dos povos indígenas e pelo princípio fundante da atuação do Estado, qual seja, o da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos atos administrativos.

Após, em 15 de setembro de 2021, o eminente Ministro Nunes Marques apresentou voto divergente, no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, e fixar tese concedendo aplicação geral ao chamado “marco temporal” como critério único e irrestrito para aferição da tradicionalidade da ocupação indígena, privilegiando inflexão na jurisprudência histórica que foi o julgamento da PET 3388.

Recentemente, na sessão plenária de 07 de junho de 2023, foi retomado o julgamento em que proferiu seu voto o eminente Ministro Alexandre de Moraes, encerrando-se a sessão com novo pedido de vistas do Exmo. Ministro André Mendonça, diante da complexidade e sensibilidade social das questões trazidas a debate.

Em seu voto, o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes defende o provimento ao recurso extraordinário, tal como o relator, mas propõe tese divergente, afastando a teoria do “marco temporal” como critério para aferição de tradicionalidade da ocupação indígena, mas **concedendo valor ao “marco temporal”** para distinguir entre situações em que os **ocupantes não indígenas afetados pelas demarcações** teriam direito à indenização apenas pelas benfeitorias de boa-fé, de outras nas quais teriam direito também à **indenização por título de propriedade entendido como “ato jurídico perfeito”**. Da mesma forma, introduz a possibilidade de **“compensação de terras”, em hipóteses nas quais o “interesse público” afastaria a conveniência de se efetivar os direitos constitucionais indígenas, concedendo aos indígenas terras diferentes das tradicionalmente ocupadas.**



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

Nota-se que na leitura resumida de seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes deteve-se mais no “consequencialismo” das teses divergentes que buscou contrastar, do que propriamente na fundamentação jurídica da sua proposição, e que seu voto não foi disponibilizado na íntegra. Enquanto organização indígena representativa de cerca de 233 aldeias guarani nas regiões sul e sudeste do país, esta Comissão Guarani Yvyrupa - CGY entende ser necessário trazer à Corte uma análise o mais pormenorizada possível dos **efeitos que traria para as comunidades indígenas, as guarani em especial, a prevalência da tese proposta pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes**, tal como foi redigida.

De saída, apontamos que consideramos **extremamente positiva a posição do Ministro vistor de afastar a “teoria do marco temporal”, e seu complemento, a “teoria do esbulho renitente”, como critérios para aferição da tradicionalidade da ocupação indígena**, haja vista sua completa inadequação ao texto constitucional, e seus efeitos injustos sobre os direitos das comunidades indígenas.

Não obstante, adiantamos, com toda vênica, que a breve fundamentação jurídica oferecida pelo eminente Ministro vistor apresenta a **mácula insanável da contradição - que mina qualquer possibilidade de segurança jurídica - ao tratar títulos indevidamente emitidos pelo Poder Público em sobreposição ao perímetro de terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas como “atos jurídicos perfeitos”**. E mais do que isso, *especificamente* desta fundamentação jurídica podem emanar **efeitos práticos extremamente perniciosos para as comunidades indígenas em geral, e para as comunidades guarani em especial**, no âmbito de ações possessórias atualmente em curso, **envolvendo centenas de aldeias indígenas e dezenas de milhares de pessoas indígenas** que ali habitam.

Desta forma, ao analisar o “consequencialismo” (Art. 20, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) em par e passo com a fundamentação jurídica ali apresentada,



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

será mister constatar que a técnica jurídica nunca poderia autorizar tamanha elasticidade do texto constitucional, e que, ainda que o fizesse, **o efeito prático da fixação da referida tese tal como proposta seria a paralisação completa das demarcações de terras indígenas, e o risco da expedição em cadeia de ordens de reintegração de posse contra as comunidades indígenas residentes em áreas em processo de demarcação, para além do risco do aumento da pressão social para que as comunidades desistam de seus pleitos demarcatórios em favor de hipóteses infundamentadas de ‘compensação territorial’.**

1. Análise do Voto do Ministro Alexandre de Moraes

a. Fundamentação Jurídica

Não é necessário repetir que a jurisprudência é uníssona em reconhecer o dispositivo do art. 231, § 6º, da CF/88 e reafirmar que, onde há ocupação tradicional indígena, quaisquer títulos de propriedade ali existentes são nulos - e não simplesmente anuláveis - devido ao caráter originário dos direitos territoriais indígenas, e ao caráter meramente declaratório do processo de demarcação.

Não obstante, **ao mesmo tempo em que afastou a teoria do “marco temporal”, o Ministro Alexandre de Moraes utilizou-a como valor pragmático para flexibilizar a nulidade dos títulos de propriedade incidentes sobre as terras indígenas**, sem explicitar qual poderia ser a fundamentação jurídica dessa manobra hermenêutica.

Nessa hipótese, **alguns títulos de propriedade incidentes sobre terras indígenas poderiam ser considerados “atos jurídicos perfeitos”, unicamente porque naqueles casos não haveria comprovação documental de ocupação de fato em 5 de outubro de 1988, e não teria logrado a comunidade indígena expulsa daquele local perpetuar conflito físico ou controvérsia judicial até essa data** (Item IV da Tese Proposta).



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

Note-se que em seu voto, o eminente Ministro sublinhou brilhantemente a latente injustiça inscrita na “teoria do esbulho renitente”, que exigia aos indígenas, para terem direito territorial, ou terem conseguido litigar em juízo mesmo não possuindo capacidade civil para tanto antes de 1988, ou terem mantido conflito fático contra seus opressores, o que realmente é impensável.

Mesmo assim, o Exmo. Ministro propõe exatamente esse critério para definir a distinção entre títulos incidentes em terras indígenas que seriam tratados como “atos jurídicos perfeitos” e títulos incidentes em terras indígenas que seriam considerados nulos na sua origem, resultando no direito dos ocupantes não indígenas apenas à indenização por benfeitorias de boa-fé.

Veja-se extrato do voto presentemente analisado:

“IV - Inexistindo a presença do marco temporal CF/88 ou de renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada que tem haver por objeto a posse, o domínio, ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes, **assistindo ao particular direito à indenização prévia, em face da União, em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, tanto em relação à terra nua, quanto às benfeitorias necessárias e úteis realizadas;** (grifos nossos)”

Ora, uma vez que não há “marco temporal” como critério para afastar a tradicionalidade da ocupação tradicional indígena sobre determinada situação fática - e não pode haver, pela Constituição Federal! -, qualquer terra indígena assim entendida reveste-se de todos os seus atributos constitucionais: sua emanção originária, seu caráter



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

imprescritível e indisponível e sua precedência sobre quaisquer atos que a tenham por objeto. Desses pilares deriva, inafastavelmente, a nulidade de títulos de propriedade nela incidentes.

Não há fundamento jurídico possível para estabelecer dois conjuntos de terras indígenas, um para o qual é válido o texto constitucional, e outro para o qual não é. Tal operação não deixa de repetir a lógica da integração, definitivamente superada pela Constituição de 1988, como reconhecido inúmeras vezes pela Suprema Corte. Através dessa lógica ultrapassada e indiscutivelmente contrária ao ordenamento jurídico pátrio consolidado na Constituição de 1988, terras indígenas eram classificadas segundo graus de aculturação atribuídos arbitrariamente às comunidades ali residentes, visando projetar um horizonte no qual progressivamente os indígenas perderiam seus atributos distintivos, dissolveriam-se na sociedade nacional, e perderiam seus direitos territoriais. É extremamente temerário que qualquer eco que ressoe dessa concepção seja incorporado à solução do presente caso de repercussão geral, uma vez que é inconteste que o paradigma integracionista foi afastado peremptoriamente pela Constituição Federal de 1988.

b. Da exigência de indenização prévia: impossibilidade jurídica e prática

Sublinha em seu relatório o Ministro Alexandre de Moraes que no mundo todo a questão da fissura colonial e dos direitos territoriais dos povos originários é um grande desafio, e que não há nenhum modelo que tenha realmente logrado equacionar a questão de maneira efetiva e justa. Não obstante, podemos contrastar, no âmbito da realidade brasileira, dois modelos: aquele do “indigenato”, que reconhece a emanção originária do direito territorial indígena, e aquele da “indenização prévia”, que, antes de garantir a proteção do direito territorial das comunidades tradicionais, sobrepõe direitos particulares e exige a compensação pecuniária prévia do ocupante reconhecendo que a propriedade



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

privada, nesses casos, mesmo que fruto de expropriação colonial, seria “ato jurídico perfeito”.

Como se sabe, diferentemente das terras indígenas, o direito territorial das comunidades quilombolas tem outra natureza prevista na constituição, que não a de direito originário, sendo que o art. 68 dos Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal é configurado de maneira a reconhecer os títulos de propriedade incidentes sobre essas terras como “atos jurídicos perfeitos”, o que se refletiu no Decreto nº 4.887/2003 - que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos - no sentido de exigir a indenização prévia aos ocupantes não indígenas, antes da efetivação do direito territorial dessas comunidades.

Em que pese o valor da proteção constitucional reservada ao direito territorial das comunidades quilombolas - que, inclusive, já foi objeto de extenso escrutínio pela Suprema Corte por ocasião do julgamento da ADI 3239 -, a título de comparação entre os modelos acima citados, a organização Terra de Direitos publicou recentemente estudo detalhado sobre o processo de titulação de territórios quilombolas¹ demonstrando estatisticamente que: a) “caso o Estado brasileiro mantenha o atual ritmo de regularização fundiária dos territórios quilombolas **serão necessários 2.188 anos para titular integralmente os 1.802 processos abertos no momento no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra)**; b) Em 34 anos, desde que o direito ao território tradicional quilombola foi reconhecido na Constituição Federal de 1988, **apenas 54 territórios foram titulados (parcial ou total) pelo Incra**, órgão federal responsável pela regularização fundiária quilombola e c) destes 54 territórios, apenas 24 possuem títulos totais, ou seja, referente à todo território.

¹ Disponível em:

<https://www.terradedireitos.org.br/noticias/noticias/no-atual-ritmo-brasil-levara-2188-anos-para-titular-todos-os-territorios-quilombolas-com-processos-no-incra/23871>. Acesso em 4/8/2023.



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

Em poucas palavras, o modelo da “indenização prévia”, adotado na titulação de territórios quilombolas permitiu que em 34 anos após a Constituição, em todo país, apenas 24 territórios tivessem seu processo de demarcação concluído, relegando a pouca ou nenhuma efetividade o direito territorial de mais de 1.700 comunidades quilombolas.

Por outro lado, os números de demarcação de terras indígenas, baseados até o presente momento no modelo do “indigenato”, embora ainda muito insuficientes sobretudo nas regiões mais adensadas do país, são muito mais eloquentes e efetivos. Segundo os dados do Instituto Socioambiental (ISA)², seriam cerca de 735 terras indígenas no Brasil com processo de regularização já iniciado. Destas, mais da metade, cerca de 496 já estão homologadas por Decreto Presidencial, outras 68 estão declaradas por Portaria Ministerial, 45 estão identificadas por Despacho da FUNAI, e 126 têm estudos de identificação e delimitação em curso.

Pode-se inferir, a título de reflexão, por meio de simples “regra de três”, que, mantendo-se o modelo do “indigenato”, se foi possível concluir a homologação de 496 terras indígenas em 35 anos, seria possível concluir os demais 239 processos em curso nos próximos 16 anos. Por outro lado, se a Suprema Corte operar a alteração jurisprudencial proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes, adotando para terras indígenas o mesmo modelo da “indenização prévia” utilizado no reconhecimento das terras quilombolas, levaríamos, segundo a taxa analisada pela Terra de Direitos, pelo menos 290 anos para concluir os 239 processos de demarcação já em curso.

Sopesando, portanto, apenas as “consequências práticas da decisão” que devem ser analisadas por esta Suprema Corte por força da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, como bem lembrou o Ministro Luiz Fux, percebe-se a mudança de paradigma

²Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/brasil>. Acesso em 4/8/2023.



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes, ao invés de alcançar o equilíbrio de direitos por ele almejado, se consolidaria em desfavor absoluto das comunidades indígenas, praticamente inviabilizando os processos demarcatórios.

c. Do risco de reintegrações de posse em série: dados objetivos em relação aos povos guarani

O caso concreto discutido no âmbito do RE 1.017.365 - e para o qual foi atribuída a repercussão geral para “definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras dispostas no art. 231 da Constituição Federal” -, é, na origem, uma ação de reintegração de posse movida contra comunidade indígena por órgão da administração pública indireta do Estado de Santa Catarina, a antiga Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – FATMA, hoje Instituto do Meio Ambiente - IMA.

Embora a área objeto da lide seja incidente dentro dos limites da Terra Indígena Ibirama Laklanô, reconhecida como de ocupação tradicional do povo Xokleng pela Portaria n. 1.128/2003, emitida pelo Ministério da Justiça, a reintegração de posse foi julgada procedente na primeira e na segunda instância, com base na “teoria do marco temporal”, **e mais de 100 indígenas, entre homens, mulheres, crianças e idosos, foram vítimas de deslocamento forçado e impedidos de gozar de direitos básicos e fundamentais em geral, e em especial do direito territorial garantido constitucionalmente de usufruto exclusivo do seu território - situação em que permanecem até os dias de hoje.**

Iniciando pelo caso concreto, a Suprema Corte precisa se debruçar sobre questão fundamental: se passar a adotar o modelo da “indenização prévia”, reconhecendo como válidos os títulos indevidamente sobrepostos a terras indígenas, qual deve ser a posição do judiciário, inclusive nas instâncias inferiores, diante das centenas de reintegrações de posse



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

que estão em curso contra comunidades indígenas que residem em aldeias incidentes em áreas objeto de processos de demarcação ainda não concluídos? No caso concreto, recebendo provimento o RE 1.017.365/SC e retornando os autos para primeira instância para novo julgamento, deve a comunidade indígena ser autorizada pela Justiça Federal de Santa Catarina a gozar do usufruto da área que supostamente está sob domínio do Estado Santa Catarina e constitui a Reserva Biológica do Sassafrás, ou antes a União seria obrigada a pagar “indenização prévia” ao Estado de Santa Catarina, ficando a comunidade alijada de sua terra no intervalo de tempo até o efetivo pagamento da indenização, conforme prega Exmo. Ministro Alexandre de Moraes em seu voto?

Veja-se, a partir do caso concreto, é cristalina a contradição da fundamentação jurídica oferecida pelo Ministro Alexandre de Moraes. Como bem asseverou o Ministro, na TI Ibirama Laklanô não haveria comprovação documental de “conflito físico” em 05 de outubro de 1988 pois as comunidades indígenas foram obrigadas a se retirar, tamanha a brutalidade da violência histórica sofrida, e só teriam retornado ao seu território de ocupação tradicional após mínima estabilização da paz social, marcada justamente pelo advento da Constituição Democrática. Ainda segundo o voto do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes, não haveria controvérsia judicial do caso, pois antes de 1988 à comunidade Xokleng não era reconhecida sua capacidade civil para atuar em juízo.

Ora, se por um lado o Exmo. Ministro Alexandre de Moraes votou pelo sepultamento da “tese do marco temporal” para aferição do direito territorial dos povos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, por outro, perniciosamente abriu caminho para uma “tese do marco temporal” para aferição de direito à indenização no interesse de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado que, via de regra, manifestam interesses em oposição aos interesses e ao patrimônio da União. Sob o raciocínio apresentado pelo Ministro Alexandre de Moraes, o título de propriedade registrado hoje em nome do Instituto de Meio Ambiente de Santa Catarina seria “ato jurídico perfeito” e, por



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

isso, estaria sujeito à “indenização prévia”. E, perceba-se a injustiça, foi o Estado de Santa Catarina quem indevidamente titulou a si mesmo e a terceiros as terras tradicionalmente ocupadas pelo povo Xokleng após participar comissiva e omissivamente do violento esbulho contra eles perpetrado, como comprovado extensamente nos autos da ACO 1100.

O Ministro Alexandre de Moraes reputa como “enriquecimento ilícito” da União a restrição do direito de indenização dos ocupantes não indígenas apenas às benfeitorias de boa-fé. Entretanto, **a fundamentação jurídica que ele elege resultaria, justamente no caso concreto, no enriquecimento ilícito do ente federado diretamente responsável pelo esbulho da comunidade Xokleng, o Estado de Santa Catarina, em desfavor do direito ao gozo do usufruto exclusivo do seu território por parte da comunidade indígena, objetivo máximo do Art. 231 da Constituição.**

Apenas do povo Guarani nas regiões sul e sudeste, conforme monitoramento feito por esta CGY, estão mapeadas **mais de uma centena de ações de reintegração de posse em curso contra aldeias guarani** que se localizam dentro de Terras Indígenas com processos de regularização ainda não finalizados.

A população guarani do sul e sudeste do país está distribuída hoje em cerca de 157 Terras Indígenas (unidade administrativa), dentro das quais há cerca de 233 aldeias (unidade sociopolítica). Dentre essas mais de 150 Terras Indígenas ocupadas pelos povos Guarani no Sul e Sudeste³, **apenas 34 estão já registradas em Cartório e devidamente homologadas pela Presidência da República - número que corresponde a cerca de 22% do total de terras guarani -, enquanto as demais encontram-se em diferentes fases do processo de demarcação, regulamentado pelo Decreto 1775/96. Sendo assim, quase 80% das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos Guarani no sul e sudeste, que representam cerca**

³ Não estão incluídas as terras guarani no Mato Grosso do Sul, que se articulam por meio da organização Aty Guasu e não desta CGY.



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

de 25 mil indivíduos no Brasil, podem ter o desenrolar de seu processo demarcatório afetado positiva ou negativamente pela decisão desta Suprema Corte⁴.

Como é cediço, por força do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, foi determinado pelo Ministro Edson Fachin, em decisão datada de 06 de maio de 2020, a suspensão em âmbito nacional de todas as ações possessórias e anulatórias envolvendo terras indígenas, até o julgamento do presente caso. Desde então, no país, centenas de ações possessórias foram suspensas, como lembrado pelos eminentes ministros nas sessões de julgamento já realizadas.

De uma análise geral dos conflitos fundiários envolvendo direitos e interesses dos coletivos guarani no Sul e Sudeste do Brasil que, conforme exposto acima, são cerca de 25 mil indivíduos em mais de 230 aldeias no país alijados da garantia e da segurança jurídica de gozar da posse e usufruto exclusivo de seus territórios tradicionalmente ocupados, na maioria dos casos não encontraríamos a comprovação documental de conflito físico ou controvérsia judicializada na data de 5 de outubro de 1988, já que tais exigências são inconciliáveis com a história colonial do país. Nesses casos, seguindo a proposição do Ministro Alexandre de Moraes, títulos de propriedade incidentes em favor de particulares, ou mesmo em favor de Estados, como no caso concreto, teriam de ser tratados como “atos jurídicos perfeitos” em desrespeito ao que dispõe o §6º do art. 231 da CF/88 e ao princípio do indigenato.

A gravidade desta tese proposta pelo Exmo. Ministro Alexandre de Moraes resultaria em que, enquanto não houvesse a “indenização prévia” por parte da União, todas estas comunidades indígenas estariam sujeitas a decisões desfavoráveis no âmbito das centenas de ações de reintegrações de posse no país, com risco de serem expulsas das terras

⁴ Dados sistematizados na plataforma online “Mapa Guarani Digital”, mantida por esta CGY e parceiros, disponível em <https://guarani.map.as>



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

tradicionalmente ocupadas que a Constituição buscou proteger, e o resultado seria o oposto da paz social almejada pelo eminente Ministro.

Seria realmente isso que o constituinte originário desejou ao conferir proteção tão especial às terras e culturas indígenas? **Teria o poder público capacidade operacional de cumprir uma avalanche de decisões de 'reintegração de posse', contra inúmeras comunidades indígenas, sem que tal feito implicasse em violação generalizada aos direitos destes povos? Onde residiria toda essa população indígena, cuja vida depende da relação com o território, até aguardar a disponibilização de orçamento pelo poder público?**

Esta seria uma demanda orçamentária de difícil cálculo e que provavelmente superaria a cifra de dezenas de bilhões de reais para custear eventual pagamento por terra nua apenas das terras indígenas ainda não homologadas. Ademais, veja-se ainda que **o critério adotado pelo Ministro Alexandre de Moraes para distinguir entre aquelas terras indígenas para as quais caberia o pagamento apenas de benfeitorias de boa-fé e aquelas para as quais caberia a "indenização prévia" sequer exclui as terras já homologadas e registradas, cuja situação fática já está pacificada. Corremos o risco, portanto, de comprometer o escasso orçamento público com demandas indenizatórias de particulares que já se retiraram das terras indígenas mediante o pagamento exclusivamente de benfeitorias, esgotando o orçamento antes mesmo de chegar ao início da resolução das terras ainda não homologadas e cuja situação encontra-se de fato conflituosa.**

d. Da possibilidade de compensação de terras: risco de pressão exponencial pela desistência do pleito demarcatório

Também assentado na fundamentação que permitiria a relativização do caráter originário do direito territorial indígena, ao tratar títulos incidentes sobre as terras indígenas como "atos jurídicos perfeitos", o Ministro Alexandre de Moraes vai além, e propõe no item V de sua tese que: "Na hipótese prevista no item anterior, sendo contrário ao interesse



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

público a desconstituição da situação consolidada e buscando a paz social, **a União poderá realizar a compensação às comunidades indígenas, concedendo-lhes terras equivalentes às tradicionalmente ocupadas, desde que haja expressa concordância.**”

De saída, cumpre novamente sublinhar a contradição desta proposição com o próprio item IX da tese, que, este sim, deriva do texto constitucional: “As terras de ocupação tradicional indígena na qualidade de terras públicas são **inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis**”.

Se os direitos sobre as terras indígenas são indisponíveis por força constitucional, como poderiam as comunidades dispor desse direito e transacionar em favor de uma “compensação territorial” por terras equivalentes? **Não há segurança jurídica possível com contradição tamanha.**

A proposição de “**compensação territorial**” e **deslocamento forçado de coletivos indígenas das terras tradicionalmente ocupadas das quais foram expropriados e expulsos no processo violento de colonização** também está em contradição frontal com o **§ 5º, Art. 231 da CF/88 que veda a remoção dos indígenas de suas terras tradicionalmente ocupadas**, salvo em hipóteses remotíssimas “de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País”, e, mesmo nesses casos, prevê, além da prévia autorização do Congresso Nacional, “o retorno imediato logo que cesse o risco”, sempre em caráter extraordinário e temporário, não sendo cabível em hipótese alguma o defendido pelo pelo Exmo. Ministro Alexandre Moraes em seu voto, a “compensação territorial”.

Certamente as situações previstas na Constituição Federal, de casos de catástrofes naturais, epidemias ou situações que configurem risco à soberania do país, excepcionais e dependentes de autorização do Congresso Nacional no caso concreto, e da aplicação do direito de consulta prévia, livre e informada aos coletivos indígenas impactados com tais



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

medidas, em nada se confundem com o critério absolutamente vago de “interesse público” empregado na proposição do Exmo. Ministro para deliberação a respeito de situações em que a União não seria obrigada a cumprir seu dever constitucional de demarcar as terras indígenas, podendo oferecer barganhas para a comunidade.

O Ministro Alexandre de Moraes cita como fundamento para essa proposição situações em que seja “realisticamente impossível readquirir essa terra” para a comunidade indígena, pois há “locais que já temos cidades”. Com essa proposição, somada à exigência de “indenização prévia” o **Exmo. Ministro estimula, ainda que involuntariamente, o loteamento e a invasão das terras indígenas para criar “fato consumado”,** exatamente o efeito que o Constituinte Originário buscou evitar ao estabelecer no §6º do art. 231 da CF/88 a nulidade de quaisquer atos que tenham por objeto as terras indígenas.

São virtualmente inexistentes as situações em que terras identificadas e delimitadas pelas FUNAI sejam “realisticamente impossíveis” de serem devolvidas ao usufruto exclusivo das comunidades, pois quando há situação semelhante o próprio laudo antropológico já se encarrega de retirar esses espaços de propostas de delimitação. Diziam os atores que eram contrários à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol que era “realisticamente impossível” retirar os “arrozeiros” invasores da área indígena, e que eles já tinham “constituído cidade” no local. Entretanto, após o julgamento da PET 3388, foi ultimada sem grandes dificuldades a desintrusão da Terra Indígena.

Ademais, é farta a documentação juntada aos autos dos processos administrativos e judiciais envolvendo os direitos e interesses dos povos Macuxi, Wapichana, Taurepang, Ingarikó, Patamona que comprovam a reiterada comissão e omissão dos entes federativos Território Federal de Roraima e, após 1988, o Estado de Roraima em produzir “fatos consumados” pari passu com o andamento dos procedimentos demarcatórios para tumultuar o reconhecimento do direito territorial dos povos indígenas e sobrepujar



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

interesses de pessoas físicas e jurídicas de direito privado e público às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

São conhecidas as enormes pressões fundiárias que existem sobre as terras indígenas, visando a instalação de empreendimentos, a mineração, e a especulação imobiliária. Tudo isso certamente seria apresentado como “interesse público” se vingasse essa proposição.

Pelo exposto, consideramos ser completamente inviável do ponto de vista jurídico, e temerário do ponto de vista prático, que o item V da proposição do Ministro Alexandre de Moraes prospere enquanto tese de repercussão geral.

II. Indigenato: a única pacificação e segurança jurídica possível

Note-se que as principais demandas judiciais que ocuparam o plenário desta Suprema Corte nas últimas duas décadas, atinentes aos direitos territoriais indígenas, referem-se a conflitos federativos, entre Estados e a União.

Na célebre PET 3388, o Estado de Roraima pleiteava a anulação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol por supostos vícios no processo administrativo levado a cabo pela União. Como se sabe, em 2009 o Estado de Roraima foi vencido na pretensão de anular ou alterar os limites da área demarcada, e o próprio STF monitorou o cumprimento da bem sucedida desintrusão dos ocupantes não indígenas ultimada por meio de colaboração federativa.

Posteriormente, em 2012, foi julgada por esta Egrégia Corte a ACO 312, na qual a União, por meio da Funai, solicitou a anulação de títulos emitidos irregularmente pelo Estado da Bahia, em favor de particulares, sobre o perímetro da Terra Indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu. Foi a confirmação pelo STF da validade da demarcação, e da



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

nulidade desses títulos, que permitiu, também neste caso, a colaboração federativa na pacificação da situação, com a desintrusão da Terra Indígena.

Em 2017, por sua vez, o pleno do STF julgou as ACOs 362 e 366, nas quais o Estado do Mato Grosso demandava indenização por desapropriação indireta em relação a supostas áreas devolutas estaduais que seriam incidentes no Parque Indígena do Xingu e nas TIs Nambiquara e Pareci. As referidas ações foram julgadas improcedentes, garantindo a pacificação da situação, e o usufruto das comunidades indígenas sobre suas terras, inseparável do reconhecimento da nulidade dos títulos.

Mais uma vez, no presente Recurso Extraordinário 1.017.365/SC estamos diante de um conflito envolvendo entes federativos: o Estado Santa Catarina e a União. O presente feito trata originalmente de demanda possessória em face da FUNAI, demanda essa que se relaciona diretamente com outro pleito do mesmo Estado de Santa Catarina, na ACO 1100, na qual se solicita a anulação da demarcação da Terra Indígena Ibirama-La Klãnõ, por supostos vícios no processo demarcatório.

Como se vê, **enquanto perdurar uma disputa de tese jurídica de aferição da tradicionalidade da ocupação indígena que seja exógena ao comando constitucional de realização da análise técnico-antropológica do caso concreto, abrir-se-á espaço para uma disputa dominial infinita das Terras Indígenas, com especial sensibilidade para a disputa entre Estados e a União, sempre em prejuízo das comunidades indígenas, condição que mina as bases para a necessária colaboração federativa para a efetivação das demarcações e o respeito ao texto constitucional, com a garantia da vida e do bem viver dos povos originários, e da concepção de país multiétnico e com reconhecimento e respeito à diferença.**

Destacamos em sede de razões finais (Peça nº. 593) que, a despeito da Constituição Federal ser o fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro e de dela se



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

depreenderem todas as demais constituições estaduais, “dos 26 Estados da federação, 18 Estados reiteram em suas próprias Constituições Estaduais a necessidade de respeito por parte desses entes federados aos direitos originários indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, e 14 estabelecem a obrigação do Estado em cooperar com a União na demarcação das terras indígenas, 4 deles, ainda, atribuem ao Estado o papel de colaborar com o reassentamento de ocupantes não indígenas, visando distensionar conflitos” (pg.65).

O próprio Estado de Santa Catarina dispõe no artigo 148A da sua Constituição Estadual que **“O Estado poderá promover, na forma da lei e por meio de convênios com outros entes federativos, o reassentamento ou a indenização dos pequenos agricultores que, de boa fé, estejam ocupando terras destinadas por meio de processo demarcatório, aos povos indígenas.”**

No caso concreto da TI Ibirama-La Klãnõ, como vimos, o modelo da “indenização prévia” proposto pelo Ministro Alexandre de Moraes poderia resultar literalmente no “enriquecimento ilícito” do Estado de Santa Catarina, uma vez que, mesmo tendo sido o ente diretamente responsável pela titulação indevida da terra indígena em favor de particulares, poderia obter o Estado de Santa Catarina indenização da União antes da devolução das terras à comunidade Xokleng.

Qualquer solução que vise um “equilíbrio” de direitos deve necessariamente honrar a jurisprudência histórica do “indigenato”, única que reflete adequadamente o texto constitucional, e afastar qualquer aplicação de tese de “marco temporal”, não apenas como critério para aferição da tradicionalidade da ocupação indígena, mas também como valor pragmático para flexibilização da nulidade dos títulos de propriedade indevidamente emitidos sobre perímetros de terras indígenas.



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

O fato de que todos os principais casos que ocuparam a Suprema Corte nas últimas duas décadas se tratam de disputas entre a União e Estados é sintoma de fato histórico conhecido: o esbulho das terras indígenas, em todo país, foi na esmagadora maioria dos casos operado através da titulação indevida dessas terras pelos Estados em favor de terceiros, ou da apropriação indevida dessas terras pelo próprio Estado, que, em descompasso com o que dispunha a Lei de Terras, de 1850, passou a administrar como terras devolutas estaduais, as áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas.

Há casos de estímulo de alienação indevida das terras indígenas pela União, como naquele citado pelo Ministro Alexandre de Moraes em que Dom Pedro II, por meio de Decreto Imperial de 1865, criou os Corpos de Voluntários da Pátria, e concedeu títulos de propriedade a particulares, frequentemente incidentes sobre áreas de ocupação tradicional indígena, mas eles são menos numerosos.

A preocupação do Ministro Alexandre de Moraes com eventual incremento de indenização aos não indígenas, também foi objeto de observações preliminares do Exmo. Ministro Relator Edson Fachin na ACO 1100, mas a solução jurídica proposta vai em outro sentido: afirma ele que “a possibilidade de indenização [aos não indígenas] por ato ilícito na venda de terras a *non domino*, em ação própria de natureza eminentemente reparatória” **“não aparenta colidir [...] com a vedação da concessão de indenização pelo fato de encontrar-se a área inserida em terra indígena.”**

Acrescenta Fachin, corretamente, que eventual “indenização por venda a *non domino*, inserida no campo da responsabilidade civil – em hipótese alguma pode consistir em impedimento à finalização da demarcação administrativa, com a extrusão dos particulares da terra demarcada sem qualquer direito à retenção pela terra nua, ou prejudicar o exercício dos direitos possessórios das comunidades indígenas com fundamento



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

no artigo 231 do texto constitucional” e que essa hipótese “é questão a ser amadurecida pela doutrina e pela jurisprudência”, sem espaço para definição no referido caso.

Em relação à responsabilidade civil pela titulação indevida das terras indígenas a particulares, cabe destacar que são as comunidades indígenas os maiores lesados por tais danos, com a expulsão de suas terras, e o impedimento de usufruto de seu território por décadas, e alguns casos até mais de século, situação que perdura até hoje.

Destaca-se, nesse âmbito, a ACO 3555 movida pelo Ministério Público Federal contra a União, a FUNAI, o INCRA e Itaipu, pela expulsão violenta sofrida pelas comunidades Avá-Guarani de suas terras tradicionais no processo de planejamento e construção da Usina Itaipu Binacional. As comunidades Avá-Guarani, representadas por esta CGY, se habilitaram no feito requerendo como principal reparação pelos danos causados, justamente a devolução do seu território.

Certamente é mais urgente e justo que esse “amadurecimento da jurisprudência” no que se refere ao tema da responsabilidade civil se iniciasse pela reparação devida às comunidades indígenas pelo dano sofrido nos processos de expulsão territorial, de que são vítimas até os dias de hoje.

Pelo exposto, o povo guarani das regiões sul e sudeste pede deferimento para julgar procedente o RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365/SC, com o acompanhamento do voto do relator e da proposta de fixação de tese por ele proposta.

Yvyrupa, 4 de agosto de 2023



Comissão Guarani Yvyrupa
Assessoria Jurídica

Vera Rodrigo Mariano
Bacharel em Direito

André Dallagnol
OAB/PR 54.633

Gabriela Araujo Pires
OAB/PE 40.514

Julia Andrade Ferezin
OAB/SC 60.890

Luisa M. Cytrynowicz
OAB/SP 422.601

Maria Galle Lopodote
OAB/RR 2371

Daniel Calazans Pierri
Antropólogo

Leonardo Lima Günther
OAB/RS 81.833

Juliana Kerexu M. Mariano
Coordenadora Tenondé da CGY

Júlio Garcia Karai Xiju
Coordenador Tenondé da CGY

Timóteo Vera Popygua
Coordenador Tenondé da CGY

Arnildo Vera Moreira
Coordenador Tenondé da CGY