

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR
MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN
EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

REPERCUSSÃO GERAL NO RE Nº 1.017.365/SC
RECORRENTE: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI

FUNDAÇÃO LUTERANA DE DIACONIA – FLD, com o apoio do **CONSELHO DE MISSÃO ENTRE POVOS INDÍGENAS – COMIN, NÚCLEO DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS, BENJAMIN N. CARDOZO SCHOOL OF LAW BENJAMIN B. FERENCZ HUMAN RIGHTS AND ATROCITY PREVENTION CLINIC** e **INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC – UNIVERSITY OF OKLAHOMA COLLEGE OF LAW**, *amicus curiae* devidamente habilitado no processo, vem, por seus/suas procuradores/as signatários/as, com fundamento no art. 138 do CPC, requerer a juntada dos presentes

MEMORIAIS

nos autos do RE nº 1.017.365/SC, interposto pela **FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI** em ação de reintegração de posse ajuizada pela **FUNDAÇÃO DE AMPARO TECNOLÓGICO DO MEIO AMBIENTE – FATMA** contra a **COMUNIDADE INDÍGENA XOKLENG**, cujo objeto é a posse sobre área declarada como tradicional indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás.

I. DO OBJETO DE MANIFESTAÇÃO DAS ENTIDADES

O presente caso trata da atribuição de repercussão geral ao Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, interposto pela FUNAI contra acórdão do TRF da 4ª Região que manteve

sentença procedente de reintegração de posse proposta pela FATMA contra parte da comunidade indígena dos povos Xokleng e Guarani da Terra Indígena Ibirama Lâklão, no estado de Santa Catarina. A área em disputa se trata da Reserva Biológica de Sassafrás, unidade de conservação de propriedade da autora.

Embora a presente ação diga respeito à posse, esta área integra os limites da Portaria nº 1.182/2003 do Ministério da Justiça, ato que declarou como de posse permanente indígena o novo perímetro da TI Ibirama, originalmente instituído em 1926. E, sendo *declarada* e não *constituída*, pois segundo a vigente Teoria do Indigenato o direito é *originário*, incide o §6º do art. 231 da Constituição Federal, que determina a nulidade de qualquer título concorrente, mesmo de área pública destinada à proteção ambiental.

Portanto, como referido no acórdão de repercussão geral, o caso não trata da mera disputa possessória sob o marco do direito civil; trata, em verdade, do procedimento de demarcação de terras indígenas, do seu estatuto jurídico-constitucional e da hermenêutica inserida no paradigma normativo da pluriethnicidade. Tudo em oposição à inconstitucional teoria do fato indígena afirmada pela tese do marco temporal.

Sendo assim, considerando a importância, a centralidade no debate jurídico e os impactos diretos sobre os povos indígenas brasileiros, as entidades propõem-se a analisar a teoria do fato indígena e os possíveis efeitos da sua manutenção pelo Judiciário brasileiro, afirmando a sua inconstitucionalidade e anticonvencionalidade.

A tese do marco temporal foi suscitada por este Tribunal em 2009 na ocasião do julgamento da PET 3.388, que confirmou a constitucionalidade da demarcação da TI Raposa Serra do Sol. Porém, esta hermenêutica constitucional restritiva, responsável pelo esvaziamento de sentido do art. 231, já vem sendo revista em recentes julgados do Plenário do STF (ACO 362, ACO 366, por exemplo), indicando o seu abandono ou ao menos revisão substancial dos seus contornos.

Ocorre que o marco temporal não se constitui em tese jurídica desprovida de efeitos concretos: além de contrariar o direito internacional e a própria constituição, a aplicação deste entendimento poderá ensejar a destruição de comunidades indígenas por falta de condições de sobrevivência e pela exposição à violência. Neste sentido, o argumento desenvolvido pelas entidades afirma que há uma vinculação direta entre a manutenção da tese e graves violações de direitos humanos em prejuízo dos povos indígenas do Brasil, na medida em que a insegurança ou mesmo a negação de seus territórios constitui-se como séria ameaça ao gozo efetivo de seu direito à vida: em alguns casos na sua dimensão física, mas sempre e, indubitavelmente, em sua dimensão cultural.

De acordo com interpretação do documento “Framework of Analysis for Atrocity Crimes: a tool for prevention” publicado em 2014 pela ONU, a contrariedade da tese do marco temporal ao marco normativo de direitos humanos e seu efeito de privação de meios de subsistência e acirramento de conflitos armados pode ser considerado risco para crime de atrocidade, especialmente o genocídio, crime do qual povos indígenas são vítimas em potencial.

Assim, os *amici* defendem que as consequências advindas da confirmação da tese do marco temporal aumentam significativamente o risco de um processo inicial de genocídio de determinados povos indígenas brasileiros, sobretudo daqueles que já enfrentam baixos índices socioeconômicos, confinamento territorial e violência decorrente de conflitos fundiários históricos. O povo Kaiowá e Guaraní, do Mato Grosso do Sul, afetado direto por este entendimento jurisprudencial, encontra-se em situação de conflito fundiário e grave crise humanitária e é, portanto, exemplificativo dos efeitos da privação da terra e da exposição à violência dos ocupantes não-índios de suas terras.

Havendo risco para atrocidades, nasce, desde já, a responsabilidade internacional do Estado de prevenir, mesmo que não venha a ser ele ou seus representantes os perpetradores diretos das atrocidades. A Sérvia já foi condenada pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) por não ter prevenido o genocídio de Srebrenica. Além disso, genocídio requer destruição física do grupo, mas não necessariamente por meio de assassinatos: o crime pode ocorrer quando se “[...] submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capaz de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial”.

O Estado Brasileiro, que ratificou a Convenção do Genocídio de 1948 e a Doutrina da ONU da Responsabilidade de Proteger suas populações internas de 2005, já responde por massacres, remoção forçada e outras violações causadas aos povos indígenas em casos dos anos 70, mostrando que, no futuro, as anulações de demarcações ou impossibilidade de novas por força da tese do marco temporal poderão ter como consequência uma série de demandas de indenização coletiva geradas pela privação do direito à terra, não apenas no âmbito doméstico, mas também internacional.

Este julgamento é, portanto, uma oportunidade inestimável desta Suprema Corte exercer seu papel de guardião da Constituição e de assegurar a proteção de inúmeros povos indígenas brasileiros contra o extermínio que a privação de suas terras tradicionais lhe acarretará, além de garantir o cumprimento de obrigações internacionais às quais o Estado Brasileiro está vinculado.

II. DA CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DA TEORIA DO INDIGENATO

a) A territorialidade como dimensão da dignidade humana dos povos indígenas

Para o geógrafo Robert David Sack, a territorialidade consiste no “[...] esforço de um indivíduo ou grupo de afetar, influenciar, ou controlar pessoas, fenômenos, e relações sociais, delimitando e afirmando o controle sobre uma área geográfica. Esta área será chamada de território.”¹. Portanto, para os povos indígenas, o território deve ser entendido como um produto da territorialidade, pois para ser definido “[...] o território conta com atores que se territorializam”².

O território é muito mais que espaço habitado, por isso, carrega consigo uma marca: a territorialidade. Esta marca é o elemento essencial à existência dos grupos humanos, uma vez que não é composta apenas de territórios concretos (espaços físicos), mas também de territórios abstratos, de acordo com as peculiaridades culturais de um grupo, tais como o idioma, religião, a forma de se apropriar dos recursos indispensáveis a sobrevivência, dentre outras³. Não é apenas um espaço, mas o lugar onde se é plenamente alguém.

Portanto, a noção de território para os povos indígenas não se confunde nem com a concepção de propriedade privada do direito civil, que implica título e direito de usar, gozar, dispor e reaver a coisa⁴, nem com a concepção clássica de território da ciência política, segundo a qual o território é o espaço sobre o qual um povo determinado exerce soberania, com exceção de todas as demais formas de exercício de poder.⁵

¹ Tradução livre da passagem: “[...] as the attempt by an individual or group to affect, influence, or control people, phenomena, and relationships, by delimiting and asserting control over a geographic area. This area will be called the territory”. Ver: SACK, Robert David. *Human territoriality: Its theory and history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 90.

² SANTOS, Ana Paula de Pádua; GAVRILOFF, Ana Carolina Martins & FRAGA, Nilson Cesar. Entre a teoria e a realidade: o conceito de território e territorialidade e sua aplicação no planejamento urbano – uma breve análise de aproximação. Curitiba: Revista Geografar, v. 7, n.2, p.69-84, dez./2012.

³ RAFFESTIN, Claude. “Repères pour une théorie de la territorialité humaine” In: DUPUY, Gabriel et ali. *Reseaux territoriaux*. Caen: Paradigme, 1988.

⁴ Fundamento no Art. 1.228, do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”.

⁵ Para Paulo Bonavides, o território construiu-se como “[...] a base geográfica do poder, o território do Estado é definido de maneira mais ou menos uniforme pelos tratadistas. A matéria oferece, conforme veremos, poucos pontos de controvérsia, salvo aqueles ocorridos com mais frequência no domínio da fundamentação jurídica do vínculo do Território com o Estado. Definiu Pergolesi o território como ‘a parte do globo terrestre na qual se acha efetivamente fixado o elemento populacional, com exclusão da soberania de qualquer outro Estado’. Alguns autores se têm limitado todavia a dizer que o território é simplesmente o espaço dentro do

Nem uma nem outra concepção podem ser as únicas a orientar a elaboração e aplicação dos direitos territoriais indígenas no Brasil: isto significaria colocar à margem as formas de apropriação do espaço praticadas pelos povos indígenas, as quais devem ser destinatárias de igual proteção perante a lei, conforme os seguintes dispositivos legais: art. 5º da Constituição de 1988; art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica); art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Sobre a realidade fundiária no Brasil, salienta Antonio Carlos Diegues que:

[...] existem ainda hoje, no Brasil, uma variedade de formas comunais de acesso a espaços e recursos naturais que, por muito tempo, foram desconsideradas e até ignoradas pelas formas de apropriação dominantes, seja pela grande propriedade privada seja pela pública.⁶

Quando falamos de povos e comunidades tradicionais e sua territorialidade falamos, exatamente, desta variedade de formas comunais de acesso a espaços e recursos naturais. Descreve Diegues:

[E]sses sistemas [...] se caracterizam pela utilização comum [comunitária de determinados recursos, como peixes, plantas medicinais da mata, produtos do extrativismo vegetal [cipós, materiais de construção] e áreas de cultivo itinerantes [...]. Esses arranjos [...] são permeados por uma extensa teia de relações de parentesco, de compadrio, de ajuda mútua, de normas e valores sociais que privilegiam a solidariedade intra-grupal.⁷

A lógica que rege a relação entre os povos e comunidades tradicionais e seus territórios é diferenciada da lógica não-indígena. Segundo a primeira, fatores étnicos, laços de parentesco, redes de vizinhança e identidades coletivas são formas de mobilização de recursos, que impedem que as terras sejam transacionadas livremente como mercadorias⁸, posto que “a relação que estabelecem com seu território é um construtor de identidade, talvez o mais eficaz de todos”⁹.

qual o Estado exercita seu poder de império (soberania)”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Documento em PDF. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 107.

⁶ DIEGUES, Antonio Carlos. Repensando e recriando as formas de apropriação comuns dos espaços e recursos naturais. In: DIEGUES, Antonio Carlos; MOREIRA, André de Castro C. (Org.). *Espaços e recurso naturais de uso comum*. São Paulo: Núcleo de Apoio à pesquisa sobre populações humanas e áreas húmidas brasileiras, USP, 2001, p. 97.

⁷ Ibidem, p. 97.

⁸ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terras de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto*: terras tradicionalmente ocupadas. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 18.

⁹ HAESBAERT, Rogério. Concepções de território para entender a desterritorialização In: SANTOS, Milton. *Território, territórios: ensaios sobre o ordenamento territorial*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2007, pp. 43-68.

Alfredo Wagner de Almeida chama a atenção para o fato de que, no Brasil, é imperativo reconhecer as territorialidades específicas, que podem ser compreendidas como resultantes de uma pluralidade de processos de territorialização. Estes processos de territorialização apresentam características mais definitivas ou contingenciais, dependendo de cada situação social. Para efeito de ilustração destas territorialidades, o autor menciona: “as chamadas ‘terras de preto’, ‘terras de índio’[...], terras de santo [...] e congêneres, [...]”¹⁰. São as chamadas terras tradicionalmente ocupadas, as quais “[D]istinguem-se [...] da noção de ‘terra’, estrito senso, quanto daquela de ‘território’, conforme já foi sublinhado, e sua emergência atém-se a expressões que manifestam elementos identitários ou correspondentes à sua forma específica de territorialização.”¹¹

Diante do exposto, os *Amici* entendem como fundamental que esta Corte tome como pressuposto para qualquer discussão acerca da aplicação do artigo 231 da Constituição a noção de territorialidade dos povos indígenas, sob pena de, ao atrelar-se a concepções de apropriação do espaço incompatíveis com as culturas indígenas, incorrer em afronta aos mandamentos constitucionais do artigo 231 e 215 em seu *caput* e § 1º.

b) Direitos territoriais indígenas na CF/88: o paradigma pluriétnico e a centralidade da Teoria do Indigenato

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o ordenamento jurídico brasileiro concernente aos povos indígenas fora construído totalmente à revelia da sua participação¹². A legislação brasileira sobre o tema era então orientada pelo paradigma integracionista e tutelar¹³, cujo intuito era o de promover um processo de integração dos indígenas à comunhão nacional nos termos do Código Civil de 1916¹⁴, bem como,

¹⁰ ALMEIDA, op. cit., p. 52.

¹¹ Ibidem, p. 51.

¹² LIPPEL, Alexandre Gonçalves. *O conceito de terras indígenas na Constituição Federal de 1988: crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol*. Curitiba: CRV, 2014, pp. 45-47.

¹³ MUNDURUKU, Daniel. “Posso ser quem você é sem deixar de ser o que sou”: a gênese do movimento indígena brasileiro. In: LUCIANO, Gersem José dos Santos; HOFFMANN, Maria Barroso; OLIVEIRA, Jô Cardoso de (Orgs.). *Olhares indígenas contemporâneos*. Brasília: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas – Cinep, 2012, p.104-118; Melo, Cristina. *Terras Indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 22-24.

¹⁴ “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.”. BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

posteriormente, do Estatuto do índio¹⁵. Por isso, a política indigenista da época¹⁶ não se preocupou com as cosmovisões indígenas nos processos de tomada de decisão do Estado.

Para Jérémie Gilbert, que atua como perito *ad hoc* na Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde os desenvolvimentos iniciais do direito, os povos indígenas têm sido vítimas de interpretações específicas de doutrinas de aquisição de terras¹⁷. A realização de acordos mediante coação em prejuízo de sua vontade livre, o conceito de *terra nullius* e, até mesmo, o deslocamento compulsório destes povos de seus territórios foram os conhecidos métodos empregados com a finalidade de que etnias indígenas fossem despojadas de suas terras, mesmo que seus territórios tenham sido legitimamente adquiridos¹⁸.

No Brasil não foi diferente. A aplicação de marcos legislativos concebidos sob o paradigma integracionista e tutelar acabaram fundamentando políticas públicas de regularização fundiária¹⁹ pouco comprometidas com a demarcação dos territórios indígenas²⁰, apesar das garantias de longa data sobre aqueles que tradicionalmente ocupassem²¹. Essas políticas, por sua vez, representaram violações ao direito originário dos

¹⁵ “Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.”. BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõem sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

¹⁶ RIBEIRO, Darcy. *A política indigenista brasileira*. Rio de Janeiro: SIA/MA, 1962.

¹⁷ GILBERT, Jérémie. *The Treatment of Territory of Indigenous Peoples in International Law*. 2003, p. 199. Disponível em: <http://uel.academia.edu/JeremieGilbert>. Acesso: 08 Ago. 2019.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Sobre a temática, insta salientar a importância da leitura de capítulo específico do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, Volume II – Textos Temáticos - Texto 05, intitulado “1. Política fundiária e esbulho de terras indígenas”, a constar nas páginas 206 -208. Ver em: BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, Volume II – Textos Temáticos - Texto 05 - Violações de direitos humanos dos povos indígenas. Documento em PDF. P. 205. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 02 Set. 2019.

²⁰ Destaca-se a seguinte passagem do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, Volume II – Textos Temáticos - Texto 05 - Violações de direitos humanos dos povos indígenas: “Nos estudos deste grupo de trabalho a responsabilidade do Estado é evidenciada pela ação de vários diretores do SPI e da Funai. Nas gestões[...], por exemplo, há casos de graves violações de direitos humanos associados à extração de madeira e minérios, à colonização e a obras de infraestrutura. A apropriação de terras indígenas e seus recursos foi favorecida, a corrupção de funcionários não foi controlada e a violência extrema de grupos privados contra os índios não foi punida. Com exceção de alguns casos esparsos, justiça não foi feita.”. BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, Volume II – Textos Temáticos - Texto 05 - Violações de direitos humanos dos povos indígenas. Documento em PDF. P. 205. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em: 02 Set. 2019.

²¹ Sobre o tema, destaca-se o rol de marcos legislativos sobre a temática: “O marco regulatório do direito dos índios às terras de ocupação tradicional foi estável ao longo dos séculos, como consta do Alvará Régio de 1º de abril de 1680; da Lei de Terras de 1850 (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850); e da Lei de Terras dos Índios de 1928 (Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, que regula a situação dos índios nascidos no território nacional). A Constituição de 1934 (art. 129) agregou maior segurança jurídica a esse direito dos

povos indígenas sobre os territórios que ocupam – cujo reconhecimento, sob a Teoria do Indigenato, remonta o texto constitucional de 1934²²-, além de outras violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado brasileiro no curso histórico da condução da política indigenista, como as que aponta o “Relatório Figueiredo”²³ e outros documentos oficiais.

Destaca Paulo Pankararu que é neste contexto que a reivindicação dos povos indígenas por seus territórios e pela proteção de suas territorialidades deita suas raízes, com a União das Nações Indígenas (UNI) e lideranças de diversas etnias, mobilizando-se rumo à Brasília para participarem da Assembleia Constituinte de 1988²⁴. Este movimento tanto expunha diante dos olhos dos não indígenas seus processos históricos de reivindicações por seus territórios, quanto, ao mesmo tempo, trazia consigo toda a sua trajetória de reivindicações pelo reconhecimento formal de suas organizações sociais, pleiteando a superação do paradigma integracionista e tutelar²⁵.

Inaugurando novo capítulo na institucionalidade brasileira sobre as questões indigenistas, a CF/88 cristaliza um novo regime jurídico em substituição àquele fundado pela lógica integracionista e tutelar²⁶, ao não repetir o dispositivo constante nas demais Constituições republicanas (com exceção da Constituição de 1934) que dispunha sobre a

índios, seguida por todas as demais Constituições, que expressamente reconheceram aos índios o direito à posse sobre suas terras (CF 1937, art. 154; CF 1946, art. 216; CF 1967, art. 186). A Constituição de 1988, notória por ter ampliado os direitos individuais, inova ao dedicar um capítulo inteiro aos direitos dos índios e reafirma o secular direito dos índios às terras tradicionais em seu art. 231[...].” DODGE, Raquel Elias Ferreira. Prefácio: os índios e seu direito originário à terra no Brasil in: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (Org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018.

²² DA SILVA, José Afonso. Parecer in: CUNHA, Manuela Carneiro da. *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa* (Org.). São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 17.

²³ Destaca-se a seguinte passagem do Relatório Figueiredo: “Pelo exame do material infere-se que o Serviço de Proteção aos Índios foi antro de corrupção inominável durante muitos anos. O índio, razão de ser do SPI, tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhe impuseram um regime de escravidão e lhe negaram um mínimo de condições de vida compatível com a dignidade da pessoa humana. É espantoso que existe na estrutura administrativa do País repartição que haja descido a tão baixos padrões de decência.” BRASIL. Ministério do Interior. Relatório Figueiredo. Documento em PDF. Página 2 do documento PDF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/relatorio-figueiredo>>. Acesso em: 02 Set. 2019.

²⁴ PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira. Povos Indígenas e Reconhecimento da Autonomia. In: PANKARARU, Paulo Celso de Oliveira (Org.). *Fortalecimento dos Povos e das Organizações Indígenas*. São Paulo: FGV Direito, 2019, p. 21. Também em: BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. 6ª câmara de coordenação e revisão – populações indígenas e comunidades tradicionais. Nota Técnica nº 06/2018-6CCR. Referência: Constitucionalidade do Decreto nº 6.040/2007. Documento em PDF. 2018, pp. 3-7. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgp/mpf-decreto-que-institui-a-politica-nacional-de-desenvolvimento-de-povos-e-comunidades-tradicionais-e-constitucional>>. Acesso em: 02 Set. 2019.

²⁵ MUNDURUKU, op. cit.; PANKARARU, op. cit.; SOUZA, Catiúscia Custódio de. *O movimento indígena e a luta por emancipação*. Curitiba: Appris, 2018.

²⁶ MELO, Cristina. *Terras Indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 24.

incorporação dos indígenas à comunhão nacional²⁷. Os povos originários brasileiros lograram importante transformação nas estruturas do estado democrático de direito pátrio: que este fosse erguido, a partir de 1988, como um Estado Pluriétnico^{28 29}.

Antonio Carlos Wolkmer assevera que esta nova tradição constitucional “contribuiu para superar uma tradição publicista liberal-individualista [...], transformando-se num importante instrumento [...] para um novo constitucionalismo, de tipo pluralista e multicultural”³⁰. Sua afirmação é constatada na interpretação conjunta dos artigos 1º, 5º, 215, 231 e 232, todos da CF/88³¹. Neste sentido, os *Amici* passam à análise do impacto de um constitucionalismo de tipo não integracionista³² para a interpretação dos direitos territoriais indígenas.

Em que pese a existência do paradigma integracionista e tutelar, a proteção constitucional da posse das terras ocupadas pelos povos indígenas foi inaugurada pelo artigo 129 da Constituição de 1934, tendo sido mantida pelas Constituições de 1937, 1946 e 1967³³. Hoje, os povos indígenas mantêm constitucionalmente garantido o direito originário às terras que tradicionalmente ocupam, recepcionando no novo ordenamento, o instituto do indigenato, que remonta ao período colonial.

²⁷ DA SILVA, José Afonso. Parecer. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 20.

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 2013, p. 20; DUPRAT, Deborah. *O Estado Pluriétnico*. 2002. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.br/documentos-publicacoes/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf>. Acesso em: 06 Ago. 2019.

²⁹ Cumpre ressaltar, ainda, que a atuação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), nos termos anunciados pela instituição, tem como objetivo a consolidação de um Estado democrático e pluriétnico. Destaca-se: “A atuação da Funai está orientada por diversos princípios, dentre os quais se destaca o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas, buscando o alcance da plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas no Brasil, contribuindo para a consolidação do Estado democrático e pluriétnico.”. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/a-funai>>. Acesso em: 06 Set. 2019.

³⁰ WOLKMER, op. cit., p. 29.

³¹ PANKARARU, op. cit., pp. 17 e 18.; DA SILVA, op. cit., pp. 17 e 18.

³² MELO, op. cit., p. 24.

³³ Art. 129, da Constituição de 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm?TSPD_101_R0=f164e65bd3b8aafbe0962d25f59edd87h61000000000000000009c1a15c9ffff00000000000000000000000000000000000005b1e984d0090e03690](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm?TSPD_101_R0=f164e65bd3b8aafbe0962d25f59edd87h610000000000000009c1a15c9ffff00000000000000000000000000000005b1e984d0090e03690).

Art. 154 da Constituição de 1937. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm?TSPD_101_R0=9d3f4c2dd61f004efde7c7a2862687a6bUc000000000000000009c1a15c9ffff00000000000000000000000000000000000005b1e987900ae2df58b](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm?TSPD_101_R0=9d3f4c2dd61f004efde7c7a2862687a6bUc00000000000000009c1a15c9ffff00000000000000000000000000000005b1e987900ae2df58b).

Art. 216, da Constituição de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm?TSPD_101_R0=d95f87fa5f0a23f3503567b49d2de7f0sFK000000000000000009c1a15c9ffff00000000000000000000000000000000000005b1e97e200d50ee1d0.

Art. 186 da Constituição de 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm?TSPD_101_R0=012474b5cc1443f65752b354266d8c26i50000000000000000009c1a15c9ffff000000000000000000000000000000000005b1e98b90031fb61c3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm?TSPD_101_R0=012474b5cc1443f65752b354266d8c26i5000000000000000009c1a15c9ffff000000000000000000000000000000000005b1e98b90031fb61c3).

O Alvará de 1º de abril de 1680, inaugura a positivação da proteção ao direito dos povos indígenas sobre suas terras. O referido texto normativo afirmava que as sesmarias concedidas pela Coroa Portuguesa não poderiam desconstituir os direitos dos índios sobre suas terras, considerando-os como “primários e naturais senhores delas”³⁴. Conforme observou João Mendes Júnior, em 1912:

O indígena, primariamente estabelecido tem a sedum positio, que constitui o fundamento da posse [...] mas o indígena, além desse jus possessionis, tem o jus possidenti, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congênito [...] As terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullius, nem como res derelictae; por outra não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos não há mais simples posse, [...] há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado.³⁵

As posses indígenas não precisavam de legitimação por títulos, por serem um direito primário, originário, anterior à formação do Estado brasileiro, um direito congênito que supera qualquer forma de aquisição de propriedade. Ou seja: os indígenas foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras. Portanto, o fundamento do direito deles à terra está baseado no indigenato, que não é direito adquirido, mas congênito. Souza Filho destaca, ainda, que a Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras), ao determinar que seriam reservadas terras para colonização dos indígenas, estaria reafirmando o instituto do indigenato, pois “[...] dentro destas terras reservadas, estavam contidas não só as que efetivamente a autoridade reservara para formar aldeamentos como as congenitamente possuídas”³⁶.

Se, pelo menos desde 1934, a posse das terras ocupadas pelos índios é constitucionalmente reconhecida a eles e, desde 1967, estas terras são declaradas como bens da União, elas nunca foram passíveis sequer de usucapião ou de qualquer outra forma de transferência de propriedade para terceiros.

Ocorre que a chamada tese do marco temporal ou teoria do fato indígena, que vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário Federal a fim de anular atos de demarcação de terras, exige a presença física da comunidade indígena na área reivindicada como terra indígena, na data de 05/10/1988, ou a prova do chamado esbulho renitente. O esbulho renitente fora definido, pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, como um “[...] conflito possessório que

³⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O Renascer dos Povos Indígenas para o direito. 1ª ed./2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999, p. 124.

³⁵ MENDES JÚNIOR, João. Os Indígenas do Brasil. Seus Direitos individuais e políticos. Terceira conferência. VII – Situação dos índios na República. – atribuições cumulativas da União e dos Estados Federados em relação aos índios. – Estado de São Paulo com a missão providencial análoga à do Apóstolo das Gentes. São Paulo: TYP. Hennies Irmãos, 1912, p. 59.

³⁶ SOUZA FILHO, op. cit.

iniciado no passado tenham persistido até o marco temporal de 05 de outubro de 1988, materializado por circunstâncias de fato e controvérsia possessória judicializada”³⁷.

Ora, a tese do marco temporal ignora três circunstâncias, duas das quais são fatos notórios na história recente das comunidades indígenas desapossadas de suas terras no Brasil:

- 1) a expulsão sistemática dos índios de suas terras ao longo do século XX e sua remoção forçada para reservas, em prol da abertura de frentes para ocupação agropastorial, em que pese o reconhecimento legal da posse, aos indígenas, das terras por eles ocupadas pelo menos desde a Constituição Brasileira de 1934;**
- 2) o fato de que os índios eram considerados relativamente incapazes, pelo art. 6º. do antigo Código Civil, que neste aspecto vigorou até a Constituição de 1988, e eram tutelados pelo órgão indigenista (FUNAI), de acordo com o art. 7º. do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73).**
- 3) nos processos em que se discute a anulação dos atos administrativos de demarcação de terras, as comunidades indígenas não costumam figurar como réus nos polos passivos, onde constam apenas a União Federal e a Funai, e, portanto, não têm oportunidade de produzir provas sobre o esbulho renitente. A prova da ocorrência do esbulho e da resistência fica limitada ao que eventualmente constar nos laudos antropológicos que, em muitos casos, foram elaborados antes de 2009, data a partir da qual esta tese passou a ser aplicada pelo Judiciário Federal.**

Os dois primeiros fatos combinados simplesmente impossibilitaram, na grande maioria dos casos, uma resistência (renitência) formal e, muito menos, institucionalizada ao esbulho das terras que pertenciam, de fato e de direito, às comunidades indígenas. Porém, estas mesmas comunidades, a vingar a tese do marco temporal, ficarão excluídas da possibilidade de demarcar suas terras nos casos em que delas foram expulsas antes de 1988 e não conseguiram manter e sustentar uma disputa ou um litígio sobre a posse.

Em verdade, o olhar do Poder Judiciário deveria ser totalmente ao contrário. Ou seja, nos casos em que as comunidades estavam na posse das terras e, antes de 1988, foram delas expulsas, a expulsão deve ser considerada um ato ilegal, contrário ao Direito, contra

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462 – MS*. Relator: Ministro Teori Zavaski. Brasília, DF, 9 de dezembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico. 12 fev. 2015.

o qual as comunidades se insurgiram ao reivindicar as demarcações logo que isso lhes foi possível e acessível (pós-1988).

Quando alguém é ilegalmente destituído de seus bens, o Direito não exige, nem nunca poderia exigir que, para ter a coisa restituída, o usurpador resista e busque incessantemente a reparação contra o usurpador, sobretudo quando não tem capacidade jurídica para fazê-lo. **Não é da resistência que nasce o direito à restituição, mas do próprio ato ilícito da usurpação, razão pela qual a teoria do fato indígena (tese do marco temporal), especialmente no que tange ao critério do esbulho renitente, não merece prosperar.** Casos de expulsão que levaram à não presença física das comunidades nas suas terras em 1988 deveriam ser casos em que a demarcação é apenas o ato de coroação de um imperativo legal, que é a restituição do que lhes foi ilicitamente tomado.

Aliás, é este o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, no Parágrafo 117 da sentença que emitiu contra o Estado Brasileiro em favor do Povo Indígena Xucuru, recordou sua jurisprudência sobre o direito indígena à terras:

1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; **3) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé;** 4) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; **5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros de boa-fé, têm o direito de recuperá-las ou a obter outras terras de igual extensão e qualidade;** 6) o Estado deve garantir a propriedade efetiva dos povos indígenas e abster-se de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que ajam com sua aquiescência ou sua tolerância, afetem a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território; 7) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas de controlar efetivamente seu território, e dele ser proprietários, sem nenhum tipo de interferência externa de terceiros; e 8) o Estado deve garantir o direito dos povos indígenas ao controle e uso de seu território e recursos naturais.³⁸ (grifo nosso).

Por esses motivos, a CF/88 não deixa margem para dúvidas quanto ao direito originário dos povos indígenas sobre o território tradicionalmente habitado e tampouco exigiu a sua presença física na data da promulgação do texto.

A positivação constitucional da originariedade vincula a atividade interpretativa dos magistrados, bem como da administração pública, e teve suas lentes ajustadas nos marcos

³⁸ CORTE IDH. Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 30. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf> Acesso em: 24.10.2019.

jurídicos do Estado democrático de direito brasileiro, que hoje conforma-se como um Estado pluriétnico³⁹. A originariedade da ocupação indígena se sobrepõe a qualquer outro direito, nos seguintes termos da doutrina e, ainda, da jurisprudência desta Corte:

“Essa perspectiva impede o afã registral de possuidores e supostos proprietários, que pretendem alegar a titularidade de bens imóveis em face dos índios ou uma cadeia dominial que comprovaria sua precedência nessas terras. Impede-se também que estados cogitem encarar as terras indígenas como um fator limitador de sua autonomia [...]”.⁴⁰

“[...] as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles ‘tradicionalmente ocupadas’.”⁴¹.

Corroborando a argumentação da Procuradoria-Geral da República em parecer ao caso, entende-se que as teses do *marco temporal* e do *esbulho rentente* não são apenas incompatíveis com o regime jurídico-constitucional das terras indígenas, mas também não se constituem como teses consolidadas na jurisprudência do STF⁴² a despeito de sua aplicação em alguns casos pontuais, o que inviabiliza a sua adoção em sede de repercussão geral.

Segundo Gomes Canotilho, o princípio da máxima efetividade do texto constitucional estabelece que o intérprete, em sua atividade concretizadora, ao deparar-se com a possibilidade de mais de uma interpretação possível para uma norma jurídica, deve preferir aquela que garanta a maior eficácia aos direitos fundamentais constitucionalmente pactuados⁴³.

³⁹ Sobre o tema, dá-se relevo ao fato de que o “reconhecimento de ser o Estado brasileiro multiétnico se deu não expressamente, como o fez a Constituição boliviana. Ocorreu por meio da forma a que se referiu a Constituição de 1988 para reconhecer a organização social, os costumes, a língua, as crenças e tradições dos povos indígenas, além do direito originário sobre as terras que tradicionalmente habitam.”. Melo, Cristina. Terras Indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 25.

⁴⁰ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. O marco temporal é uma prática constitucional assimilacionista. In: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (Org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018, p. 121.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet n. 3.388, relator o ministro Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009, Plenário, DJE de 1º/7/2010.

⁴² Cabe rememorar que: “Dotada daquilo que o ministro Barroso chamou de “força moral-objetiva”, a decisão da Corte no caso da TI Raposa Serra do Sol não pode, contudo, alcançar o instituto da vinculação *erga omnes*. As decisões de 2014, 2015 e 2016, no STF, entretanto, têm apontado para o rechaço do indigenato mendesiano, se se considera que o grande ministro não pensava ser justo exigir dos índios comprovações possessórias cartorárias ou coisa que o valha.”. CERQUEIRA, Bruno da Silva Antunes de. A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: o supremo tribunal federal e o indigenato do ministro João Mendes de Almeida Júnior (1856-1923) in: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner; TINOCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (Org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2018, p. 215.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

Visando à eficácia jurídica plena da norma constitucional, a *Teoria do Indigenato* impõem-se como aquela constitucionalmente mais adequada no presente caso, em detrimento da *teoria do fato indígena* (Marco Temporal) e do *esbulho renitente*, as quais: (1) fazem retornar uma lógica assimilacionista dos direitos indígenas⁴⁴, bem como (2) trazem em seu bojo questões que inviabilizam sua aplicação para outros casos além da Pet. nº 3.388/RR, no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, nos exatos termos do parecer da Procuradoria Geral da República, cujo trecho transcrevemos:

“De início, registre-se que a Suprema Corte **rechaçou** expressamente a tentativa de atribuir-se força vinculante às condicionantes formuladas naquele caso, por ocasião do julgamento de embargos de declaração opostos nos autos da Pet nº 3.388/RR, quando, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, assim se decidiu:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. [...] 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, **de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região**. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. **A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar**. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite a superação de suas razões. (ênfases acrescidas)”⁴⁵

Adiciona-se o histórico de oportunidades nas quais esta Corte já enfrentou a temática e decidiu pela não consolidação das referidas teses, sedimentando sua incompatibilidade com o tratamento jurídico-constitucional a que o Estado brasileiro se comprometeu em relação aos direitos territoriais indígenas:

A Corte também **rejeitou** a aplicação obrigatória da tese do marco temporal. Na Proposta de Súmula Vinculante nº 49/DF, de autoria da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), que tinha tal desiderato, a Corte assentou que a deliberação sobre a edição de enunciado de súmula a respeito do assunto “dependeria da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria” e que “falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição”. [...] Conclui-se, assim, que **inexiste consolidação jurisprudencial acerca da**

⁴⁴ ARAÚJO JUNIOR, op. cit., p. 136.

⁴⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. N.º 235/2019 – SDHDC/GABPGR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365/SC. Disponível: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/direito-a-terras-indigenas-independe-de-marco-temporal-preestabelecido-defende-pgr-em-processo-com-repercussao-geral-reconhecida-pelo-stf>>. Acesso em: 27 Set. 2019.

tese do marco temporal, e que não houve intenção da Corte Suprema de atribuir às condicionantes do caso Raposa Serra do Sol caráter obrigatório e vinculante, razão pela qual é incabível qualquer pretensão de aplicação automática das conclusões firmadas nesse precedente a outros processos demarcatórios de terra indígena, especialmente sem problematizá-las. E, havendo a oportunidade de debruçar-se a Corte uma vez mais sobre a temática, desta feita sob a sistemática da repercussão geral, a Procuradoria-Geral da República reafirma o entendimento que vem defendendo em sucessivas manifestações, desde o julgamento da Pet nº 3.388/RR, no sentido de que **a aplicação geral e irrestrita da tese do marco temporal não se coaduna com o regime jurídico-constitucional das terras indígenas no Brasil**.⁴⁶

Nesse sentido, os *Amici* sustentam a esta Corte que a Teoria do Indigenato, e todas as suas consequências jurídicas, é a teoria recepcionada pela Constituição que fundamenta a demarcação de terras indígenas. Além disso, é seguramente a mais adequada, segundo parâmetros nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos, para dar concretude ao mandamento constitucional de proteção destas terras, em detrimento da limitação temporal promovida pela teoria do fato indígena.

III. IMPACTOS DA TESE DO MARCO TEMPORAL NAS COMUNIDADES INDÍGENAS DO BRASIL: PERDA DE TERRITÓRIO COMO AMEAÇA AO DIREITO À VIDA E À DESTRUÇÃO ENQUANTO POVO

a) Panorama dos processos judiciais de anulação da demarcação de terras indígenas que tramitam no Judiciário brasileiro

Se a Teoria do Indigenato, recepcionada pelo texto constitucional, é o entendimento jurídico mais protetivo dos direitos territoriais indígenas, cabe verificar as consequências que sua substituição por uma outra teoria, a chamada “teoria do fato indígena”, vem trazendo e ainda poderá trazer aos povos indígenas concretamente considerados.

Como revela o Censo do IBGE de 2010, vivem no Brasil aproximadamente 900 mil indígenas de 305 diferentes etnias, que falam 274 línguas e se encontram presentes em todas as regiões do país⁴⁷. Segundo o mesmo Censo, o país possui 505 terras indígenas (TI's), que representam 12,5% do território brasileiro (106,7 milhões de hectares), onde

⁴⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria-Geral da República. N.º 235/2019 – SDHDC/GABPGR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365/SC. Disponível: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/direito-a-terras-indigenas-independe-de-marco-temporal-preestabelecido-defende-pgr-em-processo-com-repercussao-geral-reconhecida-pelo-stf>>. Acesso em: 27 Set. 2019.

⁴⁷ IBGE. Atlas Nacional Digital do Brasil 2016. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/atlas_nacional/>. Acesso em: 28 jan. 2019.

residem 517,4 mil indígenas (57,7%), dos quais 251,9 mil (48,7%) estão na região Norte⁴⁸. Excetuando o povo Tikuna, que é o maior grupo, com 46.045 indivíduos declarados, o segundo e o terceiro maiores, Guarani-Kaiowá (43.401 indivíduos) e Kaingang (37.470 indivíduos), vivem ao sul do país⁴⁹.

Portanto, quase metade (42,3%) da população indígena brasileira ainda vive fora das terras que reivindicam como tradicionais e fora da Amazônia, grande parte em regiões com histórico conflituoso de ocupação e com intensas disputas fundiárias e, por isso, acabam sendo as vítimas preferenciais da anulação das suas terras. **Assim, se viver em conflito, por si só, os expõem à vulnerabilidade e à violência, já podendo ser considerado violação de direitos humanos, a perda massiva de territórios por decisões judiciais ameaça a sua própria existência física e cultural enquanto povos.**

De fato, a partir de 2009, quando da criação da tese do marco temporal na PET 3.388, são inúmeros os casos em que demarcações em estágio avançado vêm sendo questionadas em todas as instâncias judiciais brasileiras, muitas vezes em processos pouco instruídos, sem a participação das comunidades diretamente afetadas e por via processual inadequada para rediscussão de procedimento administrativo complexo, como o Mandado de Segurança, que exige prova pré-constituída e direito líquido e certo⁵⁰.

Em 2015, quando a Segunda Turma do STF fundamentou a anulação das Terras Indígenas Limão Verde e Guayraroká com base no marco temporal, o número de processos nos Tribunais Regionais Federais já era extremamente significativo⁵¹. No mesmo sentido,

⁴⁸ Dados do Instituto Socioambiental, baseados na FUNAI, indicam que há no Brasil, atualmente, 721 terras indígenas em algum dos estágios do procedimento demarcatório previsto no Decreto nº 1.775/96. Destas, 486 se encontram homologadas ou reservadas, 118 estão em identificação, 43 já foram identificadas e 73 estão declaradas. Há ainda inúmeras demandas por demarcação que não entram no cálculo oficial da FUNAI, visto que se trata da etapa extraoficial da “qualificação de demanda”.

⁴⁹ IBGE. Censo 2010: Características Gerais dos Indígenas – Resultados do Universo. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_gerais_indigenas/default_uf_ods.shtm>. Acesso em 28 jan. 2019.

⁵⁰ À exemplo do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29.542 e do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF, comentados adiante.

⁵¹ Veja-se, a respeito os seguintes processos, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região: 000093204.2006.4.01.3301/2006.33.01.000933-7. No Tribunal Regional Federal da 3ª Região: 0014619-22.2014.4.03.0000; 0009949-72.2013.4.03.0000; 0029036-48.2012.4.03.0000; 0018388-09.2012.4.03.0000; 0014619-22.2014.4.03.0000; 0030903-76.2012.4.03.0000. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região: 5015672-86.2015.404.0000; 5005976-62.2012.4.04.7006/PR; 5006754-93.2015.404.0000/RS; 5006473-76.2012.404.7006/PR; 5003087-25.2014.404.7117/RS; 5009048-83.2014.404.7104; 5006476-31.2012.404.7006/PR; 5015171-35.2015.404.0000/PR; 5001335-13.2012.404.7012/PR; 5003393-35.2011.404.7202; 5042890-71.2011.404.7100; 5042890-71.2011.404.7100; 5003368-63.2013.404.7004; 5029771-95.2014.404.0000; 5003091-47.2013.404.7004; 5002178-24.2011.404.7008; 5006466-84.2012.404.7006; 5003371-18.2013.404.7004; 5003370-33.2013.404.7004; 5003368 63.2013.404.7004; 1977.70.00.033390-8; 00.0033388; 00.0048148-3; 00.0106932-2; 2004.70.00.015686-0; 00.0033390-5; 00.01048148-6; 89.0003960-1; 2004.70.00.015685-8; 0007253-41.2010.404.0000; 0025576-94.2010.404.0000; 0000543-68.2011.404.0000; 5019680-14.2012.404.0000; 5019681-96.2012.404.0000; 5019679-29.2012.404.0000; 5004607-88.2012.404.7117/RS; 5020423-87.2013.404.0000; 0027520-

segundo dados do Instituto Socioambiental⁵² de 2015, a aplicação da tese do marco temporal poderia afetar na época 144 terras cujos processos de demarcação estavam judicializados, com uma população de 149.381 indígenas, além de outras 228 que aguardavam demarcação, com uma população de 107.203 indígenas. **Isso significa que 1/3 da população indígena brasileira poderia, e ainda pode, ficar privada de seus territórios tradicionais, base material e espiritual para a sua reprodução física e cultural.**

A anulação em 2014 pela Segunda Turma do STF da TI Guyraroká, dos índios Guarani-Kaiowá de Caarapó, Mato Grosso do Sul, através do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087/DF⁵³, talvez seja o caso mais importante até o momento, tendo em vista que seus parâmetros foram replicados em instâncias inferiores e devido à internacionalmente conhecida situação de violência e de vulnerabilidade social por que passa esse povo.

A TI Guyraroká foi declarada pela Portaria nº 3.219/2009 do Ministério da Justiça, após longo processo de expulsão da comunidade durante o século XX. Ocorre que dentro da área também está situada uma fazenda adquirida em 1988, cujo proprietário impetrou o Mandado de Segurança nº 14.746/DF (2009/0208885-6) perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 22 de outubro de 2009. O STJ denegou a segurança, extinguindo o processo sem julgar o mérito, já que a via processual não era idônea para discutir a posse de terras indígenas. Entretanto, em agosto de 2010, foi interposto Recurso ao STF, que veio a ser provido em 2014, sem a participação da comunidade no processo.

Importante mencionar que a fragilidade processual do mandado de segurança para revisão do procedimento demarcatório foi alertada pelo Ministro Ricardo Lewandowski nos debates do julgamento:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(RELATOR) - Agora, Ministro, eu concordo com Vossa Excelência, entendo que esses processos têm pecado por uma série de falhas, sem dúvida nenhuma, mas eu penso até que o processo administrativo pode ser atacado por outro tipo de recurso - por uma anulatória, por exemplo. Mas **em sede de mandado de segurança, que tem angustos limites probatórios, eu não vejo como revolver toda essa documentação, essa decisão, e declarar ilegal o ato do Ministro de Estado da Justiça, que passou por todo um procedimento, até então,**

34.2010.404.0000; 5000599-41.2011.404.7202; 0028919-98.2010.404.0000; 5009982-47.2013.404.0000. Tribunal Regional Federal da 5ª Região: 200481000221571; 00025434820104050000.

⁵² INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Impactos da PEC 215/200 sobre os povos indígenas, populações tradicionais e o meio ambiente*. Programa de Monitoramento de Áreas Protegidas Programa de Política e Direito Socioambiental. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/isa_relatoriopec215-set2015.pdf>. Acesso em 09/12/2015.

⁵³ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=267559854&ext=.pdf>>

considerado lícito e hígido pelo Supremo Tribunal Federal. [...] Eu tenho dúvidas, permito-me expressá-las, neste aspecto, se é que nós podemos contraditar, sem prova pré-constituída, o laudo da FUNAI.⁵⁴ *[grifo nosso]*

Em abril de 2018, a comunidade de Guyraroká protocolou no STF a Ação Rescisória nº 2.686, ainda pendente de julgamento. Mesmo assim, a ação original transitou em julgado em 2016, portanto, não há mais recursos jurídicos que impeçam o despejo de seu território tradicional e, mais importante, não há qualquer plano ou alternativa propostos pelo Estado Brasileiro para a proteção dos direitos à vida, à integridade física e ao território da comunidade Guyraroká. Pelo contrário: o enfraquecimento orçamentário do órgão indigenista oficial em 2019⁵⁵, a tentativa de transferência da sua competência de demarcação⁵⁶ e a consequente paralisa dos processos demarcatórios são indícios contrários de que as anulações de terras indígenas terão uma resposta estatal compensatória ao iminente despejo.

Por conta desta situação, entidades da sociedade civil, lideranças Kaiowá e seus procuradores solicitaram em 9 de maio de 2019 a concessão de medidas cautelares à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), para que o Estado Brasileiro desenvolva ações urgentes de proteção da vida, da integridade física e do território tradicional dos membros da comunidade.

Após resposta do Estado em 24 de julho, a CIDH emitiu a Resolução 47/2019⁵⁷ no dia 29 de setembro de 2019, aprovando a Medida Cautelar nº 458/19 em favor da comunidade Guyraroká. Em suas razões, afirmou que o Estado se limitou a descrever a tramitação das ações judiciais, sem contestar os fatos ou se comprometer na proteção da vida e da integridade física dos beneficiários, e que as medidas não significam revisão das instâncias judiciais nacionais.

Considerando haver gravidade e urgência na situação das famílias, a Comissão solicitou ao Brasil que: a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à vida e à integridade física dos membros da comunidade, e para evitar atos de violência por parte de

⁵⁴ Acórdão do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 29.087 disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=267559854&ext=.pdf>>.

⁵⁵ Conforme reportagem do site “A Pública” de 27 de março de 2019, o contingenciamento de 90% do orçamento da FUNAI, através do Decreto nº 9.711, de 15 de fevereiro de 2019, reduziu o quadro de servidores a um nível preocupante, gerando esgotamento físico e mental de funcionários que atuam sozinhos e sem recursos materiais básicos: em Caarapó/MS, zona de intensas disputas fundiárias, uma única servidora atende 10 mil indígenas, trabalhando dentro do carro. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/27/politica/1553700198_051341.html> Acesso em: 24.09.2019.

⁵⁶ Conforme Medida Provisória nº 870/2019, rejeitada neste ponto pelo Congresso Nacional, bem como a Medida Provisória nº 886/2019, suspensa judicialmente por flagrante ilegalidade na rediscussão de matéria rejeitada pelo Poder Legislativo no mesmo exercício.

⁵⁷ Documento disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/ms/sala-de-imprensa/docs/2019/resolucao-cidh>> Acesso em: 15.10.2019.

terceiros; b) adote medidas culturalmente adequadas para a proteção destes direitos, implementando, por exemplo, ações dirigidas a melhorar as condições de saúde, alimentação e acesso à água potável; e c) acorde as medidas a serem adotadas com a própria comunidade.

Outro caso paradigmático foi a anulação da TI Limão Verde, dos índios Terena de Aquidauana, Mato Grosso do Sul, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462⁵⁸, também pela Segunda Turma do STF no ano de 2015. Trata-se do acórdão em que foram definidos de forma muito restritiva os limites do que era considerado esbulho renitente: a ideia de “demanda possessória ajuizada” ou “efetivo conflito instaurado”, em pleno paradigma integracionista e tutelar dos anos 80⁵⁹, contribui para que decisões anulatórias Brasil afora decretassem a ausência de tradicionalidade em diversas ocupações. Este posicionamento, como sabido, acabou revisto pelo Plenário em 2017. Já a ação está pendente de julgamento de recurso.

Também é esta a situação enfrentada pelos índios Mbyá-Guarani das Terras Indígenas de Pindoty, Tarumã, Morro Alto e Piraí, localizadas no norte do Estado de Santa Catarina, que tiveram as Portarias nº 2747/2009, nº 2813/2009, nº 2907/2009 e nº 953/2010 anuladas em 2016 pela Justiça Federal de Joinville, com sentença confirmada em julgamento da 3ª Turma do TRF4 em 2017⁶⁰.

As ações tiveram como fundamento a aplicação da tese do marco temporal e, em que a pese ainda não terem transitado em julgado, logo após a sentença os autores intentaram a sua execução provisória, medida que teve de ser contida com o deferimento de suspensão de liminar ajuizada pela FUNAI. Em acertada decisão monocrática, o Desembargador Relator mencionou que a execução provisória:

[...] legítima, ainda que de forma precária, a intervenção de terceiros não índios sobre uma realidade social que se encontrava temporalmente consolidada e devidamente regularizada junto aos órgãos públicos competentes. Tal situação, por si só, potencializa o acirramento nas relações entre os grupos sociais envolvidos na disputa pela área. Essa preocupação ganha fôlego na medida em que a sentença de anulação das portarias ministeriais ingressa no plano concreto desprovida de critérios para implementação de suas consequências, deixando ao livre arbítrio da parte até então vitoriosa a escolha pela forma de satisfação de seu suposto direito, seja através dos instrumentos legais disponíveis – desde a intermediação pela FUNAI até o ingresso de ações

⁵⁸ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=299157261&ext=.pdf>>.

⁵⁹ “Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.” (ARE 803462 AGR / MS).

⁶⁰ Apelação/Remessa Necessária nº 5014984-89.2014.4.04.7201/SC e Apelação/Remessa Necessária nº 5010204-72.2015.4.04.7201/SC.

judiciais –, seja através de iniciativas eminentemente privadas tendentes à delimitação coercitiva das propriedades e à retirada dos indígenas da região.⁶¹
[grifo nosso]

Mesmo em 2019, há processos anulatórios fundamentados na tese do marco temporal em que decisões e acórdãos retomam posicionamentos sobre tradicionalidade, resistência e força vinculante do dispositivo da PET 3388 já superados pelo próprio Plenário do STF.

Este é o exemplo da Terra Indígena Passo Grande do Rio Forquilha, dos índios Kaingang de Sananduva e Cacique Doble, no Rio Grande do Sul⁶², cuja Portaria n° 498/2011 foi anulada pela 3ª Turma do TRF4 em 2019. Embora a Relatora tenha salientado que o laudo antropológico era claro ao relatar episódios de esbulho e violência que impediram a comunidade de estar fisicamente na área reivindicada em 05 de outubro de 1988, mantendo-se a tradicionalidade, a Desembargadora que abriu divergência e teve a tese vencedora mencionou o acórdão da PET 3388 como precedente que *deveria* ser seguido. Além disso, afirmou que o esbulho renitente que afastaria a aplicação do marco temporal deveria ser um “[...] efetivo conflito materializado em circunstâncias de fato ou controvérsia possessória judicializada”⁶³, argumento também já afastado⁶⁴.

Por fim, em relação ao povo Xokleng (Laklãnõ), cuja comunidade é ré nesta ação, está pendente de julgamento a Ação Cível Originária n° 1.100 no STF, proposta por agricultores e pelo próprio Estado de Santa Catarina, que buscam a anulação de parte da terra indígena demarcada sob os argumentos da proibição de ampliação de terra indígena e de ausência de tradicionalidade por conta do marco temporal.

A TI Ibirama abriga aproximadamente 2.000 pessoas, oriundas dos povos Laklãnõ (Xokleng), Mbyá-Guarani e Kaingang. Sua demarcação teve início com a constituição de uma reserva pelo SPI no ano de 1926, mas sofreu inúmeros processos de expulsão durante o século XX, inclusive por políticas de expansão agrícola oficiais do Estado de Santa

⁶¹ Suspensão de liminar ou antecipação de tutela n° 5048181-36.2016.4.04.0000/SC. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41478605092445171043048872645&evento=700&key=479aa3854e5cf86f115f80cc73168dd60da4df5cb3a8fa08ffbf78dcd0809710&hash=8355d25c156389a22e90235c4e67067a> Acesso em: 14.09.2019.

⁶² APELAÇÃO CÍVEL N° 5000854-26.2012.4.04.7117/RS, julgada no TRF4 no dia 11 de setembro de 2019. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41568831143682987684937512338&evento=99681&key=2a05a90f1782c9b34644675ff86e146f89295b47424479c502211bffa1ef024f7&hash=7da5053473136d2359c1f5387fe805ca> Acesso em: 24.09.2019.

⁶³ APELAÇÃO CÍVEL N° 5000854-26.2012.4.04.7117/RS.

⁶⁴ Contrariando posicionamento da Corte manifestado ainda em 2013 no julgamento dos Embargos ao acórdão da PET 3388 e reafirmado em 2017, quando do julgamento das ACOs 362 e 366.

Catarina e por ações de servidores da própria FUNAI⁶⁵. Assim, eventual confirmação da tese do marco temporal em sede de repercussão geral poderá resultar no confinamento fundiário dos indígenas, que inclusive já sofrem, na área demarcada, com os impactos nunca mitigados da construção da Barragem Norte na década de 70⁶⁶.

b) Significado da perda de território: iminência de violação do direito à vida.

O levantamento do número estimado e do conteúdo exemplificativo dos processos judiciais envolvendo anulações de terras indígenas por conta do marco temporal evidencia o potencial negativo que a tese carrega, cujo impacto maior, por conta do perfil histórico de ocupação, tende a ocorrer nas regiões Centro-Oeste e Sul do Brasil, que já são palco de graves e violentas disputas fundiárias entre indígenas e ocupantes não-índios.

Não se deve subestimar, inclusive, a possibilidade de um novo processo de desterritorialização generalizada, assim como o ocorrido durante a Ditadura Militar⁶⁷. Consequentemente, também não se deve subestimar, em se tratando de grupos étnicos que têm o território como elemento central de organização cosmológica e de reprodução física e cultural, que os efeitos desta desterritorialização são potencialmente desencadeadores de processos de genocídio.

Como sustentado anteriormente, a importância do território nas cosmovisões indígenas faz com que a sua privação acarrete graves violações de seus direitos humanos. Neste sentido, **o entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos é o de que quando as comunidades indígenas estão longe de suas terras, o direito à vida passa a ser ameaçado⁶⁸, pois ficam expostas à pobreza e à vulnerabilidade social⁶⁹.**

⁶⁵ Informações disponíveis no site do Instituto Socioambiental (ISA): <<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xokleng>>. Acesso em: 24.09.2019.

⁶⁶ Tramita na Justiça Federal de Blumenau/SC, já em fase de cumprimento de sentença, a Ação Civil Pública nº 5013528-53.2018.4.04.7205, ajuizada em 2003 pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado de Santa Catarina e da FUNAI, visando a mitigação de danos causados pela construção da Barragem Norte ao povo Xokleng.

⁶⁷ Conforme descrito no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV) e no Relatório Figueiredo, documentos públicos e oficiais do Estado brasileiro.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. Disponível em: <<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/16282#.VfLs3xFVhHw>>. Acesso em: 09 set. 2015.

⁶⁹ Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni VS Nicarágua, Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa VS Paraguai, Caso Yatama VS Nicarágua, Caso do Povo Saramana VS Suriname, Caso Chitay Nech e outros VS Guatemala, Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek VS Paraguai, Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS Equador. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte

Despejados de seu território ancestral, os povos indígenas que estão em áreas conflituosas passam a ocupar as margens das rodovias brasileiras, onde é alto o índice de atropelamentos que resultam em morte⁷⁰. Não bastasse, de acordo com o “Relatório da Violência Contra os Povos Indígenas”, elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI)⁷¹, entre os anos de 2003 e 2017 foram documentados 1.119 assassinatos de indígenas no Brasil. Como observado pela CIDH⁷² quando da visita ao Brasil em 2018, essas violações estão diretamente vinculadas aos conflitos com a terra. Ademais, os indígenas que se encontram em acampamentos, isto é, que não estão em suas terras tradicionais, têm sido vítimas de ataques de pistoleiros, marcados por extrema brutalidade⁷³.

De acordo com a Corte IDH, quando do exame das medidas provisórias solicitadas a favor do Pueblo Indígena Kankuamo⁷⁴, tentativas de homicídio contra povos indígenas devido a conflitos pela terra constituem situação de extrema gravidade e urgência que podem ocasionar danos irreparáveis aos membros das comunidades.

Do mesmo modo, observa-se um vertiginoso aumento dos casos de suicídio entre os indígenas em regiões conflituosas. No Mato Grosso do Sul, por exemplo, o índice de 813 suicídios entre 2000 e 2017 é cerca de vinte e duas vezes superior à média nacional⁷⁵, e está diretamente relacionado à privação da terra⁷⁶. Tudo isso em relação a pessoas que já possuem baixa expectativa de vida: os indígenas que não estão em seus territórios ancestrais chegam a índices de 45 anos, haja vista que eles não podem usufruir de políticas públicas e/ou outros mecanismos voltados à garantia de condições de vida digna⁷⁷.

Interamericana de Derechos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>>. Acesso em: 25.09.2019.

⁷⁰ Disponível em: <https://cimi.org.br/2012/07/33718/>; <https://cimi.org.br/2013/03/34552/>; <https://cimi.org.br/2017/03/39312/>; <https://anovademocracia.com.br/noticias/7821-ms-kaiowa-morre-em-atropelamento-criminoso>.

⁷¹ CIMI. Relatório Violência contra os povos indígenas – Dados de 2017. Brasília, 2018, p. 84. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2017-Cimi.pdf>. Acesso em: 16.10.2019.

⁷² Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>

⁷³ Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2017/informe_cidh_indigenas.pdf

⁷⁴ Corte IDH. Asunto Pueblo Indígena Kankuamo respecto Colombia. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de julio de 2004, párr. 1, 3.

⁷⁵ CIMI. *Relatório Violência contra os povos indígenas* – Dados de 2017. Brasília, 2018, p. 116. Também disponível na seguinte notícia: <https://www.theglobeandmail.com/news/world/os-esquecidos-por-dentro-da-crise-de-suicidios-indigenas-no-brasil/article34321173/>.

⁷⁶ BRAND, Antonio J. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento: a ‘entrada dos nossos contrários’. In: CIMI/MS; Comissão Pró-Índio de São Paulo; MPF/3ª Região. *Conflitos de direitos sobre as terras Guarani e Kaiowá no estado de Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 109.

⁷⁷ PIMENTEL, Spensy K; MONCAU, Joana A. Guarani Kaiowá – Genocídio Surreal. In: Beto Ricardo; Fany Ricardo (org.). *Povos Indígenas no Brasil 2006-2010*. São Paulo, Instituto Socioambiental, 2011, p. 693.

c) O caso dos Guarani-Kaiowá do Mato Grosso do Sul: crise humanitária e necessidade de prevenção de genocídio

Os índios Guarani-Kaiowá do Mato Grosso do Sul são exemplo de grupo em situação de extrema vulnerabilidade social, cujas causas, em grande medida, decorrem dos processos históricos de expulsão de seus territórios tradicionais e da omissão estatal na sua proteção perante os episódios atuais de esbulho e violência.

O problema fundiário da região é antigo: inicia com a própria anexação do estado do Mato Grosso do Sul ao território brasileiro após a Guerra do Paraguai, com o objetivo de povoamento por brasileiros⁷⁸. Acentua-se na primeira metade do século XX, a partir da chamada “Marcha para o Oeste” brasileira, com a criação de colônias agrícolas, a intensificação da pecuária e de atividades militares sobre territórios Kaiowá, ignorando sua presença ou confinando-os em reservas superpovoadas e em acampamentos de beira de estrada⁷⁹. E toma contornos dramáticos com expulsões violentas nas décadas de 60 a 80, ocasionando uma espécie de diáspora Guarani e Kaiowá⁸⁰.

Imersos no cenário de aumento das monoculturas de soja e cana-de-açúcar e de piora na qualidade de vida das reservas, os Kaiowá e Guarani decidem, durante uma Assembleia Aty Guasu na década de 1970, que a pauta territorial passaria a ser prioridade. A partir daí, dão início ao movimento político de resistência, que se dá de formas múltiplas, gerando um ciclo de violências sem solução até o presente⁸¹.

É neste contexto que emergem as *retomadas*, entendidas como meios “[...] de reconstruir práticas socioterritoriais vividas pelos antepassados em um território de origem”⁸², mas também como reação à morosidade nos processos de demarcação de terras

⁷⁸ ALMEIDA 2001, apud STEFANES PACHECO, Rosely A. Mobilizações Guarani – Kaiowá Nandeva e a (Re)construção de Territórios: (1978-2002) Novas Perspectivas para o Direito Indígena. (Dissertação de Mestrado em História), Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2004. Na última década do século XIX, a Companhia Matte Larangeiras arrendou e monopolizou no sul do Estado de Mato Grosso uma área repleta de ervais, obtendo a concessão para sua exploração em extensa região que incidia exatamente sobre o território Kaiowá Cabeceira do Rio das Onças, na serra do Amambai, com poderes totais sobre o espaço arrendado e com força suficiente para obstruir a entrada e permanência de colonos ou concorrentes.

⁷⁹ VIETTA, Katya. Histórias territoriais: a privatização das terras kaiowá como estratégia para a guarnição da fronteira brasileira e outras histórias. *Espaço Ameríndio*, v. 7, n. 2. Porto Alegre, jul./dez. 2013, p. 51.

⁸⁰ BRAND, Antonio J. O impacto da perda da terra sobre a tradição kaiowá/guarani: os difíceis caminhos da palavra. Tese [Doutorado em História Ibero-Americana] - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1997.

⁸¹ MOTA, Juliana G. B. Territórios, multiterritorialidades e memórias dos povos Guarani e Kaiowá: diferenças geográficas e as lutas pela Des-colonização na Reserva Indígena e nos acampamentos-tekohá - Dourados/MS. 2015. Tese [Doutorado em Geografia] – Universidade Estadual Paulista, 2015, p. 185.

⁸² MOTA, Juliana G. B. Territórios..., p. 192.

que a União Federal deveria ter concluído até cinco anos após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, conforme determina o art. 67 do ADCT.

Como visto, a TI Guyraroká, demarcação fruto de *retomada*, foi o primeiro caso em que o STF, através de sua Segunda Turma⁸³, anulou processo demarcatório com base no marco temporal, significando a insegurança da posse e ameaça do direito à vida de aproximadamente 500 pessoas. Atualmente, a comunidade ocupa apenas 50 hectares dos 11.401 previstos na Portaria nº 3.219/2009, percentual inferior a 0,5%⁸⁴. Portanto, caso seja executada a decisão que anulou a demarcação, a comunidade poder ser despejada sem ter sido ouvida no processo judicial e sem quaisquer planos para sua proteção.

Mas a situação de vulnerabilidade dos Guarani-Kaiowá não se limita à TI Guyraroká: **conforme observado pela Comissão Interamericana quando da visita ao Mato Grosso do Sul em 2018, o povo Guarani-Kaiowá encontra-se em uma grave situação humanitária que, em muito, se deve à violação ao direito à terra**⁸⁵. Por sua vez, a respeitada ONG Survival International destaca que: “Profundamente afetados por sua enorme perda de terras, os Guaranis do Mato Grosso do Sul sofrem uma onda de suicídio inigualável na América do Sul. Eles também sofrem com altas taxas de encarceramento injusto, exploração no local de trabalho, desnutrição, violência, homicídio e assassinato”⁸⁶.

Outro indicador que atesta o grau de vulnerabilidade dos Guarani e Kaiowá é o da mortalidade infantil, pois está relacionado às más condições de saneamento e de atenção básica à saúde. De acordo com James Anaya, antigo relator especial da ONU para questões indígenas, “[...] a pobreza extrema e uma gama de males sociais (desnutrição e fome em alguns casos) afligem os povos Guarani e Kaiowá do Mato Grosso do Sul. O estado tem a maior taxa de mortalidade infantil indígena devido às condições precárias de saúde e de acesso à água e à comida, relacionados à falta de terras”⁸⁷.

Há um contexto histórico de violação aos direitos dos indígenas na região que, como visto, antecede a configuração do atual governo brasileiro, mas que com ela se acentua drasticamente pelas medidas institucionais adotadas e pela retórica de agentes

⁸³ Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 29.087/DF, julgado em 16 de setembro de 2014.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ SURVIVAL INTERNATIONAL. Violations of The Rights of The Guarani of Mato Grosso do Sul State, Brazil, 2010. Disponível em: <http://assets.survivalinternational.org/documents/207/Guarani_report_English_MARCH.pdf>. Acesso em: 26.09.2019.

⁸⁷ ANAYA, James (Relator Especial da ONU). Relatório sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais indígenas. A/HRC/12/34/Add.2. Décima Segunda Sessão do Conselho de Direitos Humanos. 14 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://unsr.jamesanaya.org/country-reports/report-on-the-situation-of-human-rights-of-indigenous-peoples-in-brazil-2009>>. Acesso em: 26.09.2019.

políticos incentivadora de ataques e esbulhos⁸⁸. Deste modo, há inúmeros casos documentados de ataques armados contra os Guarani-Kaiowá, na forma de assassinatos, remoções forçadas e tortura, que se tornam generalizados e sistemáticos a partir do ano 2000 e não ocorrem por acaso: revelam a reunião e premeditação de crimes direcionados a um grupo indígena específico, visando a tomada dos seus territórios e sua eliminação, se necessário.

Em 2000, na terra indígena **Potrero Guasu**, em Paranhos (MS), já demarcada, mais de 100 pistoleiros armados atacaram crianças, mulheres e idosos Guarani-Kaiowá, resultando em fraturas generalizadas. Além disso, queimaram as habitações e expulsaram os indígenas da área. Em 2001, na terra indígena **Ka'a Jary**, em Amambai (MS), o líder indígena Samuel Martim foi assassinado com um tiro no peito por pistoleiros. Já em 2003, houve o homicídio da liderança Kaiowá do tekoha **Takuara**, Marcos Veron. Ainda em 2003, na terra **Pyelito kue-Mbarakay**, houve novo ataque com agressões e fraturas contra os Guarani-Kaiowá, resultando na morte de uma jovem da comunidade. Dois anos após, em 2005, a terra indígena **Sombrerito** foi atacada e o indígena Dorival Benites foi assassinado. Novamente, em 2007, a terra indígena tekohá **Kurusu Amba** foi atacada a tiros, sendo as crianças, as mulheres os idosos aterrorizadas pelos tiroteios, além de ter havido o homicídio da indígena Xurite Lopes, de 70 anos. No ano seguinte, a comunidade **Itay-Douradina** foi atacada. Em 2009, na terra indígena tekohá **Ypo'i**, dois líderes indígenas (Rolindo Verá e Genivaldo Verá) foram assassinados e um deles teve o seu cadáver ocultado. Também em 2009, a comunidade **Apyka'i** foi atacada; na sequência deste ataque, cinco indígenas foram assassinados por causas não esclarecidas. Em 2011, ao menos dois ataques ocorreram: o primeiro na terra indígena **Pyelito kue-Mbarakay**, onde crianças, mulheres e idosos foram atacados e expulsos do território por pistoleiros de uma empresa de segurança; o segundo, na terra indígena **Guaiviry**, quando a liderança indígena Nísio Gomes foi assassinado. No ano de 2015, na terra indígena **Ñanderu Marangatu**, os indígenas foram atacados e o líder Semião Vilharva foi assassinado⁸⁹.

⁸⁸ Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2017/informe_cidh_indigenas.pdf; <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-ataques-a-indigenas-no-ms-na-visao-de-uma-lideranca-6848.html>; <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/nosso-sangue-esta-sendo-derramado-denuncia-lider-guarani-kaiowa/>; <https://cimi.org.br/2018/11/kaiowa-sofrem-quatro-ataques-em-menos-de-um-mes-na-reserva-de-dourados-ms-ultimo-ocorreu-durante-visita-da-cidh/>

⁸⁹ Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/546878-os-ataques-a-indigenas-no-ms-na-visao-de-uma-lideranca> Acesso em: 26.09.2019. Alguns casos também noticiados pela mídia internacional: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/28/opinion/1467149393_721979.html, <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36538610> e <https://www.reuters.com/article/brazil-landrights-killing-idUSL8N1974CB>.

Um ano após, como levado à conhecimento da CIDH, houve o conhecido “Massacre do Caarapó”. No dia 14 de junho, um grupo de 300 fazendeiros e apoiadores altamente armados, acompanhados de homens uniformizados e encapuzados, utilizando diversos tipos de armas de fogo e de bala de borracha, atacaram brutalmente cerca de 50 indígenas acampados no tekoha **Kunumi Verá** (conhecido anteriormente por **Toro Paso**), resultando no assassinato do Kaiowa e agente de saúde indígena Clodiodi Aquileu Rodrigues de Souza, de 26 anos. Outros seis indígenas foram hospitalizados – cinco deles em estado grave, entre os quais uma criança, com tiros no coração, cabeça, abdômen, estômago e braço⁹⁰.

Os ataques foram premeditados, como se constatou por conversas de *whatsapp* periciadas pelo MPF. Também segundo o MPF, no Procedimento Investigatório Criminal n.º 1.21.001.000160/2016-39, conduzido pela Força Tarefa Avá-Guarani do MPF e do Inquérito Policial n.º 0205/2016-4 DPF/DRS/MS, conduzido pela Polícia Federal em Dourados, o quadro fático evidencia um verdadeiro ataque deliberado de milícia privada contra indígenas.

O quadro de violência é tamanho que **durante a visita ao Brasil da comissária Antonia Urrejola Noguera, integrante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA (Organização dos Estados Americanos), uma comunidade indígena Guarani-Kaiowá foi atacada a menos de 2km do local em que estava a comitiva**⁹¹.

Os crimes são cometidos a mando dos proprietários das fazendas ocupadas pelas comunidades Guarani e Kaiowá, que não raro participam diretamente dos atos criminosos. Segundo denúncias do Ministério Público Federal, estes crimes contaram, em muitas oportunidades, com a participação direta de agentes políticos locais, como prefeitos e vereadores, presidentes ou membros dos sindicatos rurais e outras agremiações que representam os proprietários rurais da região.

Agentes da empresa de segurança privada Gaspem contratados pelos fazendeiros, até o ano de 2011, e agentes de segurança privada das fazendas foram, na maioria dos casos, os executores dos crimes. Em relação à empresa Gaspem, o Ministério Público Federal em Dourados propôs, no ano de 2013, Ação Civil Pública n.º 0000977-52.2013.4.03.6002 visando sua desconstituição. Descreve o MPF que, em casos de ocupação por parte de indígenas ou candidatos à reforma agrária, os agentes da empresa

⁹⁰ Disponível em: <https://cimi.org.br/2017/06/meu-glorioso-clodiodi-um-ano-do-massacre-de-caarapo-demarcacao-foi-anulada-e-fazendeiros-soltos/>.

⁹¹ Disponível em: <https://cimi.org.br/2018/11/kaiowa-sofrem-quatro-ataques-em-menos-de-um-mes-na-reserva-de-dourados-ms-ultimo-ocorreu-durante-visita-da-cidh/>.

promoviam a retirada forçada desses indivíduos, usando de violência, grave ameaça e outros meios necessários para atingir o objetivo. Assim, atuava como força paramilitar ou milícia privada e chegava a receber R\$ 30 mil para cada desocupação violenta. No ano de 2017, a Ação Civil Pública foi sentenciada e a pessoa jurídica Gaspem foi multada, desconstituída e cessou suas atividades⁹².

Diante de todo o exposto, percebe-se que o ciclo de violência por que passam os Guarani-Kaiowá constitui-se em exemplo do que pode ocorrer, em um futuro próximo, a outros povos indígenas brasileiros. Se as disputas territoriais, por si só, expõem os povos indígenas à violência e à vulnerabilidade social, sua desterritorialização, facilitada por um quadro normativo fragilizado pela tese do marco temporal, e a total ausência de perspectivas ofertadas pelo Estado brasileiro, os ameaçam de verdadeira destruição enquanto povos.

Todo este quadro de negligência e de desproteção jurídica e material caracteriza uma postura implícita ou mesmo explícita de *assimilacionismo cultural*, já rechaçado nacional e internacionalmente como paradigma de relação entre Estado, sociedade e povos indígenas. **E, no longo prazo, políticas assimilacionistas são potencialmente desencadeadoras de processos de genocídio, mesmo que por efeitos indiretos e não intencionais.**

Diante deste cenário, os *Amici* entendem ser necessário e urgente que o Estado brasileiro atue enfaticamente para prevenir as condições de ocorrência de crimes de atrocidade, mesmo que em sua acepção cultural/simbólica. Neste contexto, o enfraquecimento da proteção jurídica das terras indígenas, objeto resta repercussão geral, pode contribuir como fator gerador de tais processos.

IV. OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO NA PREVENÇÃO DO GENOCÍDIO E A RELAÇÃO COM A TESE DO MARCO TEMPORAL

a) O crime de genocídio como um processo sem a necessidade de assassinatos em massa

Em 1948, as Nações Unidas promulgaram a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, ratificada pelo Brasil em 1952. Mais recentemente, o

⁹² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ms/sala-de-imprensa/noticias-ms/milicia-privada-fechamento-compulsorio-e-multa-de-r-240-mil-para-empresa-envolvida-em-morte-de-indigenas>.

genocídio foi incluído na categoria ampla dos crimes de atrocidade⁹³. Os crimes de atrocidade são crimes internacionais graves, cujas consequências afetam a dignidade humana de todos. São cometidos contra grupos sociais mais vulneráveis, os quais deveriam ser titulares de proteção especial dos Estados e da comunidade internacional⁹⁴.

Neste sentido, o art. II da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, e o art. XX do Estatuto de Roma, de 1998, definem o genocídio como “[...] qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal”⁹⁵.

Ora, povos indígenas são grupos étnicos, portando, vítimas potenciais de genocídio⁹⁶, tanto que a Declaração da ONU sobre direito dos povos indígenas estabelece em seu artigo 7.2 que “[...] os povos indígenas têm o direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança, como povos distintos, e não serão submetidos a qualquer ato de genocídio ou a qualquer outro ato de violência, incluída a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo”.

Os atos que identificam tal crime consistem em homicídio de membros do grupo, ofensas graves à sua integridade física ou mental, sujeição intencional do grupo a condições de vida aptas a provocar a sua destruição física, total ou parcial, imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no grupo e transferência, à força, de crianças de um grupo a outro⁹⁷.

Tanto o genocídio, quanto os crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempos de paz e contra membros civis da sociedade, e sem que nenhuma vida seja direta e imediatamente ceifada. Ou seja, para a caracterização do crime de genocídio não se faz necessária a ocorrência de assassinatos coletivos (ou massacres). O genocídio, além disso, não é um ato único, um “evento”, mas um longo processo de muitas etapas, justamente porque não há a necessidade de eliminação física direta de indivíduos para sua configuração. As etapas identificadas por Gregory H. Stanton, por exemplo, são

⁹³ Estão incluídos nesta categoria o próprio genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, todos tipificados no Estatuto de Roma de 1998, que também instituiu o Tribunal Penal Internacional. Além destes, também integra a categoria da “limpeza étnica”.

⁹⁴ UNITED NATIONS. Framework of Analysis for Atrocity Crimes: a tool for prevention. United Nations, 2014, p. 1. Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/framework%20of%20analysis%20for%20atrocity%20crimes_en.pdf> Acesso em: 05.06.2019.

⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 1998. Disponível em: <[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)> Acesso em: 09 ago. 2016.

⁹⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Os caminhos do genocídio indígena na atual política brasileira. *Revista Empório do Direito*, jan. 2019.

⁹⁷ Ibidem.

classificação, simbolização, discriminação, desumanização, organização, polarização, preparação, perseguição, extermínio e negação⁹⁸.

Neste sentido, a Câmara de Julgamentos e Recursos do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, em Tolimir, resumiu a jurisprudência relevante afirmando que esses atos são métodos de destruição que não matam imediatamente os membros do grupo, mas, em última análise, buscam a sua destruição⁹⁹. Do mesmo modo, para Raphael Lemkin, advogado polonês idealizador da positivação internacional do crime de genocídio, o crime pode ser cometido através da destruição física, biológica e/ou cultural de um grupo, o qual poderá se dar por uma grande variedade de atos capazes de serem empregados por aqueles que pretendem destruir “os fundamentos essenciais da vida” de determinado grupo¹⁰⁰.

Assim sendo, o genocídio é um *processo* lento oriundo da adoção e manutenção de políticas específicas, por longos períodos de tempo, as quais implicam um padrão de “dominação e desumanização” que permitem a ocorrência de inúmeros atos genocidas¹⁰¹. Por exemplo, no caso Jorgic, de 1997, o Superior Tribunal Regional de Düsseldorf afirmou que a intenção de destruir um grupo inclui mais que pura destruição físico-biológica, englobando, também, a “[...] destruição do grupo como unidade social em sua peculiaridade, particularidade e sentimento de pertencimento”¹⁰².

Paola Gaeta elucida ainda mais essa noção ao afirmar que, para que a responsabilidade internacional do Estado surja, prescinde de demonstração de que o Estado como tal – ou através de um ou mais de seus servidores – possuía a intenção de cometer, diretamente, atos genocidas em seu sentido criminal. Este é, portanto, um requisito que só diz respeito à responsabilidade criminal de indivíduos, de modo que a evidência da existência de uma política genocida, por si só, já caracteriza o genocídio, ou seja: seria necessário apenas provar que, devido ao padrão geral adotado, o objetivo da política do Estado não pode deixar de ser a de destruir determinado grupo¹⁰³.

⁹⁸ STANTON, Gregory H. *The Ten Stages of Genocide*. Genocide Watch: The International Alliance to End Genocide, 2013. Disponível em: <<http://www.genocidewatch.org/genocide/tenstagesofgenocide.html>> Acesso em: 14.03.2017.

⁹⁹ Disponível em: <https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Supplementary-Report_Genocide.pdf>, p. 18. Acesso em: 18.09.2019.

¹⁰⁰ Disponível em <<http://globaljusticecenter.net/files/Gender-and-Genocide-Whitepaper-FINAL.pdf>>, p. 05. Acesso em 18/09/2019.

¹⁰¹ Disponível em: <https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Supplementary-Report_Genocide.pdf>, p. 20. Acesso em: 18.09.2019.

¹⁰² Disponível em: <https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Supplementary-Report_Genocide.pdf>, p. 24. Acesso em: 18.09.2019.

¹⁰³ Ibidem.

Ainda que a Convenção de Genocídio de 1948 tenha revogado o crime de genocídio cultural (etnocídio), cabe-nos analisar a relação existente entre a destruição física de um povo e sua dissipação cultural, bem como suas consequências¹⁰⁴.

Neste sentir, para Davis e Zannis, a simples intenção de substituir independência por dependência, por si só, já caracteriza como prova da intenção de destruir¹⁰⁵, eis que, desde os primórdios dos tempos, as administrações coloniais utilizavam-se do genocídio cultural como uma maneira conveniente de combater a integração/propagação/manutenção indígena sem a aniquilação física direta desses povos¹⁰⁶.

Deste modo, conforme exposto por Lemkin, a cultura é, muitas vezes, intrínseca ao bem-estar individual e de determinados grupos, de modo que as ameaças e/ou violações à cultura de um povo resultariam na desintegração, assimilação e destruição física deste¹⁰⁷.

Em termos mais amplos, o genocídio integra um plano sistemático de destruição de determinado grupo, podendo ocorrer, paulatinamente, através de diversos meios¹⁰⁸. O fim (extermínio de determinado grupo étnico) pode ser alcançado “pela desintegração forçada de instituições políticas e sociais, da cultura do povo, de sua língua, de seus sentimentos nacionais e de sua religião”¹⁰⁹. Deste modo, os integrantes do grupo terão suas bases de segurança pessoal, liberdade, saúde e dignidade comprometidos ou, até mesmo, eliminados. Quando esses meios falham, a metralhadora costuma ser utilizada como último recurso de extermínio¹¹⁰.

O caso das *boarding schools* dos Estados Unidos da América e das *residential schools* do Canadá é pedagógico neste sentido. Constituíam-se em internatos compulsórios instituídos no final do século XIX com o objetivo de educar crianças indígenas, desde os 5 aos 15 anos de idade, promovendo a sua assimilação cultural como política de Estado.

O Capitão Richard Henry Pratt, idealizador da primeira *boarding school* fora de reservas, a Carlisle Indian Industrial School¹¹¹, proferiu em 1892 a frase célebre

¹⁰⁴ MAKO, Shamiran. Cultural Genocide and Key International Instruments: Framing the Indigenous Experience. *International Journal on Minority and Group Rights* 19, 2012. p.175 –194.

¹⁰⁵ R. Davis and M. Zannis. The Genocide Machine in Canada. Black Rose Books, Montreal, 1973. p. 30.

¹⁰⁶ MAKO, Shamiran. Cultural Genocide and Key International Instruments: Framing the Indigenous Experience. *International Journal on Minority and Group Rights* 19, 2012. p.175 –194.

¹⁰⁷ D.A. Moses. *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*. Berghahn Books, New York, 2008. p. 12.

¹⁰⁸ MAKO, Shamiran. Cultural Genocide and Key International Instruments: Framing the Indigenous Experience. *International Journal on Minority and Group Rights* 19, 2012. p.175 –194.

¹⁰⁹ R. Lemkin. Genocide-a Modern Crime. 4 Free World, 1945. p. 39–43. Disponível em <www.preventgenocide.org/lemkin/freeworld1945.htm>. Acesso em 06 de janeiro de 2020.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/morning-mix/wp/2017/08/09/a-long-time-coming-army-returns-remains-of-arapaho-children-who-died-at-assimilation-school-in-1800s/>

que marcou o objetivo de tal política: “kill the indian to save the man”, ou “matar o índio para salvar o homem”.

Vivendo sob uma disciplina militar e forçadamente abduzidas do seu lar, era frequente que crianças fossem separadas de seus irmãos e proibidas de falarem suas línguas maternas e utilizarem seus nomes, o que fez com que muitas perdessem tal capacidade de comunicação permanentemente. Além disso, dezenas morreram pelo contágio de doenças como tuberculose e por negligência médica¹¹².

Em documento das Nações Unidas de 2007 sobre o tema, há relatos de abusos físicos, morais e sexuais, incentivo à punição por chicote entre crianças, insuficiência alimentar, trabalho forçado, mortes por operação de máquinas pesadas, dentre outras medidas trágicas, o que levou muitos deles ao suicídio, à violência, ao abuso de drogas e de álcool¹¹³. Além disso, estudos demonstram o impacto intergeracional que os padrões de abusos sofridos pelos indígenas tiveram sobre seus próprios filhos nos dias atuais, resultando em altas taxas de abuso sexual e violência entre membros da mesma família¹¹⁴.

Portanto, a destruição cultural (etnocídio) é um componente mensurável da intenção de destruir determinado grupo, sendo que os atos praticados podem e, no decorrer dos anos, irão, inevitavelmente, levar à destruição física do próprio grupo¹¹⁵.

No caso de repercussão geral sobre o qual se debruça esse Tribunal, o que está em jogo é a privação do direito de viver na terra tradicional, pela negação do Estado em restituí-la, via demarcação. **Para grupos étnicos, cuja terra tradicional é condição de sobrevivência física e cultural, privá-los de seu acesso equivale a expô-los à destruição física, seja pela falta de condições de sobrevivência, seja pela exposição à violência e à morte.**

Ademais, o entendimento internacional sobre a caracterização do crime de genocídio sem a necessidade de assassinatos em massa pode ser ilustrada a partir de diversos casos paradigmáticos em que, posteriormente, houve o reconhecimento de que as políticas estatais adotadas constituíram crime de genocídio.

Em 1991, a antiga República Federal Socialista da Iugoslávia enfrentava grandes tensões entre seus componentes, eis que, por questões políticas, culturais e religiosas, suas unidades federativas tentaram declarar sua independência. Irresignados, Slobodan Milosevic (antigo presidente da Sérvia) e Blagojević (antigo oficial sérvio) determinaram a

¹¹² UNITED NATIONS. *Indigenous peoples and boarding schools: a comparative study*. 2007, p. 7. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/IPS_Boarding_Schools.pdf>. Acesso em: 27.09.2019.

¹¹³ Ibidem, p. 5-6.

¹¹⁴ Ibidem, p. 28.

¹¹⁵ MAKU, Shamiran. Cultural Genocide and Key International Instruments: Framing the Indigenous Experience. *International Journal on Minority and Group Rights* 19, 2012. p.175 –194.

ocupação dos territórios daqueles que pretendiam se ver independentes. A partir daí, as milícias sérvias passaram a controlar mais da metade da Iugoslávia, caracterizando uma espécie de “limpeza étnica”, uma vez que expulsavam, torturavam e prendiam em campos de concentração integrantes de grupos étnicos favoráveis às independências¹¹⁶. Slobodan Milosevic¹¹⁷ e Blagojević¹¹⁸, então, foram acusados por crimes de guerra, crime contra a humanidade e genocídio pelo Tribunal Penal Internacional em 2001.

No julgamento de Blagojević, em 2005, o Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia declarou que um grupo é constituído pelos seus indivíduos, mas, também, por sua história, tradições, relações entre seus membros, relacionamento com outros grupos e a sua relação com a terra. A Câmara de Julgamento concluiu que a destruição física ou biológica do grupo é o resultado provável e presumido de uma transferência forçada da população quando esta é conduzida de tal maneira que o grupo não pode mais se reconstituir¹¹⁹.

Em síntese, **a Câmara de Julgamento de Blagojević afirmou que há a intenção de destruir fisicamente determinado grupo quando há a prática de atos destinados a prejudicar sua estrutura sociocultural, motivo pelo qual condenou Blagojević pelo crime de genocídio**¹²⁰.

Não obstante o encerramento do processo proposto em face de Slobodan Milosevic (março de 2006) em virtude de seu falecimento¹²¹, em 26 de fevereiro de 2007, **a Corte Internacional de Justiça proferiu sentença na qual declarou que houve um “genocídio” em Srebrenica e concluiu que, embora a Sérvia não fosse diretamente responsável ou mesmo cúmplice no genocídio, com base na falta de intenção específica, responsabilizou o país por violar o dever legal de prevenir o genocídio**, bem como punir os responsáveis pela sua perpetração¹²².

Portanto, **não apenas agentes públicos do Estado sérvio foram condenados pelo crime de genocídio, ainda que não tivessem ocorrido assassinatos em massa, mas o Estado da Sérvia foi responsabilizado pelo genocídio, pois violou os deveres de**

¹¹⁶ Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/guerra-civil-na-iugoslavia/sobre.htm>>. Acesso em: 27.09.2019.

¹¹⁷ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Milošević, Slobodan (IT-02-54). Disponível em: <http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4#ind>. Acesso em: 27.09.2019.

¹¹⁸ Disponível em: <https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Supplementary-Report_Genocide.pdf>, p. 25. Acesso em: 27.09.2019.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Milošević, Slobodan (IT-02-54). Disponível em: <http://www.icty.org/case/slobodan_milosevic/4#ind>. Acesso em: 27.09.2019.

¹²² BRAGATO, Fernanda Frizzo. Os caminhos do genocídio indígena na atual política brasileira. *Empório do Direito*, 2019. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/os-caminhos-do-genocidio-indigena-na-atual-politica-brasileira>>. Acesso em: 27.09.2019.

proteção de sua população e de prevenção deste crime. Tratou-se, portanto, de um ato estatal que visava, indiretamente, ao extermínio de determinado grupo e de sua unidade social (em sua peculiaridade, particularidade e sentimento de pertencimento), tendo, a partir daí, sua subsistência física, étnica, moral e cultural comprometidas.

O caso de Jean Paul Akayesu, em Ruanda, também ilustra o argumento de que a não prevenção do genocídio acarreta responsabilidade tanto estatal (objetiva) quanto pessoal (subjetiva). Akayesu era *bourgmestre* de Taba (figura mais poderosa da comuna), motivo pelo qual era encarregado do desempenho de funções executivas e da manutenção da ordem pública dentro de sua comuna. Em 1994, após a morte de dois presidentes, assassinatos generalizados com dimensões políticas e étnicas começaram em Kigali e se espalharam para outras partes de Ruanda.

Os assassinatos em Taba foram cometidos abertamente e tão amplamente que *bourgmestre*, Akayesu tinha ampla ciência do que estava ocorrendo. Embora ele tivesse autoridade e responsabilidade para tentar impedir o assassinato de *tutsis* (civis deslocados) na comuna, nunca o fez, tampouco pediu ajuda às autoridades regionais ou nacionais para conter a violência¹²³.

O Tribunal Internacional Criminal de Ruanda condenou Jean Paul Akayesu pelos crimes de genocídio e de crimes contra a humanidade (extermínio, assassinato, estupro e tortura), eis que, embora podendo fazê-lo, não preveniu ou impediu a ocorrência dos referidos crimes¹²⁴. O caso mencionado corrobora o conceito de genocídio não só como assassinatos coletivos, mas também como a adoção de políticas estatais que, a longo prazo, serão as responsáveis pela destruição física de determinado grupo social.

Nesse sentido, três casos sobre a relação recente entre Estado Brasileiro e povos indígenas se destacam: o primeiro envolvendo os índios Panará, o segundo, os Waimiri-Atroari e o terceiro, os Krenak. Além destes, já houve no Brasil julgamento do crime de genocídio imputado a atores individuais que promoveram o conhecido massacre de Haximu¹²⁵ contra índios Yanomami, baseado na Lei nº 2.889/56 que reconhece o genocídio como tipo penal diferente do homicídio.

¹²³ Disponível em <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-4/indictments/en/970617.pdf.pdf>>. Acesso em: 27.09.2019.

¹²⁴ Disponível em <<https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict9-4/trial-judgements/en/980902.pdf.pdf>>. Acesso em: 27.09.2019.

¹²⁵ Em 2006, o Plenário do STF confirmou, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 351487, a condenação de garimpeiros e pistoleiros que em 1993 planejaram e assassinaram 12 índios Yanomami da comunidade de Haximu, em Roraima. Baseando-se na Lei nº. 2.889/56, que pune condutas que visam à

No primeiro caso, embora não se tenha discutido judicialmente a ocorrência de genocídio mesmo com elementos suficientes para tanto, o Estado fora condenado ao pagamento de indenizações em virtude de graves violações aos direitos indígenas. No segundo e terceiro casos, há pedido expresso de reconhecimento de prática de genocídio e de ressarcimento por danos, mas os processos ainda pendem de julgamento.

Em 1973 houve o contato dos Índios Panará, também chamados de Kreen-Akarore, com a Frente de Atração do Rio Peixoto de Azevedo em razão da construção da BR 80 e da BR 163. Este contato inicial ocasionou graves violações aos direitos indígenas, eis que passaram a sofrer ataques físicos, sexuais e morais por parte de funcionários e representantes estatais responsáveis pela construção das referidas rodovias. Ademais, por terem sido submetidos ao contato humano com não integrantes da aldeia, os Panará foram acometidos por graves patologias, como malária, gripe e diarreia¹²⁶.

Posteriormente, em razão do falecimento de grande parte dos integrantes da aldeia e por não terem mais condições físicas e psicológicas, os Panará foram perdendo a resistência, ocasião em que foram submetidos a uma transferência forçada, arbitrária e ilegal para o Parque Indígena do Xingu no ano de 1975. Ressalta-se que, em razão da transferência realizada, os Panará foram postos em contato com povos indígenas com culturas oceanicamente diferentes das suas, o que ocasionou inúmeras mudanças dentro do próprio parque do Xingu, comprometendo ainda mais a integridade deste povo¹²⁷.

Não obstante o retorno dos Índios Panará para suas terras tradicionais no ano de 1994, o Poder Judiciário Brasileiro reconheceu que os atos praticados pelo Estado violaram gravemente o direito indígena, eis que ocasionaram a morte da maioria dos membros da comunidade e a desagregação social e moral dos restantes. Logo, condenou o Estado ao pagamento de indenização por danos morais¹²⁸.

No caso do povo Waimiri-Atroari, o processo trata dos inúmeros ataques militares sofridos em nome do Plano de Integração Nacional (PIN), entre os anos de 1960 e 1980, decretado pelo general Emílio Médici. Os principais objetivos desses ataques eram a abertura da BR 174, a construção da hidrelétrica de Balbina e a atuação de mineradoras e garimpeiros interessados em explorar as jazidas da área ocupada pelo povo indígena¹²⁹.

destruição total ou parcial de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, o Tribunal entendeu que o episódio não se tratou de homicídio comum, mas de ato de genocídio.

¹²⁶ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível nº 1998.01.00.028425-3/DF.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública nº 1001605-06.2017.401.3200.

Segundo Egydio Schwade, um dos fundadores do Conselho Indigenista Missionário e responsável pela alfabetização do povo Waimiri-Atroari, após uma “[...] tentativa inexitosa de pacificação dos índios”, os militares passaram a praticar atos de extermínio contra a comunidade, procedendo a inúmeros ataques aéreos e terrestres¹³⁰. Os referidos ataques, segundo relatório da Comissão Nacional da Verdade, ocasionaram uma redução de 3000 (década de 70), para apenas 332 indígenas vivos (década de 80), caracterizando, assim, um verdadeiro genocídio¹³¹.

No ano de 2017, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública objetivando, sobretudo, à condenação do Estado Brasileiro a reparar os danos causados à comunidade Waimiri-Atroari e à concessão de tutela de urgência a fim de minimizar/fazer cessar parte dos danos por eles sofridos. Deste modo, ainda que inexistia sentença judicial neste caso, em 19 de janeiro de 2018, a MM. Juíza Federal Substituta da 3ª Vara/AM deferiu, em parte, os pedidos liminares realizados pelo Ministério Público Federal, fazendo crer que, em breve, teremos mais uma condenação Estatal por graves violações aos direitos indígenas¹³².

Por fim, ainda no contexto da Ditadura Militar, mais especificadamente no ano de 1969, houve a implementação, pela Funai e pela Polícia Militar de Minas Gerais, do Reformatório Agrícola Indígena Krenak (mais conhecido como Presídio Krenak). O objetivo deste reformatório era de “confinar e recuperar” índios com comportamentos considerados como desviantes ou desajustados. Com base em documentos oficiais, constatou-se que passaram pelo “reformatório” mais de 94 índios¹³³.

Dentre os motivos das prisões, encontram-se a resistência à disputa por terras, a utilização da língua indígena como meio de comunicação, embriaguez, homicídio, entre outros. Para que essas prisões ocorressem era necessário tão somente a notícia, pelos policiais militares e/ou funcionários da FUNAI, de condutas tidas como desviantes, desajustadas ou inadequadas. Já no reformatório, os índios eram expostos a situações desumanas, em que faltavam alimentos, bebidas e roupas, bem como eram submetidos a trabalhos forçados¹³⁴.

¹³⁰ Conselho Indigenista Missionário. “Decisão da Justiça reconhece violações contra povo Waimiri-Atroari na abertura da BR-174” Disponível em <<https://cimi.org.br/2018/02/decisao-da-justica-reconhece-violacoes-contra-povo-waimiri-atroari-na-abertura-da-br-174/>>. Acesso em 30 de dezembro de 2019.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública nº 1001605-06.2017.401.3200.

¹³³ Ministério Público Federal. Denúncia - Ação Civil Pública nº 64483-95.2015.4.01.3800. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp-reformatorio-krenak.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2020.

¹³⁴ Ibidem.

O Ministério Público Federal ajuizou em 2015 Ação Civil Pública visando, sobretudo, a condenação do Estado a indenizar as comunidades afetadas pelas práticas genocidas e promover políticas de integração, prevenção e proteção em face destas¹³⁵.

Estes três casos demonstram não apenas a situação de extrema vulnerabilidade dos povos indígenas em face do Estado Brasileiro – o que veio a melhorar após 1988 e a retornar a uma situação de risco em 2019 –, mas também o fato de que políticas geradoras de destruição de grupos, promovidas pelo Estado, dificilmente deixarão, em pleno século XXI, de gerar a sua responsabilização futura, a fim de reparar os danos causados a essas populações. Portanto, essa Corte tem nas mãos a possibilidade de evitar que o Estado crie novas condições de risco para a destruição de grupos (quase sempre parcial) que futuramente terão que ser indenizados, mas nunca integralmente reparados¹³⁶.

b) Obrigações assumidas pelo Estado Brasileiro na Convenção do Genocídio e a doutrina da Responsabilidade de Proteger (R2P)

Os Estados têm o dever de atuar na prevenção de atrocidades. Esta responsabilidade advém, como visto acima, da própria Convenção da ONU para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948, ratificada pelo Brasil em 1952¹³⁷.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Importante mencionar que os casos narrados, além da violação de direitos humanos dos indivíduos e comunidades indígenas, também tratam da teoria do risco administrativo que dá fundamento à responsabilidade objetiva do Estado por atos e omissões de seus agentes, prevista no §6º do art. 37 da Constituição Federal: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”. Sendo assim, os órgãos estatais que lidam com a temática indígena devem aplicar a legislação protetiva e não se omitir na garantia de direitos, bastando a configuração do eventual dano e do nexo causal para a sua responsabilização. Dentre responsabilizações da jurisprudência atual, incluem-se impactos de grandes empreendimentos, violação do dever de consulta prévia e a morosidade da demarcação de terras indígenas.

¹³⁷ Com relação à incorporação de tratados de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais, é amplamente conhecida a disputa hermenêutica acerca do §2º do art. 5º da Constituição, quando diz que “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”. Até 2004, o STF entendia que todo tratado internacional possuía status de lei ordinária federal. Mas havia posições doutrinárias bastante progressistas que, baseando-se na abertura semântica do §2º, sustentavam o status de norma constitucional a qualquer tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil. O debate ganhou novos contornos a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o §3º ao art. 5º e o rito especial de incorporação de tratados de direitos humanos, fazendo com que as posições mais progressistas perdessem espaço por conta da necessidade de uma diferenciação hierárquica. O §3º previu que os tratados internacionais aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equiparados às Emendas Constitucionais, formando o bloco de constitucionalidade restrito que serve de fundamento para o controle de constitucionalidade. Sobre os tratados aprovados anteriormente à emenda e os posteriores que não seguiram o rito especial, o STF firmou em 2008 a chamada “teoria do duplo estatuto”, ao julgar o RE 466.343-SP sobre a impossibilidade de prisão do depositário infiel. A decisão foi no sentido de reconhecer que os tratados de direitos humanos aprovados sem o quórum qualificado do art. 5º, §3º, têm valor *supralegal*, ou seja, com hierarquia superior às

Porém, foi por meio do “World 2005 Summit” que ela ganhou maior concretude, pois nesta oportunidade os Estados-membro das Nações Unidas assumiram o compromisso primário com a responsabilidade de proteger (R2P) suas populações contra crimes de atrocidade. O compromisso foi formalizado nos parágrafos 138 e 139 do Documento Final do Encontro Mundial em 2005, da 60ª sessão da Assembleia Geral da ONU.

Segundo Rosenberg,¹³⁸ o “2005 Outcome Document é o documento de maior autoridade sobre a R2P”. De acordo com o Secretário Geral da ONU, Ban Ki-moon, que em 2009 produziu um relatório que resume e estabelece a estratégia de aplicação da R2P, esta compõe-se de três pilares. O primeiro pilar aborda a responsabilidade do Estado de proteger a sua população; o segundo pilar estabelece o dever da comunidade internacional de ajudar os Estados a cumprirem sua responsabilidade de evitar e proteger; o terceiro pilar endereça à comunidade internacional a responsabilidade de tomar respostas oportunas e decisivas através de meios pacíficos e, se necessário através de outros meios mais fortes, de uma forma consistente com lei internacional. Pilares um e dois constituem elementos cruciais na prevenção de crimes de atrocidades em massa.

Rosenberg¹³⁹ explica que a base legal da responsabilidade dos Estados pela prevenção (pilar 1 da R2P) repousa nas obrigações positivas instituídas pelo direito internacional dos direitos humanos de impedir agentes estatais e não-estatais de infringir dano sobre os direitos humanos de outra pessoa. **Assim, nos moldes do art. I da Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio¹⁴⁰, essa obrigação exige que os Estados tomem medidas razoáveis para impedir que a violação ocorra e baseia-se na noção de *due diligence* (diligência devida), que foi expressamente incorporada à responsabilidade de impedir o genocídio por atores não-estatais, dentro e fora das fronteiras de um Estado.**

leis infraconstitucionais, mas abaixo da Constituição. Apesar disso, ainda existem outras posições doutrinárias, mesmo após a EC 45, que buscam dar maior importância aos tratados mais antigos: elas sustentam que, por força do §2º, todos os tratados de direitos humanos teriam status *materialmente* constitucional, servindo para o controle de convencionalidade, e os do rito especial do §3º teriam status material e *formalmente* constitucional, virando cláusulas pétreas. Se considerarmos que os tratados internacionais genéricos mantiveram status de lei ordinária federal, pode-se dizer que o Estado Brasileiro adota uma tripla hierarquia: status de lei ordinária (caso não versem sobre direitos humanos), de norma supralegal (tratado de direitos humanos aprovado pelo rito comum de incorporação) e de emenda constitucional (tratado de direitos humanos aprovado pelo rito especial do §3º, art. 5º).

¹³⁸ BRAGATO, F. F.; BIGOLIN NETO, P. Conflitos territoriais indígenas no Brasil: entre risco e prevenção. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 156-195, 2017.

¹³⁹ ROSENBERG, Sheri P. *Responsibility to Protect: A Framework for Prevention*. Global Responsibility to Protect 09/2009; 1(4):442-477. DOI:10.1163/187598509X12505800144837.

¹⁴⁰ UNITED NATIONS. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. United Nations: 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

No caso em que a Corte Internacional de Justiça condenou o Estado da Sérvia por não prevenção do crime de genocídio em Srebrenica, com base no artigo I da Convenção, firmou-se o entendimento de que a obrigação de prevenir é uma conduta de meio e não de fim, porquanto o Estado não é obrigado a ter sucesso em quaisquer que sejam as circunstâncias. Contudo, a responsabilidade exsurge se aquele, manifestamente, não tomar todas as medidas que estavam a seu alcance para impedir o genocídio - e que poderiam ter contribuído para impedir a consumação do crime.¹⁴¹

Na esteira da responsabilidade de proteger e visando instituir formas de prevenção, a ONU lançou, em julho de 2014, o “Framework of Analysis for Atrocity Crimes: a tool for prevention”¹⁴² com o objetivo de reforçar os meios de atuação preventiva contra crimes de atrocidade. O “Framework” foi adotado para fornecer um conjunto de critérios confiáveis e baseados em evidência para avaliar a situação atual de risco de comunidades vulneráveis e determinar intervenções apropriadas para protegê-las contra a escalada de crimes de atrocidade.

Frise-se que, dentre os indicadores de fatores de risco presentes no supramencionado documento da ONU, destaca-se o 3.1, a saber, “[m]arco jurídico nacional que não oferece uma proteção ampla e eficaz, inclusive por meio de ratificação e internalização de tratados relevantes de direitos humanos e direito humanitário”¹⁴³. A Relatora da ONU para povos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, em seu Relatório sobre a visita ao Brasil de 2016, manifestou preocupação com a tese do marco temporal e ressaltou a sua incompatibilidade com o direito internacional dos direitos humanos e dos povos indígenas:

Embora não seja necessariamente vinculativa em outros casos, a interpretação da Suprema Corte, altamente controversa e fortemente contestada, da Constituição de 1988 na decisão Raposa-Serra do Sol - que introduziu a tese do marco temporal, exigindo que os povos indígenas estivessem em posse de suas terras ou tivessem reivindicações em andamento quando a Constituição foi promulgada, sem considerar como ou por que foram removidas de suas terras - impõe restrições aos direitos dos povos indígenas de possuir e controlar suas terras e seus recursos naturais e dificulta a demarcação de terras. Os tribunais inferiores, bem como os Tribunais Superiores e o Supremo, estão aplicando a decisão de maneira totalmente contrária às disposições indígenas da Constituição. Ao fazê-lo, o Estado está forçando os povos indígenas a abandonar suas próprias terras e

¹⁴¹ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2019.

¹⁴² UNITED NATIONS. Framework of Analysis for Atrocity Crimes: a tool for prevention. United Nations: 2014. Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/framework%20of%20analysis%20for%20atrocity%20crimes_en.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

¹⁴³ UNITED NATIONS. Framework of Analysis for Atrocity Crimes: a tool for prevention. United Nations: 2014. Disponível em: <http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/framework%20of%20analysis%20for%20atrocity%20crimes_en.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

privando-os do gozo de seus direitos básicos, além de alimentar a violência contra eles.¹⁴⁴

Em relação à contrariedade da tese do marco temporal ao marco normativo internacional dos direitos humanos também já se manifestou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

A Comissão considera que a tese prazo é contrária às regras e normas de direitos humanos internacionais e interamericanas, particularmente à Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, uma vez que esta tese procura condicionar temporalmente a garantia aos direitos territoriais dos povos indígenas, a vez que tal fato deve ser dado pela existência *per se* desses povos.¹⁴⁵

Conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a estreita vinculação que os povos indígenas mantêm com suas terras e recursos naturais está protegida pelo artigo 21 da Convenção Americana¹⁴⁶. Da mesma forma, a Corte Interamericana recorda sua jurisprudência sobre a propriedade comunal de terras indígenas, segundo a qual se indica, *inter alia*, que: 1) a posse tradicional dos povos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de domínio pleno concedido pelo Estado; 2) A posse tradicional dá aos povos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e registro¹⁴⁷.

No caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra o Estado da Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que a terra, para comunidades indígenas, não é um bem econômico, como uma propriedade rural, mas sim a base para a manutenção de suas vidas e de suas culturas. Deste modo, a Corte declarou que a Nicarágua violou o direito à proteção judicial e o direito à propriedade, condenando este Estado a adotar medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de demarcação e titulação das propriedades

¹⁴⁴ TAULI-CORPUZ, Victoria [UN Special Rapporteur]. August 8th, 2016. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her mission to Brazil. A/HRC/33/42/Add.1. Thirty-third Session of the Human Rights Council. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/issues/ipeoples/srindigenouseoples/pages/sripeoplesindex.aspx>. Acesso em 08 fev 2019.

¹⁴⁵ CIDH. Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/238OPport.pdf>. Acesso em 08 fev 2019.

¹⁴⁶ Corte IDH., Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, párr. 115.

¹⁴⁷ Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284, párr. 117.

das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes¹⁴⁸.

Levando em conta que, quando um Estado incorpora a Convenção Americana em seu direito interno, esta Convenção para o Estado é tão vinculativa quanto toda a jurisprudência emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Convenção. Portanto, a jurisprudência da Corte Interamericana é obrigatória para o Estado que faz parte da Convenção Americana e que aceitou a Corte como intérprete da Convenção Americana. O Brasil é Estado Parte da Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e reconheceu sua jurisdição contenciosa em 10 de dezembro de 1998.

Para os povos indígenas, a sua terra tradicional é vida – ou, pelo menos, a terra é necessária para a vida. Assim, as disputas por terras podem ser – de fato, muitas vezes são – disputas pela vida¹⁴⁹. **Atuações e/ou omissões estatais que visam obstruir a efetivação de direitos tendentes a manter a integridade física e cultural de grupos proporcionam um contexto favorável para a configuração de fatores de risco para atrocidades. Levando-se em consideração os efeitos negativos da privação das terras e territórios aos povos indígenas brasileiros causados pela consolidação de um entendimento judicial, como é o caso da tese do marco temporal, os Amici vêm a esta Corte alertar para a existência de dever internacional de prevenção da destruição parcial ou total de grupos étnicos, raciais, religiosos e nacionais.** Ações estatais que tenham como resultado a desestruturação dos modos de vida de comunidades tradicionais podem acarretar situação inicial de genocídio, cuja constatação, prevenção e exigência de medidas ao poder público e a particulares podem ser articuladas através do uso instrumental e indireto do conceito.

Deste modo, os *Amici* entendem que, segundo a doutrina da ONU da Responsabilidade de Proteger e Prevenir (R2P), o Estado Brasileiro deve observar as obrigações assumidas no marco do direito internacional dos direitos humanos e na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948). Ou seja, deve evitar que, por meio da anulação de centenas de processos de demarcação de terras, pela aplicação da tese do marco temporal, os povos indígenas brasileiros fiquem sujeitos a condições de vida aptas a provocar a sua destruição física, total ou parcial.

¹⁴⁸ Sentença disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>>. Acesso em: 27.09.2019.

¹⁴⁹ WOLFE, Patrick. Settler colonialism and the elimination of the native. *Journal of Genocide Research* (2006).

V. PEDIDOS

Pelo exposto, as entidades signatárias requerem a inclusão dos presentes memoriais nos autos do RE nº 1017365/SC, a fim de que seus argumentos possam contribuir para a formação de tese que:

- a) Reafirme a constitucionalidade da Teoria do Indigenato como parâmetro jurídico de aplicação dos direitos territoriais indígenas; e
- b) Abandone a tese do marco temporal, por manifesta inconstitucionalidade e anticonvencionalidade, bem como pelo seu alto potencial violador de direitos humanos.

Em relação ao caso *sub judice*, manifestam-se pelo provimento do Recurso Extraordinário da FUNAI, por conta da violação ao art. 231 da Constituição Federal, com a consequente preservação da posse da Comunidade Indígena Xokleng sobre área declarada como de ocupação tradicional pela Portaria nº 1.128/2003 do Ministério da Justiça.

Por fim, reiteram os pedidos da tutela provisória incidental (Petição 18300) ajuizada pela Comunidade Indígena Xokleng e *amici curiae*, para que seja mantida a decisão liminar de suspensão dos efeitos do Parecer nº 001/2017 da AGU e das ações judiciais em âmbito nacional que discutam a reintegração de posse contra indígenas ou a anulação de suas terras, até que seja formada tese nesta repercussão geral.

Porto Alegre, 12 de maio de 2020.

LUCIA HELENA VILLAR
OAB/RS Nº 52.730
Advogada FLD/COMIN

FERNANDA FRIZZO BRAGATO
OAB/RS Nº 54.656
Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos – UNISINOS

DAILOR SARTORI JUNIOR
OAB/RS Nº 78.906
Advogado FLD/COMIN
Núcleo de Direitos Humanos – UNISINOS

RAYSA ANTÔNIA ALVES ALVES
OAB/PA Nº 26.902
Núcleo de Direitos Humanos – UNISINOS

JOCELYN GETGEN KESTEMBAUM
Director, Benjamin B. Ferencz Human Rights and Atrocity Prevention Clinic

ALVARO BACA
International Human Rights Clinic Oklahoma University College of Law

MARIA CECÍLIA MARTINELLI KREIN
Núcleo de Direitos Humanos – UNISINOS

GABRIELA DA CUNHA THEWES
Núcleo de Direitos Humanos – UNISINOS