



# RDDPC

Revista de Direito Público  
Contemporâneo

ISSN 2594-813X

# RDPC

## Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 05 | Volume nº 01 | Edição Nº 01 | Janeiro/Junho 2021  
Año nº 05 | Volumen nº 01 | Edición Nº 01 | Enero/Junio 2021

**Fundador:**

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

**Editor-Chefe | Editor-Jefe:**

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

**Co-Editor | Coeditor:**

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

**Equipe Editorial | Equipo editorial:**

Sra. Camila Pontes da Silva.

Sr. Eric Santos de Andrade.

Sr. Jonathan Mariano.

Sra. Gabriela Vasconcellos.

Sra. Natalia Costa Polastri Lima.

**Diagramação | Diagramación:**

Sr. Daniel Pires Lacerda



**UFRRJ**

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL  
DO RIO DE JANEIRO



**IEC**  
INSTITUTO DE ESTUDIOS  
CONSTITUCIONALES

## Revista de Direito Público Contemporâneo Revista de Derecho Público Contemporáneo Journal of Contemporary Public Law

### Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.  
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.  
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile  
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.  
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.  
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir, Turquia.  
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

### Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.  
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.  
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, FGV, São Paulo, SP, Brasil.  
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.  
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.  
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.  
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural e do Estado do Rio de Janeiro, UFRRJ/UNIRIO, RJ, Brasil.  
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasília, DF, Brasil.  
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.  
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil  
Sr. Ingo Sarlet, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.  
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.  
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.  
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil.  
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.  
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil  
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.  
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.  
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

### Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha. 2  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2  
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.  
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2  
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2  
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.  
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

**A NATUREZA JURÍDICA DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS  
POR ÍNDIOS E A TESE DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO NAS  
DECISÕES JUDICIAIS NO RIO GRANDE DO SUL NA SEGUNDA DÉCADA  
DO SÉCULO XXI**

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TIERRAS TRADICIONALMENTE  
OCUPADAS POR INDIOS Y EL TEMA DEL MARCO TEMPORAL DE  
OCUPACIÓN EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN RIO GRANDE DO SUL  
EN LA SEGUNDA DÉCADA DEL SIGLO XXI**

**João Paulo Rocha De Miranda<sup>1</sup>  
Katia Gobatti Calça<sup>2</sup>**

**Data de submissão: 08/01/2021**

**Data de aprovação: 23/01/2021**

**RESUMO:** O presente trabalho tem o objetivo de analisar a natureza jurídica das terras tradicionalmente ocupadas por índios, bem como os efeitos da tese do marco temporal da ocupação nas decisões da Justiça Federal em lides envolvendo terras tradicionalmente ocupadas por indígenas no Estado do Rio Grande do Sul na década de 2010 a 2020. Quanto a metodologia foi realizada tanto a pesquisa bibliográfica, quanto a documental. Esta última, realizada aos acórdãos do Tribunal Regional da 4ª Região (TRF4). Quanto ao método foi adotado o dedutivo, partindo dos conceitos gerais até chegar aos reflexos da tese do marco temporal da ocupação nas decisões judiciais. Assim, a presente pesquisa demonstra que as terras indígenas são bens públicos, por enumeração constitucional, mas que integram uma categoria *sui generis*, uma vez que não se incluem na estreita e específica classificação dos bens públicos para o Direito Administrativo. Ademais, fica patente sua natureza jushumanista. Já a análise documental evidencia que, nos processos analisados, os resultados foram majoritariamente desfavoráveis aos indígenas. Ademais, é demonstrado que em um terço destes houve a aplicação da tese do marco temporal da ocupação. Tal fato parece sinalizar o pouco reconhecimento jurídico dos indígenas como indivíduos de direito originário à terra.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terras tradicionalmente ocupadas. Povos indígenas. Marco temporal da ocupação. Direito originário. Bens públicos.

---

<sup>1</sup> Professor do Curso de Direito e de Administração Pública da Universidade Federal do Pampa. Doutor e Mestre em Direito. Coordenador do Curso de Direito da Unipampa. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais na Fronteira – GPDIFF. E-mail: joamiranda@unipampa.edu.br.

<sup>2</sup> Mestranda do PPGA da Universidade Federal do Pampa. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais na Fronteira – GPDIFF. Advogada. E-mail: katiacalcaaluno@unipampa.edu.br

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo analizar la naturaleza jurídica de las tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas, así como los efectos de la tesis del marco temporal de la ocupación en las decisiones de la Corte Federal en disputas sobre tierras tradicionalmente ocupadas por indígenas en el estado de Rio Grande do Sul en la década de 2010 a 2020. En cuanto a la metodología, se realizaron investigaciones tanto bibliográficas como documentales. Este último, ejecutado según las sentencias del Tribunal Regional de la IV Región (TRF4). En cuanto al método, se adoptó el deducible, partiendo de los conceptos generales hasta llegar a los reflejos de la tesis del marco temporal de la ocupación en las decisiones judiciales. Así, esta investigación demuestra que las tierras indígenas son bienes públicos, por enumeración constitucional, pero que pertenecen a una categoría sui generis, ya que no están incluidas en la clasificación estrecha y específica de bienes públicos del Derecho Administrativo. Además, su carácter jushumanista es evidente. El análisis documental muestra que, en los procesos analizados, los resultados fueron mayoritariamente desfavorables para los indígenas. Además, se muestra que en un tercio de ellos se aplicó la tesis del marco temporal de la ocupación. Este hecho parece indicar el escaso reconocimiento legal de los indígenas como individuos con derechos originales a la tierra.

**PALABRAS CLAVE:** Tierras tradicionalmente ocupadas; Pueblos indígenas; Marco temporal de la ocupación; Derechos originales. Bienes públicos.

## 1 INTRODUÇÃO

No âmbito do reconhecimento do direito originário dos indígenas à terra enquanto direitos humanos e fundamentais, este trabalho vem demonstrar como a tese do marco temporal da ocupação tem refletido nos julgamentos de lides envolvendo a luta jurídica dos povos indígenas pela terra no Estado do Rio Grande do Sul na segunda década do século XXI. Para tanto, metodologicamente foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais. As pesquisas bibliográficas se ativeram às doutrinas e às normas, a fim de fundamentar os conceitos de povos indígenas, terras tradicionalmente

ocupadas, bem como a tese do marco temporal da ocupação, embasando a análise dos resultados obtidos na pesquisa documental. Quanto a esta investigação documental, ela se deu especialmente aos acórdãos referentes aos recursos de apelação, originários de ações possessórias de terras localizadas no território gaúcho, envolvendo indígenas, na última década. Quanto ao método foi adotado o dedutivo, partindo dos conceitos gerais para depois tratar da tese do marco temporal da ocupação nos últimos dez anos no território gaúcho e por fim analisar os dados da pesquisa documental referentes às jurisprudências do Tribunal Regional da 4ª Região (TRF4).

Desta forma, o presente texto inicia conceituando as terras tradicionalmente ocupadas por índios, expressão trazida pelo legislador constituinte originário de 1988. Na sequência, são abordadas as definições de povos indígenas, presentes nas normas internas e internacionais, especialmente na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Uma vez definida a natureza jurídica das terras indígenas e o conceito de indígenas, é tratado sobre a tese do marco temporal da ocupação, enquanto fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e demonstrado que este relativiza as terras tradicionalmente ocupadas por índios. Na sequência passa a ser analisado os dados levantados na pesquisa documental, referentes aos acórdãos de recursos de apelação, originários de ações possessórias de terras no Estado do Rio Grande do Sul. A partir deste ponto é analisado os reflexos da tese do marco temporal da ocupação nas decisões judiciais envolvendo terras ocupadas por povos indígenas em território gaúcho na década de 2010 a 2020.

Destarte, é demonstrada que as terras indígenas são bens públicos *sui generis* de natureza jushumanista. Quanto aos dados documentais, é evidenciado que as decisões judiciais analisadas foram majoritariamente desfavoráveis aos indígenas. Por fim, fica patente, uma tendência de aplicação da tese do marco temporal da ocupação nas decisões que envolvem terras tradicionalmente ocupadas. O que pode refletir uma certa tendência de uniformização das decisões sobre terras indígenas, como se estas fossem todas iguais. Assim, desconsideram a diversidade étnica, cultural e cosmológica dos diferentes povos indígenas, bem como as múltiplas relações dos povos

indígenas com a terra, que extrapolam as vãs concepções ocidentais de posse, propriedade e terra. Provavelmente, reflexo cultural do eurocentrismo que influenciou, e ainda influencia, o pensamento acadêmico e jurídico do país desde sua colonização.

## 2 TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS E MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO

Inicialmente, é fundamental definir o conceito de terras tradicionalmente ocupadas por índios, trazida pelo legislador constituinte. O que, certamente, teve influência da ordem internacional, com as convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas (ONU) que tratam sobre indígenas. Como, por exemplo, a Convenção nº 169 da OIT que trata de povos indígenas e tribais ou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela ONU, em 13 de setembro de 2007, na 107ª Sessão Plenária, na qual dispõe, em seu Art. 26, que “os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido” (ONU, 2008, p. 14).

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é possível verificar que tal direito foi constitucionalizado como um direito fundamental, uma vez que as normas constitucionais “[...] prevêm o direito fundamental dos índios às terras, verifica-se que o artigo 231, caput, da Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (LOPES; MATTOS, 2006, p. 228).

Art. 231. **São reconhecidos aos índios** sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e **os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São **terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu**

**bem-estar e as necessárias** a sua **reprodução física e cultural**, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Portanto, é possível inferir do texto constitucional que os indígenas possuem direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, que são aquelas habitadas pelos indígenas em caráter permanente, mas também as terras, mesmo que não ocupadas permanentemente, mas que sejam utilizadas por estes povos para suas atividades produtivas, assim como as terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as terras necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Logo é evidente que o constituinte reconheceu “[...] não apenas da ocupação física das terras habitadas pelos indígenas, mas também da ocupação de toda uma extensão de terras necessárias ao resguardo cultural e à manutenção de práticas econômicas e religiosas de cada povo” (CUPSINSKI *et al.*, 2017). Portanto, o legislador constituinte constitui natureza de direito fundamental ao direito dos índios à terra, já reconhecido enquanto Direitos Humanos pela ordem internacional.

Desta forma, “a Constituição desfaz, portanto, o nexo entre o conceito civilista – posse e propriedade – da posse indígena, cujo reconhecimento passou a ser fixado como direito originário ou congênito (nato, natural)” (CUPSINSKI *et al.*, 2017). Isto significa que o constituinte dissociou a presença física dos conceitos de terra indígena e posse nativa, uma vez que são “[...] mais amplos que permanência física em certo espaço territorial. Na perspectiva de terra tradicionalmente ocupada por esse ou aquele povo indígena, vale dizer, prevalece toda a área necessária à reprodução física e cultural do povo” (CUPSINSKI *et. al.*, 2017).

Para se definir a extensão deste direito originário é necessário mensurar a área necessária à reprodução física e cultural de um povo indígena específico, o que é feito, por exemplo, com o auxílio de laudos antropológicos, capazes de delimitarem os lugares sagrados, de caça e pesca, cemitérios etc, que podem configurar elementos essenciais para a reprodução física e/ou cultural de uma



determinada comunidade indígena. Portanto, “se o povo depende de uma paragem sagrada, um acidente geográfico venerado ou se o seu cemitério se encontra nos limites da área reivindicada, naturalmente aquela área pertence ao território indígena, independentemente da posse” (CUPSINSKI *et al.*, 2017).

Não obstante, o texto constitucional, em seu Art. 231, reconheça os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o Art. 20, XI, dispõe que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União. Entretanto, o que parece contraditório, é harmonizado pela hermenêutica jurídica. Ao interpretar de forma sistêmica é possível auferir que apesar das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertencerem ao patrimônio da União, estas “[...] acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais” (BRASIL, 1997).

Entretanto o legislador brasileiro não foi claro quanto à espécie de bem público a que pertencem, o que gerou grande divergência doutrinária acerca da natureza jurídica das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. A grande maioria da doutrina administrativista leciona que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem bens públicos de uso especial, uma vez que nessas áreas existe a afetação a uma finalidade pública. Mas, há quem entenda que as terras indígenas são bens públicos dominicais ou aqueles que defendem que as áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios não possuem inteiramente natureza administrativa, tampouco civil, tratando-se de instituto peculiar. Isto é, que não se enquadram nos institutos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro criou “[...] uma situação especial para os povos indígenas e seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente” (SOUZA FILHO, 1999, p. 121). Ou seja, possuem natureza *sui generis*.

Neste trabalho, se entende que as terras indígenas não são bens de uso comum nem especial, nem muito menos dominicais. Isto porque, como os bens de uso comum do povo são “aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração” (DI PIETRO, 2005, p. 583). O que não configura o caso das terras indígenas,

uma vez que estas não são de livre utilização por qualquer pessoa, mas destinam-se especificamente à reprodução física e cultural dos povos indígenas. Também não são bens de uso especial, que configura "todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para a realização de suas atividades e consecução de seus fins" (DI PIETRO, 2005, p. 583). Ora, as terras indígenas não são utilizadas pela Administração, mas pelos próprios índios. Cabe ao poder público, apenas, demarcá-las e protegê-las. E, também não são bens dominicais, uma vez que, por expressa determinação constitucional, as terras indígenas são inalienáveis, enquanto consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado (DI PIETRO, 2005), pela qual incluiria a característica da alienabilidade, o que não é o caso.

Destarte, as terras tradicionalmente ocupadas por índios são bens públicos, por disposição do Art. 20, XI, do texto constitucional, entretanto integram uma categoria de bens públicos *sui generis*. Isto porque não se incluem especificamente na classificação dos bens públicos para o Direito Administrativo, mas vai além. As terras indígenas apesar de serem bens públicos, possuem posse e usufruto privado, caracterizada pela coletividade de uma ou mais de uma etnia indígena, e não identificável individualmente por uma pessoa.

Não obstante, tal conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios encontra respaldo nos tratados internacionais, no texto constitucional e na doutrina, esta vertente foi relativizada com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Dessa forma, "a teoria do indigenato, há décadas seguidas pelo STF como paradigma do reconhecimento dos direitos originários indígenas, parecia estar sendo relativizada para a adoção de uma teoria do fato indígena" (SARTORI JUNIOR, 2017, p. 159).

A fim de possibilitar um melhor entendimento desta tese, se faz relevante verificar os fundamentos do relator Ministro Carlos Britto, no que diz respeito ao marco temporal da ocupação:

[...] o marco temporal da ocupação [...] é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como

insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. Com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação; b) a violência da expulsão de índios para descaracterizar a tradicionalidade da posse das suas terras, à data da vigente Constituição. Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às "riquezas do solo, dos rios e dos lagos" existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do art. art. 231), devido a que "os recursos minerais, inclusive os do subsolo", já fazem parte de uma outra categoria de "bens da União" (inciso IX do art. 20 da CF); (BRASIL, 2009, p.295-296).

Portanto, resumidamente, esta "tese, afirma que os índios só teriam o direito à posse de terras tradicionalmente ocupadas por eles, a partir da data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, a menos que comprovassem o efeito do renitente esbulho" (MIRANDA; WAURA, 2018), isto é, ao menos que fiquem comprovados a existência de "[...] conflitos possessórios ocorridos no passado persistidos até marco demarcatória temporal, ou pelo menos tenham ocorridos controvérsias possessórias judicializadas (MIRANDA; WAURA, 2018).

Desta maneira, esta decisão do STF estabeleceu no acórdão as “salvaguardas institucionais” e o chamado “Conteúdo Positivo do Ato de Demarcação das Terras Indígena”. Assim, inovou na ordem jurídica ao criar novo parâmetro para a demarcação de terras naquele caso concreto, o que foi conhecido como a tese do marco temporal da ocupação (PEGARORI, 2017, p. 7).

Sobre isso, o ilustre constitucionalista José Afonso da Silva, classifica a junção dos conceitos do marco temporal e do renitente esbulho de “espoliação dos direitos fundamentais dos índios” (SILVA, 2015, p.24). Assim, afirma que o “Marco temporal de ocupação das terras indígenas pelos índios é um dos conceitos questionáveis estabelecidos pelo acórdão proferido no processo da Pet. n. 3.388 sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol [...]”. Entre os fundamentos levantados, vale ressaltar que o marco temporal foi “[...] fixado pretorianamente de modo arbitrária como sendo a data da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Questionável também por ter dado ao conceito uma dimensão normativa com aplicação geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas” (SILVA, 2015, p.23).

Embora tecnicamente o STF tenha esclarecido nos embargos de declaração quanto ao efeito inter parte da sua decisão, entendendo ser “[...] desprovida de força vinculante, em sentido técnico” (BRASIL, 2014), por outro lado, afirmou que os fundamentos adotados ostentam “força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País” (BRASIL, 2014). Tal feito tem influenciado as decisões dos magistrados por todo o país, que, no momento de definirem se a área em litígio configura terra tradicionalmente ocupada por indígenas ou não, muitas vezes, aplica o marco temporal da ocupação aos moldes da decisão do STF, em vez de se basear em dados antropológicos que indicam elementos da ocupação indígena da área, como será comentado no tópico 4, quando será analisado a luta judicial dos povos indígenas pela terra no Rio Grande do Sul. Mas antes, para que não restem dúvidas, se faz necessário conceituar povos indígenas e diferenciá-los de comunidades tradicionais.

### 3 O CONCEITO JURÍDICO DE POVOS INDÍGENAS

A fim de fortalecer o conceito de terras tradicionalmente ocupadas por índios, abordado anteriormente, se faz necessário definir os que seja índio. Pode parecer singelo, mas não é tanto assim. É preciso diferenciar os povos indígenas, em específico, das comunidades tradicionais como um todo, que apesar da sua importância e da relação entre estes conceitos, não faz parte do objeto deste estudo, que fez um recorte epistemológico nos indígenas.

Desta forma, os conceitos de povos indígenas, comunidades tradicionais e terras tradicionalmente ocupadas se dão no âmbito de uma construção política-jurídica, social e histórica, que tem como base diversos movimentos de luta pelos direitos destes segmentos sociais. Tais definições são importantes a fim de delimitar o objeto de tutela jurídica, bem como desta pesquisa. Por isso, estes movimentos influenciaram as doutrinas jushumanistas e jusambientais, sendo inclusive fontes materiais. Assim, refletiram suas ideias, primeiramente, na ordem jurídica internacional, e, posteriormente, nas nacionais. Por esse motivo esta análise tem início nas normas internacionais até chegar às normatizações brasileiras.

Internacionalmente, destacam-se a Convenção nº 169 da OIT e a Convenção sobre Diversidade Biológica. No tocante à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), esta trata sobre direitos dos povos indígenas e tribais. Aqui é importante ressaltar que a Convenção traz uma inovação que é a distinção entre o termo *populações*, que denota transitoriedade e contingencialidade, e o termo *povos*, que caracteriza segmentos nacionais com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e relação especial com a terra que habitam. Vale ressaltar, porém, que o emprego do termo *povos*, nessa acepção, limita-se exclusivamente ao âmbito das competências da OIT.

Assim, a Convenção é aplicada a povos indígenas, que são considerados aqueles habitantes que descendem de povos que habitavam uma determinada região geográfica no período em que esta foi conquistada ou colonizada, mas que hoje faz parte de um país independente. Além disso, estes povos são considerados indígenas porque também conservam suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Vale ressaltar também que a convenção possui aplicabilidade a povos tribais, que possuam condições sociais,

culturais e econômicas que os distingam de outros segmentos da população nacional, conforme dispõe em seu Art. 1º:

**ARTIGO 1º**

1. A presente Convenção aplica-se a;

a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;

b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.[...] (OIT, 2015, p.11).

É importante frisar ainda que as identidades indígena ou tribal provêm de autoidentificação, como critério subjetivo, conforme Arts. 1º e 2º da referida norma internacional. Assim, ninguém, Estado, grupo social ou indivíduo, pode negar a identidade a um povo indígena ou tribal, que assim se reconheça (OIT, 2015, p.7-15).

Portanto, é possível perceber que o referido tratado internacional, em uma interpretação literal, não se refere especificamente às comunidades tradicionais, mas sim a povos indígenas e tribais. Contudo, a Convenção nº 169 da OIT tem seu alcance ampliado para os povos e comunidades tradicionais, tais como remanescentes de quilombos, ribeirinhos, entre outros. Isso ocorre diante de uma exegese que entenda as comunidades tradicionais de forma equivalente aos povos tribais. Assim, tanto os povos tribais, quanto as comunidades tradicionais se caracterizam por possuírem condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e

cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais.

Neste sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicou a Convenção 169 da OIT ao povo Samaraka, remanescentes de quilombo do Suriname:

86. La Corte no encuentra una razón para apartarse de esta jurisprudencia en el presente caso. Por ello, este Tribunal declara que se **debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal** y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo (CORTEIDH, 2007, p.44, griffo nosso).

De igual sorte, na jurisprudência nacional também há alguns precedentes jurisprudenciais que estendem os efeitos da Convenção nº 169 da OIT para além da expressão povos indígenas e tribais, garantindo os mesmos direitos às variadas comunidades tradicionais:

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, contra a decisão de fls. 16-18 que, em ação ordinária, deferiu o pedido de liminar para determinar: "a) a suspensão dos efeitos da Portaria n.196/2007 do INCRA, no que tange a área 787,3734 hectares da Fazenda Matosinho/Sagrissa; b) o sobrestamento da expedição do título de propriedade relativo à referida área, em favor da Comunidade Matões dos Moreira; c) o sobrestamento da imissão do INCRA na posse do imóvel do autor". [...] Acrescenta a regularidade do laudo antropológico, afirmando que o fato de ter sido realizado dois anos antes da abertura do processo administrativo só reforça a existência da comunidade de Matões dos Moreira como remanescente das comunidades dos quilombos. Assevera que o critério da auto-atribuição

espelha-se nas regras da nova metodologia do Decreto 4.887/2003 para identificação das **comunidades remanescentes quilombolas como grupo étnico-racial, que segue não só os modernos posicionamentos da antropologia, mas pauta-se também nas disposições da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989** (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

No mesmo sentido, em um Mandado de Segurança, a decisão ressalta o direito de autodeterminação dos povos, aplicando a Convenção nº 169 da OIT à remanescentes de quilombolas:

**A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da qual o Brasil é signatário, assegura aos grupos e comunidades tradicionais (indígenas e tribais) prevê o direito de auto-determinação dos povos, ou seja, as próprias comunidades podem se auto-definirem. A partir do decreto nº 4.887/2003, foi concedido a essas populações o direito à auto-atribuição como único critério para identificação das comunidades quilombolas.** O decreto, que regulamenta o procedimento de regularização fundiária definiu que: são terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural (BRASIL, 2008b, grifo nosso).

No tocante à Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), esta não dispõe expressamente sobre comunidades tradicionais, mas sim de comunidades indígenas e locais. De igual forma, deve-se interpretar comunidades locais como tradicionais. Contudo a CDB também não conceitua comunidades locais, mas reconhece, em seu preâmbulo, a “[...] estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento” (MMA, 2000, p.8). Portanto, acaba fazendo referência aos conhecimentos das comunidades locais e populações indígenas, bem como à repartição de



benefícios em decorrência dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.

Assim, embora a Convenção sobre Diversidade Biológica não defina comunidades locais, as relacionam com os estilos de vida e os conhecimentos tradicionais. Dai surge o termo “conhecimentos tradicionais associados”. Associados a que? À biodiversidade ou ao patrimônio genético. Portanto, ainda que indiretamente, ao entender os conhecimentos tradicionais, chega-se ao conceito de comunidades tradicionais. Aqueles são os conhecimentos sobre a existência, conservação e uso do patrimônio genético, pertencentes aos povos indígenas e/ou comunidades tradicionais. Isto é, são “[...] pertencentes aos povos indígenas, às populações agroextrativistas, aos quilombolas, aos ribeirinhos e aos outros grupos sociais que se dizem tradicionais, que sejam utilizados para suas atividades de produção e reprodução nas suas respectivas sociedades” (LITTLE, 2010, p.11). Ou seja, os conhecimentos tradicionais são os conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas de forma tradicional e através da oralidade ou outra forma frequente de transmissão de conhecimentos destas comunidades, com condições sociais, culturais e econômicas distintas do resto da população nacional. Por isso o uso destes conhecimentos fora das comunidades tradicionais deve ser feito mediante uma justa repartição de benefícios, por uma simples questão de justiça social.

Neste sentido, o Art. 8, j, da CDB, incumbe a cada parte contratante, de acordo com a legislação nacional, o dever de “[...] respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica” (MMA, 2000, p.11-12).

Destarte, fica claro que, tanto a Convenção nº 169 da OIT, quanto a Convenção sobre Diversidade Biológica, tutelam os ditos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Isto ocorre independentemente da terminologia dada a estes povos e comunidades, sejam indígenas, tradicionais, tribais, locais, quilombolas, ribeirinhos, agricultores tradicionais, entre outros, desde que estejam presentes as características de distinção social, cultural e econômica do resto da população nacional e que possuam costumes, tradições, conhecimentos, e práticas realizadas e transmitidas, inclusive intergeracionalmente, de forma tradicional.

Assim como na ordem internacional, o ordenamento jurídico brasileiro possui algumas normas que conceituam os povos, comunidades e conhecimentos tradicionais. Embora haja divergências terminológicas entre os diferentes dispositivos legais, estes são complementares e fornecem, em uma interpretação sistemática, o real conceito destas populações e comunidades. Inicialmente, há de se tratar do Decreto nº 6.040/07, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Esta política define Povos e Comunidades tradicionais como aqueles grupos autodefinidos, culturalmente diferenciados, com organização social própria, que ocupam e usam o território e manejam os recursos naturais com fim à reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando os conhecimentos tradicionais transmitidos tradicionalmente.

Neste sentido, o Art. 3º, I, do referido decreto, conceitua Povos e Comunidades Tradicionais como aqueles grupos culturalmente distintos e que se reconhecem desta forma e que possuem “[...] formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição [...]” (BRASIL, 2007).

Vale ressaltar que para as comunidades remanescentes de quilombos, além da definição genérica de comunidades tradicionais, o Decreto nº 4.887/03, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, traz um conceito próprio em seu Art. 2º, que considera remanescentes das comunidades dos quilombos “[...] os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida” (BRASIL, 2003).

Já para as comunidades indígenas há uma definição específica trazida pelo do Estatuto do Índio, que também utiliza o critério da autodeterminação, embora vincule a uma origem e ascendência pré-colombiana. Assim, o Art. 3º deste estatuto conceitua índio como “[...] todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo

étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973).

Desta forma, os critérios adotados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para a definição de comunidades indígenas “[...] se baseiam na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio” (FUNAI, [200?]), portanto “[...] consistem: a) na auto-declaração e consciência de sua identidade indígena; b) no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem (FUNAI, [200?]). A “identidade e pertencimento étnico não são conceitos estáticos, mas [...] construção individual e social [...] não cabe ao Estado reconhecer quem é ou não indígena, mas garantir que sejam respeitados os processos [...] de construção e formação de identidades étnicas” (FUNAI, [200?]).

Voltando às definições genéricas de comunidades tradicionais, além da definição dada pela Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, é importante ressaltar o conceito de comunidades tradicionais, dispostos no Art. 2º, inciso IV, do marco legal da biodiversidade (Lei nº 13.123/15), que define comunidade tradicional como comunidade distinta culturalmente, que se reconhece como tal, “[...] possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição [...]” (BRASIL, 2015). Ademais, define, no inciso II, do mesmo dispositivo legal, o conhecimento tradicional associado como aquela “[...] informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético [...]” (BRASIL, 2015).

Assim, percebe-se que a Lei nº 13.123/15 ao definir conhecimento tradicional associado criou “um novo conceito, independente da definição de comunidade tradicional, que é o de agricultor tradicional” (MIRANDA, 2018, p.42). Portanto, o marco legal da biodiversidade além de trabalhar com os conceitos de povos e comunidades tradicionais, elenca uma terceira categoria, a de agricultor tradicional. Este é definido, no inciso XXXI, do Art. 2º, como sendo a “[...] pessoa natural que utiliza variedades tradicionais locais ou crioulas ou raças localmente

adaptadas ou crioulas e mantém e conserva a diversidade genética, incluído o agricultor familiar” (BRASIL, 2015). Isto é, o agricultor, familiar ou não, que planta variedades tradicionais locais ou crioulas, bem como aqueles que criam raças animais localmente adaptadas ou crioulas, mantendo e conservando a diversidade genética.

A fim de dirimir qualquer dúvida quanto a natureza da definição de agricultor tradicional trazida pelo marco legal da biodiversidade é importante fazer alguns esclarecimentos quanto ao que seja variedades tradicionais locais e raças animais localmente adaptadas ou crioulas. A variedade tradicional local ou crioula pode ser definida como aquela “variedade de planta que não seja substancialmente semelhante a cultivares comerciais, proveniente de espécie que ocorre na natureza ou mantida em condição *ex situ*, desenvolvida, [...] ou adaptada por população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional” (MIRANDA; MOREIRA, 2016, p.91). Já no aspecto animal, é definida “[...] a raça localmente adaptada ou crioula como aquela proveniente de espécie animais encontradas na natureza ou mantida em condição *ex situ* [...]” (MIRANDA; MOREIRA, 2016, p.91) que seja desenvolvida ou adaptada a uma determinada região (nicho ecológico) e desenvolvida a partir da seleção, seja natural ou da seleção realizada por indígenas, comunidades tradicionais ou agricultores tradicionais.

Portanto, perceba que o conceito de agricultor tradicional não se enquadra na definição de comunidade tradicional. Uma comunidade de agricultores tradicionais, que plante e/ou crie variedades e/ou raças crioulas, não é, necessariamente, uma comunidade tradicional. Isto porque o simples fato de utilizar variedades e/ou raças crioulas não significa que esta comunidade se distingue culturalmente das demais, que se reconheça como tal, que tenha uma forma própria de organização social e que ocupe e use territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição. Por conseguinte, o agricultor tradicional passou a ser uma categoria extra, criada pelo marco legal da biodiversidade, desconectada dos povos e comunidades tradicionais.

Destarte, é possível concluir que os povos e comunidades tradicionais podem ser definidos como grupos culturalmente diferenciados e que se

reconhecem como tais, além de possuírem formas próprias de organização social, bem como de ocuparem e usarem seus territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. Nesta perspectiva, entre os povos e comunidades tradicionais estão os povos indígenas, os quilombolas, as comunidades tradicionais de matriz africana ou de terreiro, os extrativistas, os ribeirinhos, os caboclos, os pescadores artesanais, os pomeranos, entre outros, que se enquadram no conceito, independentemente de lhe ser atribuído um nome específico.

Entretanto, vale lembrar que este estudo diz respeito às terras ocupadas ancestralmente e tradicionalmente pelos indígenas, motivo pelo qual tais ocupações serão conceituadas no item a seguir.

#### **4 O REFLEXO DA TESE DO MARCO TEMPORAL DA OCUPAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE AS TERRAS INDÍGENAS NO RIO GRANDE DO SUL**

A fim de demonstrar o impacto da tese do marco temporal da ocupação nas decisões judiciais, foi realizada uma pesquisa documental para traçar um panorama amostral da última década quanto à luta judicial pela terra por povos indígenas no Estado do Rio Grande do Sul. Para isso, foi realizada a pesquisa e análise dos processos que tratam sobre possessórias relacionadas aos direitos indígenas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4), tribunal competente para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. A fim de filtrar a pesquisa foi utilizado como termos de busca na ferramenta "pesquisa de jurisprudência" as seguintes palavras: Possessória e Indígena e RS. Além disso, a pesquisa ainda foi restringida para o período de 1º de janeiro de 2010 a 1º de janeiro de 2020, bem como aos processos em grau recursal e às decisões colegiadas, todas em sede de apelação.

Nesta pesquisa foram encontrados 41 (quarenta e um) documentos. Ao analisá-los foi verificado que destes, 24 (vinte e quatro) tratavam sobre algum aspecto da luta pelas terras indígenas no Estado do Rio Grande do Sul. No

tocante ao favorecimento, ou não, aos indígenas, em relação às decisões judiciais que julgaram conflitos pela terra dessa natureza foi verificado que dois terços das decisões foram favoráveis a não indígenas, enquanto que apenas um terço delas favoreceram esses povos originários. Além de apenas 33% (trinta e três por cento) das decisões analisadas serem favoráveis aos indígenas, enquanto 67% (sessenta e sete por cento) serem contrárias, importa ressaltar que, do total dos acórdãos analisados, apenas um terço dos conflitos envolviam terras públicas. E, destas, um quarto estavam em processo administrativo de regularização de terra indígena na Fundação Nacional do Índio (FUNAI). O que aventa uma visão de pouco reconhecimento dos indígenas como indivíduos de direito originário à terra, como preconiza a Constituição Federal, em seu art. 231 (BRASIL, 1988). Muito provavelmente pelo reforço do longo período histórico passado entre os tempos atuais e o tempo em que foram expulsos de sua terra pelos colonizadores e outros povos dominadores, que dessensibiliza o ideário de empatia e injustiça social a ser remediada, o que é fruto do processo de eurocentrismo do pensamento.

Por outro lado, de todas decisões analisadas, 20% (vinte por cento) delas acompanharam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, onde um dos fundamentos do acórdão é baseado, no que foi chamado de tese do marco temporal da ocupação, explicado no capítulo anterior. Esta tese relativiza o conceito de terras tradicionalmente ocupadas por índios. Pois define a data da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, como o marco temporal para comprovar a posse pelos indígenas ou o renitente esbulho das terras tradicionalmente ocupadas, sob pena destas não serem assim consideradas (MIRANDA; WAURA, 2018, p. 64).

Se 20% (vinte por cento) de todas as decisões analisadas adotaram a tese do marco temporal da ocupação e 67% (sessenta e sete por cento) dos acórdãos foram contrários aos direitos originários dos indígenas, significa que esta tese foi utilizada em aproximadamente 30% (trinta por cento) das decisões contrárias à posse originária. A magnitude da utilização desta tese se dá apesar da decisão do STF no caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol ter efeito apenas para aquele caso em concreto.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o STF esclareceu em decisão dos embargos de declaração do acórdão do caso da Terra Indígena Raposa

Serra do Sol que a decisão em questão e seus fundamentos, como a tese do marco temporal da ocupação, eram desprovidos de força vinculante, ou seja, não vinculam outros casos. Entretanto, também afirmou que os fundamentos adotados ostentavam força moral e persuasiva (BRASIL, 2014). Sobre isso, não foram poucos os que alertaram para o risco de aplicar os fundamentos de um caso concreto, tão delicado e sensível que envolve direitos originários, para outros casos envolvendo terras tradicionalmente ocupadas. O risco era a adoção indiscriminada do marco temporal da ocupação nos litígios envolvendo direitos indígenas, mesmo contrariando provas técnicas, como laudos antropológicos, por exemplo.

É importante ressaltar que dos dados apresentados nesta pesquisa, que dão conta que 20% (vinte por cento) dos casos analisados tinham como fundamento a tese do marco temporal da ocupação, não se pretende extrapolar conclusões para além do universo pesquisado. Assim, não é possível mensural se é pouco ou muito este resultado de 20% (vinte por cento) dos casos analisados terem como fundamento a tese do marco temporal da ocupação. Isto porque estes dados foram analisados quantitativamente a partir do número total de processos investigados, e não apenas daqueles em que o litígio envolvia a discussão da posse de terra tradicionalmente ocupada por índio, já que outros litígios investigados não tratavam especificamente desta discussão.

Contudo, este resultado parece demonstrar uma tendência uniformizante, com contornos paradigmáticos do culturalismo eurocêntrico, que “[...] inventou um `Ocidente de sempre`, único e singular desde sua origem [...]” (AMIN, 1989, p. 86, tradução nossa). Influência deste eurocentrismo, que “[...] é um culturalismo no sentido de que supõe a existência de invariantes culturais que moldam as trajetórias históricas dos diferentes povos, irreduzíveis entre si (AMIN, 1989, p. 9, tradução nossa). Portanto, acultura e padroniza, logo “[...] é apresentado como um universalismo no sentido que propõe a todos a imitação do modelo ocidental como a única solução para os desafios do nosso tempo (AMIN, 1989, p. 9, tradução nossa).

Neste sentido a tendência de uniformização da tese do marco temporal da ocupação como única resposta jurídica a fim de configurar uma área em litígio como terra tradicionalmente ocupada por índio ou não, parece ser reflexo cultural do eurocentrismo que influenciou, e ainda influencia, o pensamento acadêmico

e jurídico do país desde sua colonização. Além de ser um equívoco hermenêutico, configura um grande erro antropológico, que desconsidera as múltiplas relações dos povos indígenas com a terra, que extrapolam as vãs concepções ocidentais de posse, propriedade e terra.

## 5 CONCLUSÕES

Os conflitos pela posse de terras envolvendo indígenas no Estado do Rio Grande do Sul é uma realidade latente e parte dela ocorre de maneira judicializada na Justiça Federal gaúcha, especialmente por meio de ações de reintegração de posse e interditos proibitórios. Isto ocorre, muitas vezes, em oposição às demarcações de terras indígenas, pois menos da metade das terras tradicionalmente ocupadas estão devidamente regularizadas no território gaúcho.

Na disputa judicial, os indígenas saem perdendo nessa luta, pois a maioria dos acórdãos são favoráveis aos não indígenas, prevalecendo o direito de propriedade em detrimento dos direitos originários às terras tradicionalmente ocupadas por índios, reflexo cultural de um paradigma eurocêntrico.

Ainda que uma pequena parte dos litígios envolva terras públicas, parte destas estão em processo administrativo de regularização de terra indígena pela FUNAI. O que demonstra prevalecer uma exegese jurídica de pouco reconhecimento dos indígenas como indivíduos com direito originário à terra. Fato este que não traz a necessária justiça social aos descendentes daqueles que foram expulsos de suas terras, dizimados e aculturados pela ganância e domínio europeu.

O fato de 20% (vinte por cento) dos casos analisados terem como fundamento a tese do marco temporal da ocupação, o que significa 30% (trinta por cento) das decisões contrárias aos indígenas, apesar de tal tese não ser vinculativa aos demais casos que tratem sobre terras indígenas, parece demonstrar uma tendência. Isto é, uma tendência de uniformização da tese do marco temporal da ocupação como única, ou pelo menos prevalente, resposta jurídica a fim de configurar uma área em litígio como terra tradicionalmente ocupada por índio ou não. Tal fato, possivelmente, possa ser reflexo cultural do



eurocentrismo que influenciou, e ainda influência, o pensamento acadêmico e jurídico do país desde sua colonização.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Samir. **El eurocentrismo**: crítica de una ideología. Tradução de: Rosa Cusminsky de Cendrero. México/DF: Siglo Veintiuno, 1989.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov 2003.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 fev 2007.

BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez 1973.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflitos de competência e outras questões indígenas na pauta do STJ**. Brasília: STJ, 2017. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-24\\_08-00\\_Conflitos-de-competencia-e-outras-questoes-indigenas-na-pauta-do-STJ.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-09-24_08-00_Conflitos-de-competencia-e-outras-questoes-indigenas-na-pauta-do-STJ.aspx). Acesso em: 15 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Pet. 3388ED/RR - Roraima. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena raposa serra do sol. **DJe-023**: RTJ, Brasília, DF, vol. 00227-01, p. 00057, 4 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 349703/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, Brasília, DF, julgamento em 03 de dezembro de 2008, **DJe-104**, 5 jun.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 183188/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça da União**, 14 fev. 1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.006135-0/MA . Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Agravado: José Augusto Vieira. Relator(a): Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Brasília, 20 de fevereiro de 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Mandado de Segurança nº 2008.70.09.002352-4/PR. Impetrante: Instituto José Marcondes Leal e Maria Francisca Cordeiro Marcondes Leal. Impetrado: Superintendente Regional do INCRA/PR. Juiz Federal: Antônio César Bochenek. Ponta Grossa, PR, 10 de outubro de 2008. **DJe**, 15 out. 2008.

CORTEIDH. **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. p.44. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf). Acesso em: 24 fev. 2016.

CUPSINSKI, Adelar; et. al.. **Terra tradicionalmente ocupada, Direito originário e a inconstitucionalidade do Marco Temporal**. Brasília: CIMI, 2017. Disponível em: <https://cimi.org.br/2017/01/39202/>. Acesso em: 8 maio 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

FUNAI. **Modalidades de terras indígenas**. Brasília: Funai, [2020?]. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 13 maio 2020.

FUNAI. **Quais os critérios utilizados para a definição de indígena?** Brasília, DF: FUNAI, [200?]. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3>. Acessado em: 30 mar 2016.

LITTLE, Paul E.. Os conhecimentos tradicionais no marco da interculturalidade. In: LITTLE, Paul E. (org.). **Conhecimentos tradicionais para o século XXI: etnografias na interculturalidade**. São Paulo: Annablume: 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Brasília**, a. 43 n. 170, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92744/Lopes%20Ana%20Maria%20e%20Mattos%20Karine.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jul. 2020.

MIRANDA João Paulo Rocha de; WAURA, Ewesh Yawalapiti. Marco temporal da ocupação: retrocesso aos direitos originários dos povos indígenas. In MIRANDA João Paulo Rocha de; WAURA, Ewesh Yawalapiti; SOUZA, Jefferson Costa de. **O meio ambiente no Araguaia: das terras tradicionalmente ocupadas à proteção dos recursos hídricos**. Barra do Garças: UFMT/CUA/PENSAR DIREITO, 2018.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Consulta prévia livre e informada no contexto da agrobiodiversidade e as violações de direitos humanos constantes na lei 13.123/15. In COUSILLAS, Marcelo José; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; PADILHA, Norma Sueli (orgs.). **Direito ambiental e socioambientalismo I**. Florianópolis: CONPEDI; Montividiú: Udelar, 2016.

MIRANDA, João Paulo Rocha de. **O marco legal da biodiversidade: Proteção do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados e suas inconveniências no contexto do colonialismo biocultural**. São Paulo: LiberArs, 2018.

MMA. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre diversidade biológica**. Brasília: MMA, 2000.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília-DF: OIT, 2011.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: UNIC, 2008.

PEGARORI, Bruno. A tese do marco temporal da ocupação como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Aracê**, Direitos humanos em revista, ano 4, número 5, fev. 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/144-265-1-sm.pdf>. Acesso em: 11 nov.2017.

SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA, José Afonso da. Parecer Jurídico. 2015. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p.17-42.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 1999.