

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 2/2024

Data: 2 aprile 2024

La fine del “marco temporal”? Uno storico overruling del Supremo Tribunale Federale brasiliano a favore dei diritti indigeni*

di **Mirko Della Malva** – Assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Milano

TITLE: Brazilian Federal Supreme Court ruling in favour of ancestral land rights

ABSTRACT: Il 23 settembre 2023, il STF brasiliano - pronunciandosi sul ricorso promosso dalla *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI) contro l'*Instituto del Meio Ambiente* dello Stato di Santa Catarina - ha inaugurato un nuovo indirizzo a favore dei diritti fondiari dei popoli indigeni. Il Supremo Collegio, in particolare, ha riaffermato il contenuto dell'art. 231 Cost., superando il precedente orientamento, che limitava ai soli gruppi effettivamente insediati sui territori al momento dell'adozione della Costituzione (5 ottobre 1988), i diritti tradizionali all'uso della terra. La portata innovativa della pronuncia, interpretata come una riaffermazione dei gruppi più deboli sugli interessi dell'agrobusiness è stata, tuttavia, presto offuscata dall'approvazione di una legge federale che reintroduce limiti temporali ai diritti ancestrali.

On 23rd September 2023, the Brazilian STF - ruling on the appeal brought by the *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI) against the Institute of the *Meio Environment* of the State of Santa Catarina - inaugurated a new jurisprudence in favor of the land rights of indigenous peoples. The Supreme Court, in particular, reaffirmed the content of the art. 231 of the Constitution and overrode

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

its prior interpretation, which limited traditional rights only to the groups that were settled in those territories at the time of the adoption of the Constitution. The innovative scope of the ruling, interpreted as a reaffirmation of vulnerable groups on agribusiness interests, was, however, overshadowed by the approval of a federal law reintroducing time limits on ancestral rights.

KEYWORDS: Brasile; Indigeni; Supremo Tribunale Federale; Convenzione OIL; Brazil; Indigenous people; Brazilian Federal Supreme Court; Indigenous and Tribal Peoples Convention; Marco temporal

SOMMARIO: 1. Una pronuncia “dirompente”. – 2. La questione delle terre indigene dalla colonizzazione alla Costituzione del 1988. – 3. La vicenda giudiziaria e i suoi risvolti. – 4. Brevi riflessioni sul tema ed evoluzione legislativa della vicenda.

1. Una pronuncia “dirompente”

Il 23 settembre 2023 dovrà essere ricordato come una giornata storica per i diritti dei popoli indigeni del Brasile. Il Supremo Tribunale Federale (STF) – pronunciandosi all’esito di un lungo e complesso giudizio avviato dalla *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI) – ha inaugurato, infatti, un nuovo indirizzo giurisprudenziale in tema di diritti di popoli autoctoni, riconoscendo ad essi il possesso di tutte le terre storicamente abitate, indipendentemente dal loro effettivo insediamento al momento dell’approvazione della Legge fondamentale.

A dispetto di quanto sancito dalla Costituzione federale del 1988 - di cui meglio si dirà *infra* – fino all’adozione del *revirement* qui in commento era invalso, infatti, nelle decisioni del STF un indirizzo secondo il quale i diritti fondiari dei popoli autoctoni potevano essere riconosciuti unicamente a quei gruppi nativi che – al momento dell’approvazione della Costituzione (il 5 ottobre 1988) – si trovavano già nel possesso delle terre, ovvero erano parti in causa con la Federazione per il riconoscimento del medesimo (c.d. *esbulho renitente*).

Una simile interpretazione, come è evidente, si traduceva in una manifesta ingiustizia nei confronti dei gruppi minoritari, il cui allontanamento era stato non solo ampiamente incoraggiato dalle istituzioni federali, ma anche - non di rado - effettuato attraverso l’uso della forza e dell’inganno.

Il nuovo indirizzo del STF, ponendosi in contrasto con le consolidate logiche di depauperamento della comunità indigena, è stato ampiamente pubblicizzato sulla stampa internazionale¹ e merita pertanto qualche attenzione da parte della giuspubblicistica italiana².

Il *Recurso Extraordinário* (RE) 1017365 interviene su uno dei temi più dibattuti dell'attualità politica e legislativa brasiliana. I magnati dell'agro-industria e i rappresentanti delle classi politiche locali da tempo sostengono, infatti, che i *povos indígenas*, numericamente pari allo 0,2% della popolazione (circa 500.000 individui), detengono già il 12,41% dell'intero territorio agricolo nazionale. Un'ulteriore espansione delle terre indigene si porrebbe, pertanto, in contrasto con gli interessi della produzione agricola e dell'intera economia nazionale, la quale trae dallo sfruttamento delle risorse naturali circa il 25% del suo PIL.

Il FUNAI, insieme a numerose associazioni indigeniste e ai partiti di sinistra, preme invece per il pieno riconoscimento dei diritti fondiari dei popoli autoctoni, evidenziando come il legame con la terra, lungi dall'essere una semplice questione di diritto privato, sia invero un elemento indispensabile alla preservazione dell'identità dei popoli indigeni, nonché all'affermazione di quella dimensione multiculturale del Paese, sancita già nel preambolo della Costituzione (una «*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*»)³.

L'esistenza di 305 popolazioni indigene e di 274 lingue autoctone, nelle argomentazioni della principale organizzazione di difesa della comunità indigena, deve essere considerata, in particolare, un patrimonio al quale la Federazione brasiliana non può rinunciare, attraverso l'attuazione di

¹ Si vedano tra i tanti, *No al "Marco temporal": la Corte Suprema del Brasile ha sancito il diritto alla terra degli indigeni. "Vinta una battaglia, non la guerra"*, in <https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/09/22/no-al-marco-temporal-la-corte-suprema-del-brasile-ha-sancito-il-diritto-alla-terra-degli-indigeni-vinta-una-battaglia-non-la-guerra/7300748/> ; *Brazil supreme court rules in favor of Indigenous land rights in historic win* in: <https://www.theguardian.com/world/2023/sep/21/brazil-supreme-court-indigenous-land-rights-win>; *Brazil's top court rules in favour of Indigenous rights in land claim case*, in: <https://www.aljazeera.com/news/2023/9/22/brazils-top-court-rules-in-favour-of-indigenous-rights-in-land-claim-case>; *Brazil's top court boosts indigenous rights in landmark ruling*, in: <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-58328604>; *Los indígenas de Brasil logran una victoria vital en los tribunales frente al agronegocio*, in: <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2023-09-21/los-indigenas-de-brasil-logran-una-victoria-vital-en-los-tribunales-frente-al-agronegocio.html#>.

² Al momento può leggersi un unico contributo sul punto: L. G. ARCARO CONCI, *I diritti degli Indigeni sulle terre tradizionalmente occupate nel Brasile contemporaneo. Una disputa tra il Supremo Tribunale Federale, il Congresso nazionale e il Presidente della repubblica*, in *Diritti Comparati*, 30 ottobre 2023 <https://www.diritticomparati.it/i-diritti-degli-indigeni-sulle-terre-tradizionalmente-occupate-nel-brasile-contemporaneo-una-disputa-tra-il-supremo-tribunale-federale-il-congresso-nazionale-e-il-presidente-della-repubblica/>.

³ Per un approfondimento sui valori di fondo dell'attuale esperienza costituzionale brasiliana si rinvia a: L. PEGORARO, *La Costituzione brasiliana del 1988 nella chiave di lettura dell'articolo 1*, Bologna, 2015.

politiche di deprivazione continua delle terre ancestrali, *conditio sine qua non* per l'esistenza della diversità etnica e linguistica del Paese.

Tale giudizio merita di essere annotato, infine, anche per la particolare complessità della sua procedura. Si è trattato, infatti, del processo più lungo e articolato della storia giudiziaria del Brasile, nel quale si sono susseguite ben undici udienze, di cui sei con l'ausilio degli strumenti di videoconferenza. La vicenda, avviatasi nel dicembre 2016, ha visto la propria conclusione soltanto nel settembre 2023, sette anni dopo il deposito dell'istanza.

La pubblicazione della decisione non ha coinciso, altresì, con la soluzione definitiva dell'annosa questione: trascorsi appena cinque giorni dalla pronuncia, il Parlamento di Brasilia ha ripristinato, infatti, in via legislativa l'antico indirizzo giurisprudenziale, provocando non solo un'energica reazione presidenziale, ma l'avvio di un conflitto tra poteri dello Stato, i cui sviluppi sono ancora ad oggi sconosciuti.

2. La questione delle terre indigene dalla colonizzazione alla Costituzione del 1988

Per meglio comprendere la vicenda, occorre muovere da alcuni antecedenti di carattere storico-costituzionale e dedicare alcune parole alla normativa costituzionale e legislativa al momento vigente.

La questione del riconoscimento dei diritti fondiari degli Indigeni sulle terre tradizionalmente occupate trova origine, infatti, nell'epoca della colonizzazione portoghese ed in particolare, nell'aprile 1680, quando la Corona di Lisbona concesse alla colonia del Brasile una *Carta* nella quale riconobbe alle genti precolombiane lo *status* di “*primários e naturais senhores*” delle terre sulle quali erano stanziati prima dell'arrivo di Cabral, il 22 aprile 1500.

Successivamente, il Primo ministro Sebastião José de Carvalho e Melo, in conformità con lo spirito riformatore di Giuseppe I di Braganza, fece approvare nel 1755 il *Diretório dos Índios*, un documento – noto anche come *Lei Pombalina*, dal nome del Casato del Capo del Governo che lo adottò (Marchese de Pombal) – con il quale fu riconosciuto ai nativi l'*inteiro domínio* delle terre da essi storicamente utilizzate.

Nessun riconoscimento a favore dei *povos indígenas* si ebbe, invece, nelle prime Carte del Brasile indipendente⁴, tanto che per una timida affermazione dei diritti dei nativi si dovettero attendere le due Costituzioni *varguiste* del 1934 e del 1937.

Il Presidente Getúlio Vargas, nel dare forma ad uno Stato autocratico-sociale, attribuì, infatti, agli *Indios* il possesso delle terre da essi storicamente abitate, escludendo tuttavia la facoltà per i nativi di poterle alienare o esercitare diritti collettivi di caccia e raccolta su aree diverse da quelle tradizionalmente occupate⁵.

Le disposizioni contenute nelle Carte dell'esperienza autocratica furono mantenute in seguito nella Costituzione democratica del 1946⁶ e persino ampliate nelle Leggi fondamentali della dittatura dei *Gorillas*. La Costituzione del 1967⁷ assegnò, difatti, alle comunità autoctone il «*direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais*», mentre l'emendamento costituzionale 1/1969 rinviò alla legge ordinaria una più compiuta disciplina della materia⁸.

Quest'ultima, meglio nota come *Estatuto do Índio*,⁹ fu approvata nel dicembre 1973. Il testo prevede specifiche discipline a favore delle terre storicamente popolate dalle genti precolombiane, delle riserve costituite dalla Federazione a compensazione delle terre espropriate, delle aree (numericamente limitate) di proprietà dei gruppi *Indios*.

Con riferimento alle prime, fu stabilita, in particolare, l'impossibilità di farne oggetto di locazione o di qualsiasi altro negozio giuridico limitativo dei diritti delle comunità originarie. Fu esclusa la pratica della caccia, della pesca e della raccolta dei frutti, così come ogni altra attività agricola ed estrattiva che potesse turbare la sopravvivenza dei gruppi originari. Fu attribuito, infine,

⁴ Per una breve ricostruzione delle esperienze costituzionali brasiliane si rinvia a: D. NUNES, L. LACCHÈ, *Constitutional experiences in the Brazilian Legal History/ Esperienze costituzionali nella storia del diritto brasiliana*, nel numero monografico: *Brazilian Constitutional History: Itineraries, Experiences and Models / La storia costituzionale del Brasile: itinerari, esperienze, modelli*, *Journal of Constitutional History*, 2, 2020.

⁵ Constituição Federal de 1934 - Art. 129: «Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las»; Constituição Federal de 1937 - Art. 154: «Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las».

⁶ Constituição Federal de 1946 - Art. 216: «Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem».

⁷ Constituição Federal de 1967 - Art. 186: «É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes».

⁸ Constituição Federal de 1969 - Art. 198: «As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilizadas nelas existentes. 1º - Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas».

⁹ Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 - *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*

all'amministrazione degli Stati il compito di procedere alla demarcazione (*demarcação*) degli appezzamenti.

Tale operazione, disciplinata dall'art. 65, avrebbe dovuto realizzarsi, in particolare, entro il termine di cinque anni dall'approvazione dell'intervento. Le sue disposizioni furono però disattese dalla Giunta, la quale non solo rilasciò concessioni enfiteutiche ai *fazendeiros*, ma incoraggiò anche il flusso migratorio di piccoli agricoltori nei territori della foresta pluviale (*várzea*).

Agli Indigeni, privati delle proprie terre, non restò quindi che il trasferimento nelle periferie delle grandi città atlantiche, ove incrementarono le fila del sub-proletariato urbano e subirono lenti processi di assimilazione¹⁰.

Anche per tali ragioni, il tema delle terre indigene tornò di attualità al momento dell'elaborazione della Costituzione del 1988, la quale – per la prima volta nella storia del Paese – dedicò agli autoctoni un'intera partizione della sua sistematica, il Titolo VII, Capitolo VIII.

La Carta post-autoritaria, a differenza delle normazioni precedenti, adottò una prospettiva maggiormente inclusiva: le disposizioni della *Constituição Cidadã*¹¹ non si limitarono, infatti, alla mera attribuzione di diritti ai nativi in ragione della loro specificità etnica e culturale, ma riconobbero ad essi lo *status personae* preesistente all'adozione della Norma fondamentale e persino all'affermazione della dominazione portoghese.

Sulla base di tali prospettive, l'art. 231 Cost. *riconobbe* a ciascun popolo originario la possibilità di utilizzare le proprie lingue, di uniformare la propria organizzazione sociale ai costumi tradizionali, di professare i propri credi; considerò, inoltre, preesistenti i diritti fondiari dei medesimi sulle terre ancestrali.

I confini di queste ultime furono individuati dalla stessa Costituzione, la quale vi annoverò: gli appezzamenti tradizionalmente abitati dai popoli autoctoni con «*caráter permanente*», le aree da essi utilizzate per le loro attività produttive, le superfici entro le quali si collocavano le risorse naturali meritevoli di tutela, in ragione della loro stretta connessione alla riproduzione fisica e culturale dei gruppi (§ 1).

¹⁰ Il popolamento delle terre indigene attraverso concessioni enfiteutiche fu realizzato ad opera della L. 114/60. Negli anni Settanta, nell'ambito del non piccolo movimento migratorio interno dal Sud al Nord del Paese, giunsero inoltre nuovi agricoltori. Cfr. T. ISENBERG, *L'Amazzonia e la foresta*, Milano, 2012, p. 100.

¹¹ È il nome con il quale si definisce solitamente la Costituzione Federale del 1988.

Su tali porzioni – qualificabili giuridicamente come beni demaniali¹² – la Norma fondamentale assicurò ai nativi il possesso (*posse*) permanente della terra e l'usufrutto esclusivo (*usufruto exclusivo*) di tutte le ricchezze ivi collocate, incluse le fonti idriche e la fauna in esse stanziata (§ 2). Stabili, inoltre, l'inalienabilità e indisponibilità delle stesse, qualificando i diritti dei popoli autoctoni come imprescrittibili (§ 4).

A garanzia di tali prescrizioni, il testo specificò che lo sfruttamento delle risorse idriche e l'estrazione di ricchezze minerarie *da parte dei terzi* avrebbero potuto essere effettuati solo previa autorizzazione di una legge del Congresso Nazionale, il cui *iter* di adozione avrebbe dovuto includere il parere della comunità interessata e il suo coinvolgimento nei lavori di approvazione (§ 3).

Da tale disposizione doveva evincersi, pertanto, che tutte le negoziazioni concluse al di fuori dei casi espressamente previsti, avrebbero dovuto intendersi nulle o comunque prive di effetti giuridici (§ 6).

L'art. 231 Cost. impedì, da ultimo, ogni possibilità di allontanamento della comunità originaria dal suo insediamento tradizionale, salvo che lo stesso fosse ratificato dal Congresso «*em caso de catástrofe ou epidemia ... ou no interesse da soberania do País*» (§ 5) ed attribuì alla Federazione il compito di procedere alla delimitazione della *terra indígena*.

Quest'ultima procedura fu regolamentata dal decreto n. 22/1991, in seguito sostituito dal decreto n. 1.772/1996. Esso richiese la preventiva stesura di un rapporto informativo da parte del Funai, in cui si dichiarava la storica riconducibilità delle terre ad un determinato gruppo indigeno. La relazione avrebbe dovuto essere, quindi, pubblicizzata tramite l'affissione presso la Casa comunale e la pubblicazione nei principali organi di stampa. Decorso il termine di trenta giorni, in difetto di opposizione, il rapporto sarebbe stato trasmesso al Ministero della Giustizia, competente per la decisione sul caso di specie. In caso di assenso, l'assegnazione si sarebbe perfezionata con l'emissione di un decreto del Presidente della Repubblica, in caso contrario il Funai avrebbe avuto, viceversa, la possibilità di formulare istanza di riesame dell'intera documentazione.

Avviate le procedure di demarcazione, gruppi di interesse legati al mondo dell'agro-business intrapresero, tuttavia, una pluralità di azioni giudiziarie al fine di circoscrivere i trasferimenti domandati.

¹² Art. 20 Cost.: «*São bens da União: (...) as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*».

In numerose occasioni, le controversie giunsero persino al Tribunale Supremo Federale, il quale, proprio all'esito di una delle predette vicende – la *demarcação* del territorio indigeno di *Raposa Serra* nello Stato del Mato Grosso del Sud - inaugurò la nota giurisprudenza del limite temporale (in portoghese «*marco temporal*»)¹³, conosciuta anche come «*tesi di Copacabana*».

I giudici di massima istanza, allontanandosi dalla lettera della Costituzione, limitarono nel caso *de qua* il diritto al possesso della terra ai soli gruppi che al momento dell'entrata in vigore della Carta (e più specificamente il 5 ottobre 1988) vedevano i propri insediamenti già stanziati nelle terre ancestrali. Con la stessa decisione il Collegio subordinò, inoltre, il godimento dei diritti dei nativi al soddisfacimento di tutti gli interessi della politica nazionale, tanto di natura militare (installazione di basi, unità e postazioni) quanto di sviluppo economico (opere pubbliche, reti di comunicazione, sfruttamento delle risorse energetiche), imponendo il diritto di accesso ai fondi a tutti i visitatori e i ricercatori non indigeni che ne avessero avuto interesse. Per mezzo di un'interpretazione contraria alla lettera del § 3, ogni attività di utilizzo delle risorse idriche e del potenziale energetico da parte delle comunità indigene fu subordinata, infine, all'autorizzazione del Parlamento federale¹⁴.

Simile interpretazione, anche se priva del carattere di *súmula vinculante*¹⁵, fu in seguito ripresa e generalizzata per mezzo del Parere n. 001/2017 della Procura Generale dello Stato, un atto la cui attuazione fu a tal punto rilevante che, dall'entrata in vigore della Costituzione alla pubblicazione della sentenza in commento, i territori resi ai nativi furono poco più del 5 per cento del totale.

¹³ *Ação popular* n. 3884-4. Il testo della decisione è rinvenibile on line all'indirizzo: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388MA.pdf>

¹⁴ Per una ricostruzione della sentenza, ma anche delle vicende storiche connesse al possesso delle terre indigene, si rinvia a: T. L. VIEIRA CAVALCANTE, *Terra Indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico*, in: <https://www.scielo.br/j/his/a/XRTp9SKrKRwMV6D4MjHPMsp/>.

¹⁵ La *súmula vinculante* è un istituto, disciplinato dall'art. 103 Cost., che conferisce alla Corte Suprema federale il potere di obbligare la PA e gli altri organi del potere giudiziario a rispettare la propria interpretazione in merito ad una determinata norma giuridica. La cristallizzazione dell'enunciato giuridico permette di garantire uniformità in un contesto privo di *stare decisis*. Per un approfondimento sul tema del precedente nell'ordinamento giuridico brasiliano si rinvia a: G. PEÑADE MORAES, *Curso de Direito constitucional*, São Paulo, 2016, pp. 525-534 e L. L. STRECK, *O que é isto – o precedente judicial e as sumulas vinculantes*, Porto Alegre, 2015 pp. 53-80.

3. La vicenda giudiziaria e i suoi risvolti

La pronuncia in commento trae origine da una controversia instauratesi nel 2009 tra la *Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente* dello Stato di Santa Catarina e il popolo Xokleng, stanziato lungo il fiume Plate/Itajaí do Norte nella *Terra Indígena* di Ibirama-Laklänö¹⁶. Parte ricorrente, nello specifico, pretendeva l'allontanamento della comunità indigena da due porzioni territoriali ricomprese nei confini della *reserva ecológica* di Sassafrás.

Il giudice locale, nel decidere la vertenza, uniformò la propria pronuncia alle note *Tesi di Copacabana*, affermando l'impossibilità di tutelare i diritti del popolo Xokleng, poiché quest'ultimo non risultava stanziato negli appezzamenti contesi al momento dell'approvazione della Costituzione.

Contro tale decisione, confermata in appello dal *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, il FUNAI sollevò ricorso straordinario di costituzionalità ex art. 102 c. 3 lett. a Cost.¹⁷

Il *plenário* del Supremo Giudice Federale, riconosciuta la sussistenza del requisito della *repercussão geral*¹⁸, instaurò così il giudizio RE 1017365, il cui *iter* – come ricordato – si caratterizzò per una lunghezza ed una complessità sconosciute all'ordinamento giudiziario brasiliano. La procedura vide, nello specifico, la pronuncia di due sospensioni (di cui una per la

¹⁶ Tale area, di 14.156,58 ettari, è stata dichiarata in possesso permanente dei gruppi indigeni Xokleng, Kaingang e Guaraní con Ordinanza del Ministero della Giustizia n. 1.128 del 13 agosto 2003. Essa comprende otto villaggi ed ha una popolazione totale di 2057 indigeni. Nel 2008, con decreto legislativo n. 480 i deputati João Matos e Valdir Colatto hanno tentato di sospendere gli effetti della demarcazione, ma disegno di legge è stato respinto dalla Commissione per i diritti umani della Camera (2011).

¹⁷ Per una ricostruzione del ricorso straordinario dinanzi al STF si rinvia a J. A. DA SILVA, *O controle de constitucionalidade das leis no Brasil*, in D. GARCIA BELAUNDE, F. FERNANDEZ SEGADO, *La Jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, pp. 391-407. In lingua italiana si veda, invece: A. CIAMMARICONI, *La giustizia costituzionale negli ordinamenti di Argentina e Brasile*, in S. BAGNI, S. BALDIN (a cura di), *Latinoamérica. Viaggio nel costituzionalismo comparato dalla Patagonia al Río Grande*, Torino, 2021, pp. 159-179. Per un quadro riassuntivo della giustizia costituzionale brasiliana si veda, invece, F. PIOVESAN E M. MORENO, *La giustizia costituzionale in Brasile*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, pp. 567-585.

¹⁸ La sussistenza di *repercussão geral* è uno dei requisiti richiesti dalla Costituzione per procedere alla discussione degli appelli dinanzi al STF (art. 102 c. 3 Cost.: *No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a Repercussão Geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*). La sua introduzione è stata determinata dalla necessità di limitare il numero delle cause che giungono innanzi della Corte di ultima istanza, consentendo a quest'ultima di pronunciarsi unicamente sulle controversie che trascendono gli interessi soggettivi delle parti (l'analisi del ricorso genererà, appunto, ripercussioni in diversi altri casi simili).

pandemia Covid-19) e la convocazione di undici udienze, per lo più dedicate all'audizione di ben 38 *amici curiae* a sostegno delle posizioni del popolo Xokleng.

La decisione finale fu assunta il 21 settembre 2023, quando - in accoglimento della posizione del relatore - il Collegio, a maggioranza di 9 giudici contro 2, rigettò la tesi del *marco temporal* e riaffermò i diritti fondiari dei popoli indigeni come sanciti dalla Costituzione, senza restrizioni di ambito temporale e senza subordinarli all'esistenza di contenziosi per la restituzione dei fondi.

Nelle succinte motivazioni, il STF evidenziò, innanzitutto, la netta distinzione tra il possesso civilistico e quello proprio delle culture ancestrali («*a posse tradicional indígena é distinta da posse civil*»), argomentando come quest'ultimo consista non già in un potere sulla *res* secondo i canoni della tradizione romano-germanica del diritto statale, quanto piuttosto nella facoltà per i popoli indigeni di trarre dai territori da essi storicamente abitati le risorse necessarie al loro benessere e alla loro riproduzione fisica e culturale¹⁹, nel rispetto dei propri usi e delle proprie tradizioni.

Il Collegio precisò, in seguito, che tale forma di utilizzo dei suoli fu presa in considerazione dal Costituente e tutelata nell'art. 231 Cost., il quale – al pari di altri enunciati della Costituzione – non può conoscere limitazioni di natura temporale o di altro genere, come quelle elaborate in sede amministrativa e giurisprudenziale e meglio note come «*marco temporal*» e «*renitente esbulho*».

Sulla base di tali argomentazioni rigettò quindi il precedente orientamento, aggiungendo che in caso di conflitto tra il diritto costituzionalmente garantito dei popoli indigeni ed un titolo di diritto privato attribuito sui medesimi fondi a soggetti terzi, il possesso tradizionale avrebbe dovuto essere in ogni caso garantito, salvo ovviamente il diritto in capo ai precedenti titolari di ottenere (dallo Stato) un giusto e preventivo compenso per i miglioramenti apportati al fondo.

La creazione di riserve in altre aree dello Stato avrebbe dovuto costituire, invece, una condizione del tutto residuale, da realizzarsi nei soli casi in cui il reinsediamento non fosse effettivamente possibile e, salva la corresponsione di un indennizzo pari al valore della nuda terra sottratta, da corrisondersi in contanti o in credito agrario.

La decisione approvata vide il voto contrario di Nunes Marques e André Mendoça, giudici storicamente vicini alle posizioni del Partito liberale di Jair Bolsonaro. Questi ultimi confermarono

¹⁹ Per un primo inquadramento sulla concezione tradizionale dei popoli indigeni si rinvia a: S. BALDIN, *Il buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019 e S. BAGNI (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, Bologna, 2013; S. LANNI, *Diritto e "a-crescita": contributo contro-egemonico alla preservazione delle risorse naturali*, in: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, 3, pp. 592-621.

la validità della tesi del «*marco temporal*», evidenziando ancora una volta la necessità di porre un limite alle rivendicazioni ancestrali, il cui accoglimento avrebbe finito per compromettere i più generali interessi nazionali.

4. Brevi riflessioni sul tema ed evoluzione legislativa della vicenda

Il superamento dei limiti individuati dalla giurisprudenza nel caso *Raposa Serra* ed in seguito cristallizzati nel Parere n. 001/2017 della Procura Generale dello Stato costituisce senza dubbio una riparazione alla lunga storia di espropriazione e violenza subita dai popoli indigeni fin dai tempi della colonizzazione portoghese ed un primo passo verso l'auspicato ritorno allo spirito pluralista del 1988.

Grazie al nuovo orientamento del STF numerose comunità si vedrebbero riconosciuta la possibilità di accedere, infatti, alle terre nelle quali hanno sviluppato la propria cultura, ponendo fine a quei processi di assimilazione, da troppo tempo in atto nella società brasiliana²⁰.

Il riconoscimento dei diritti fondiari dei popoli indigeni consentirebbe, inoltre, al Paese un migliore adempimento degli obblighi da esso assunti in sede internazionale, in particolare per quanto concerne la sottoscrizione del Patto di San José e la ratifica della Convenzione n.169 dell'Organizzazione internazionale per il lavoro (ILO) sui diritti dei popoli indigeni e tribali.

Sul punto deve ricordarsi, infatti, che la tesi del «*marco temporal*» aveva già conosciuto una specifica censura nel Rapporto sui diritti umani del 2021²¹, mentre la Corte interamericana dei diritti umani aveva condannato, nel 2018, lo Stato brasiliano per aver impiegato oltre 16 anni (1989-2005) per il riconoscimento delle proprietà collettive del popolo Xucuru.

²⁰ Tali importanti conseguenze erano già state auspiccate da L. FERREIRA BERNARDO e da T. RESENDE BOTELHO nel saggio *La necesidad de superación del hito temporal por el Tribunal Supremo brasileño en los procesos de demarcación de tierras indígenas*, in R. CAMMARATA, M. ROSTI, *I popoli indigeni e i loro diritti in America Latina Dinamiche continentali, scenari nazionali*, Milano, 2023, pp. 171-189.

²¹ Commissione Interamericana dei Diritti Umani (2021), *Situação dos direitos humanos no Brasil: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021*, in: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>.

Come è stato evidenziato, la restituzione delle terre ai nativi potrà tradursi, infine, in una migliore protezione della biodiversità nazionale²². Secondo i dati forniti dall' *Instituto Socioambiental*, gli indici di disboscamento delle terre gestite dalle popolazioni ancestrali sono stati infatti finora inferiori rispetto a quelli delle aree prive di tale denominazione: con la restituzione delle terre ai nativi si auspica un decremento della deforestazione oggi attestato intorno al 18,96% delle superfici totali.

A dispetto di tali osservazioni, il Parlamento di Brasilia ha preferito, tuttavia, già all'indomani della pubblicazione della decisione (il 27 settembre 2023) disconoscere la portata innovativa della decisione, approvando un progetto di legge di ripristino del «*marco temporal*» con effetti immediati²³.

Gli interessi dell'agro-industria, trasfusi in argomentazioni politico-giuridiche incentrate sul rispetto del diritto di proprietà, sulla necessità di salvaguardare lo sviluppo economico nazionale, la sicurezza e l'ordine pubblico, hanno trovato protezione sul piano legislativo.

La demarcazione di terre indigene lungo le fasce di confine è stata presentata, in particolare, come un problema di non poco momento per la sicurezza nazionale, specie per quanto concerne la frontiera con la Guyana e il Venezuela, Paesi con i quali il Brasile intrattiene relazioni non sempre amichevoli.

È stato argomentato, inoltre, che i *povos indígenas*, non sempre si siano mostrati concordi nell'allontanamento dei grandi latifondisti dalle zone di loro storico insediamento, posto che da essi hanno tratto finora una fonte sicura di reddito che, diversamente, andrebbe dispersa.

Il 21 ottobre 2023, il Presidente della Repubblica ha tentato di ripristinare la lettera della Costituzione, ponendo il veto parziale (articolo 66, §1 e §2 CF) al progetto, ma il Parlamento ha nuovamente approvato la legge. Il «*marco temporal*» è rientrato così in vigore nell'ordinamento costituzionale brasiliano, marginalizzando nuovamente i diritti dei popoli indigeni.

Resta da vedere come reagirà il STF non appena sarà chiamato a pronunciarsi sulle disposizioni della nuova legge.

²² Per un approfondimento sul tema si leggano: P. A., LEME MACHADO, *Gli indigeni nel diritto ambientale brasiliano, nel diritto internazionale e nella giurisprudenza*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 3, 2019, pp. 571-589 e A. MARCHIONI, *La questione ambientale tra torsioni autoritarie e costituzionalismo. Il caso brasiliano* in *Costituzionalismo.it*, 2020, 3, pp. 103-118.

²³ Lei n° 2903, de 2023. *Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis n°s 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973.*