

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, submetido por unanimidade à sistemática da repercussão geral, sob o Tema 1031, com a seguinte ementa:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.”

(RE 1017365 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 10-04-2019 PUBLIC 11-04-2019)

É, portanto, questão constitucional de relevância ímpar à adequada compreensão dos direitos possessórios das comunidades indígenas, a reclamar desta Corte que desvele as potencialidades hermenêuticas contidas no artigo 231 do texto constitucional, de modo a tutelar o direito fundamental dos índios ao exercício de seu modo de vida, cultura e existência, intimamente ligados à posse tradicional de suas terras.

Eis a redação do artigo 231 da Constituição da República:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-

las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Como assentei no voto que levou ao reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional ora posta a julgamento, a questão relativa à "definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição

Federal de 1988” ainda não foi definida por este Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante.

E, mais importante que o equacionamento jurídico da questão, está em julgamento a tutela do direito à posse de terras pelas comunidades indígenas, substrato inafastável do reconhecimento ao próprio direito de existir dos povos indígenas, como notoriamente se observa da história dos índios em nosso País.

A dramática trajetória da questão indígena no Brasil está bastante documentada pela literatura, e mesmo pela história judicial, uma vez que desde há muito os Tribunais apreciam causas relativas à matéria.

Como já assentei ao apontar a relevância da controvérsia, já quando do início do domínio português, milhares de índios já ocupavam as terras posteriormente declaradas como públicas, com seus distintos modos de vida, e passaram por notório processo de dizimação e tomada violenta das terras pelos ocidentais, dentro do longo processo de migração ao interior e ocupação da totalidade do que hoje conhecemos como território nacional.

Nada obstante o contexto fático, o reconhecimento de posse e domínio sobre as terras que ocupam ocorre com o Alvará Régio de 1680, o qual consignava:

“[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.”

O direito dos indígenas à posse e uso das terras que ocupam tampouco foi infirmado pela Lei de Terras de nº 601/1850, e veio também assegurada pelo disposto do artigo 24, § 1º do Decreto nº 1318/1854, que regulamentou referida lei, pois entende que a posse é legitimada ao primeiro ocupante, e já se reconhecia o direito originário dos indígenas às terras em sua posse.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros, como assinalou Pontes de Miranda, em comentário efetuado à Constituição de 1946, cujo conteúdo era idêntico em relação à tutela dos indígenas:

“O texto respeita a ‘posse’ do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto de localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o artigo 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exija título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas é nula, por infração à Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do artigo 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra os silvícolas que tenham posse, e nas terras de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como consequências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição incluídos aqueles que só se referem a elementos de direito de propriedade e da posse (uso-fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola,

ainda que trintenais; c) as sentenças que adjuquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo de preclusão, por infringirem texto constitucional.”

(Comentários à Constituição de 1946, vol. V, 1953, p. 335/336)

Portanto, sendo constatada a ocupação tradicional indígena em alguma área, não poderia esta ser considerada de propriedade alheia, nem mesmo como terra devoluta estadual.

Esta Corte assentou esse posicionamento em diversas oportunidades anteriores à ordem constitucional de 1988, restando já clássico o entendimento esposado pelo Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 44.585:

“(…) A Constituição Federal diz o seguinte:

‘Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde de achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.’

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos Índios, pois estes não tem a disponibilidade das terras.

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudos dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição

Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Entendo, portanto, que, **embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico**".

(RE 44.585, Tribunal Pleno, DJ em 12/10/1961)

Quanto ao domínio sobre essas terras, a Constituição de 1967 incluiu dentre os bens da União essa categoria especial de terras, destinadas à posse e uso exclusivo dos índios, reconhecendo expressamente a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras pelos índios.

Essa previsão veio formulada também pelo § 6º do artigo 231 da Constituição da República, cominando-se nulidade e inoponibilidade aos títulos de domínio que tenham por objeto terras reconhecidas pelo texto constitucional como de tradicional ocupação indígena.

Para além da tutela possessória, a Constituição Federal de 1988 atribui também proteção especial ao modo de ser e viver indígena, ao colocar sob específica garantia a cultura e identidade dos índios, além de assegurar o modo tradicional de ocupação das terras.

É a dicção dos artigos 215 e 216 do texto constitucional:

"Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos

direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

(...)"

"Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

(...)"

Como se verifica, e adiante melhor se explicitará, a Constituição de 1988 rompe com um paradigma assimilacionista, que pretendia a progressiva integração do índio à sociedade nacional – e branca – a fim de que deixasse paulatinamente sua condição indígena, para um paradigma de reconhecimento e incentivo ao pluralismo sociocultural e ao direito de existir como indígena:

"As Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 trouxeram referências aos índios, sempre os chamando de silvícolas. Com exceção da de 1937, todas as outras definem a competência da União para legislar sobre a 'incorporação dos silvícolas à comunhão nacional'. Todas garantem aos indígenas a posse das terras onde se acharem 'permanentemente

localizados', em geral acrescentando que a garantia se dará com a condição de não a transferirem. As Constituições de 1967 e 1969, para deixar ainda mais claro o caráter de transitoriedade deste direito, o incluem nas disposições transitórias. A partir da Constituição de 1967, estas terras são definidas como de domínio da União. A forma como se dá a garantia às terras, os dispositivos que atribuem competência para legislar sobre o processo de integração e as leis regulamentadoras deixam claro que o ideário assimilacionista do século XIX está presente até o advento da Constituição de 1988: os índios haveriam de deixar de ser índios.

Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos na vida nacional ficou mantida em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: 'puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy'. Está rompida a provisoriedade que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato."

(SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2252.)

A despeito dessa tutela das terras e do próprio modo de vida indígena pelo texto constitucional vigente, e mesmo pelas previsões constitucionais e legais a ele anteriores, o contexto social e político jamais espelhou referida proteção; ao revés, é fato notório as condições graves e

de por vezes trágicas nas quais, até os dias atuais, vivem os índios em nosso País.

A questão referente à posse de suas terras tradicionais, apesar do grande avanço que a Carta Constitucional de 1988 representou, não se encontra resolvida ou ao menos serenada, razão pela qual se faz necessário que este Tribunal desempenhe sua tarefa de guardião da Constituição, lançando novamente um olhar a todas as questões imbricadas nessa temática que, para além de assentar questões meramente possessórias e de domínio, envolve a própria sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira.

Como informam a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB e o Conselho Indigenista Missionário – CIMI, admitidos no feito na qualidade de *amici curiae*, o Brasil possui hoje, de um total de 1.298 terras indígenas, 829 demarcações não finalizadas, ou sequer iniciadas (eDOC 591), circunstância que coloca muitas comunidades em situação de penúria e de negação de direitos básicos, como alimentação, saúde e moradia digna, além de ver negada a tutela estatal para proteção de seu patrimônio e de suas vidas.

As graves situações que estampam os jornais diariamente, relatando ameaças contínuas de doenças, violências, invasões, contaminação de águas e terras, intimidações, negativa de atenção aos índios em terras não demarcadas ou em ambiente urbano, além da notória redução orçamentária da FUNAI, com a conseqüente mitigação de sua atuação por ausência de verba e de pessoal, fazem com que a questão indígena no Brasil consista em tema de relevância emergencial, a exigir urgente atuação pública para garantir a sobrevivência e o respeito ao modo de vida dos índios em nosso País.

Daí se desvela a importância do julgamento que ora se levará a efeito, o qual ressalta o legítimo exercício da função contramajoritária do Poder Judiciário, na tutela de direito fundamental de minorias, a influir decisivamente na interpretação e no estabelecimento do estatuto jurídico-constitucional das relações possessórias das terras tradicionalmente

ocupadas pelos índios. Por um lado, se é certo que as graves temáticas imbricadas no tratamento legal e administrativo conferidos aos indígenas não se esgota em assegurar a posse desses territórios – haja vista os riscos de invasões, garimpos, retiradas ilegais de madeiras, além da sempre complexa prestação de serviços públicos básicos às comunidades em terras já regularizadas – de outra parte é preciso ressaltar que a proteção possessória converte-se em no patamar mínimo para a tutela dos direitos fundamentais dos índios e de suas comunidades.

Como escreve José Afonso da Silva:

“A questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza – como lembra Manuela Carneiro da Cunha – constitui o núcleo da questão indígena, hoje, no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios.”

(SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 889)

Feita essa necessária contextualização inicial, passo ao exame do tema referente à hermenêutica constitucionalmente adequada do artigo 231 da Carta de 1988.

O julgamento da Pet nº 3.388 – possibilidades de aperfeiçoamento

Dentre os anos de 2008 e 2009, esta Corte debruçou-se sobre o caso *Raposa Serra do Sol*, na Pet 3.388, decisão essa que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, para assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional, bem

como seu modo de vida, estabelecendo dezenove condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, no propósito de promover a pacificação dessa grave questão social.

Da leitura da ementa, depreende-se o enorme avanço promovido no sentido da garantia da tutela das comunidades indígenas à luz da Constituição da República:

“AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que

dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio

de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96).

3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO.

5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato

em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo

"terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o

protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da

tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM

COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES

FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. **A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.** 16. **A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA.** Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais

devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.”

(Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049)

Argumenta-se que, diante do julgado, o princípio da segurança jurídica impediria a revisão da matéria por esta Corte Constitucional, uma vez que as dezenove condicionantes já estariam sendo aplicadas pela jurisprudência e teriam sido internalizadas pela Administração Pública.

No entanto, duas razões levaram ao reconhecimento da repercussão geral do tema e autorizam, portanto, que toda a problemática acerca da correta hermenêutica contida no artigo 231 do texto constitucional seja apreciada pelo Tribunal.

Em primeiro lugar, porque no julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão da Pet nº 3.388, o Plenário desta Casa assentou a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão, como se depreende da ementa do referido julgado:

“Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem

as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. **4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.**

(Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057)

Portanto, muito embora decisão tenha a eficácia de coisa julgada material em relação à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ela não incide automaticamente às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no País.

Essa, inclusive, a razão pela qual a Proposta de Súmula Vinculante nº 49, que pretendia a conversão da Súmula 650 em Súmula Vinculante a fim de acolher as condicionantes reveladas na Pet nº 3.388, restou rejeitada pelo Tribunal:

“DECISÃO: 1. Trata-se de proposta de súmula vinculante apresentada pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA – que visa a reafirmar o enunciado da Súmula nº 650 desta Corte.

Após publicado o edital, a proposta foi encaminhada à Comissão de Jurisprudência que, em parecer de 18 de março de 2010, manifestou-se pelo arquivamento:

‘1. A Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA requer a edição de súmula vinculante a partir do texto do Enunciado 650 da Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, aprovado na Sessão Plenária de 24.9.2003, assim dispõe:

“Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.”

A proponente afirma que, mesmo após a consolidação do entendimento – explicitado na referida Súmula 650 – quanto à impossibilidade de se atribuir à União a propriedade de áreas de aldeamentos extintos apenas ocupados por indígenas em passado remoto, *“o tema continua a ser objeto de acesa controvérsia, na medida em que ainda suscita impugnações, mesmo em sede de recurso extraordinário interposto perante o próprio Supremo Tribunal Federal”* (fl. 5). Indica, nesse sentido, dois pronunciamentos em que as Turmas desta Casa, ao decidir agravos de instrumento sobre essa específica matéria, invocam a jurisprudência repisada e aplicam o verbete acima apontado.

Assevera que, no recente julgamento da Petição 3.388, o Plenário desta Corte, além de ratificar o entendimento consolidado na Súmula 650, *“definiu que a ocupação indígena permanente deve ser verificada na data da promulgação da Constituição de 1988”* (fls. 5-6).

Defende, a partir daí, que a expressão **“ocupação em passado remoto”**, constante da Súmula 650, deve ser entendida, para efeito dos arts. 20, XI, e 231, § 1º, da Constituição Federal, como toda presença indígena em determinada terra não mais verificada em 5 de outubro de 1988. Sustenta, por isso mesmo, que *“o processo de demarcação deve atentar para a necessidade de comprovação da posse da área na data da promulgação [da Constituição] de 1988”* (fl. 7).

Busca a proponente, assim, motivar a necessidade da súmula vinculante pretendida com fundamento na alegação de que a Administração Pública, baseando-se no expreso resguardo da Constituição Federal às terras tradicionalmente

ocupadas pelos índios (arts. 20, XI, e 231, § 1º), tem adotado procedimentos voltados à demarcação de reservas em terras que não estavam mais ocupadas por comunidades indígenas quando da promulgação da Carta de 1988.

Justifica, por fim, a edição de súmula requerida sob o argumento de que a *ratio* presente nos julgados que aponta “*tem encontrado resistências no âmbito do Poder Judiciário*” (fl. 7).

Após defender sua legitimidade ativa e a existência da necessária pertinência entre os interesses que persegue e as questões tratadas na presente proposta externa, requer a edição de súmula vinculante que enuncie que “*os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos antes de 5 de outubro de 1988, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*” ou, alternativamente, que reproduza o teor da Súmula 650 da Jurisprudência desta Casa, que dispõe que “*os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*”.

(...)

2. Cabe a esta Comissão de Jurisprudência, nos termos do art. 1º da Resolução STF 388, de 5.12.2008, verificar a adequação formal das propostas de edição de súmula vinculante, averiguando, entre outros requisitos, a presença de fundamentação e instrução do pedido, a legitimidade ativa do proponente e a efetiva existência de reiteradas decisões desta Casa sobre a questão constitucional posta em evidência.

No presente caso, busca-se a edição de enunciado vinculante tomando-se como ponto de partida texto de súmula de jurisprudência preexistente, aprovado pelo Plenário desta Suprema Corte em 24.9.2003. Porém, conforme bem demonstra toda a fundamentação lançada na peça inicial, a proponente, valendo-se de manifestações mais recentes deste Supremo Tribunal, procura obter novo pronunciamento vinculante em matéria que extrapola em muito o assunto encerrado na Súmula 650.

Veja-se que o *leading case* (RE 219.983, rel. Min. Marco

Aurélio, DJ de 17.9.1999) e todos os demais julgados subsequentes que deram origem à Súmula 650 do STF trataram, única e exclusivamente, sobre a impropriedade do reconhecimento, como bens da União (CF, art. 20, I e XI), de **imóveis urbanos usucapiendos** que já haviam feito parte, num passado distante, de áreas de antigos **aldeamentos indígenas**, que foram, segundo definição presente no Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, “*povoaç[ões] de índios com direção ou administração exercida por missionários ou autoridades leigas*”.

Não foi por outro motivo que o eminente Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu douto voto de relator no RE 219.983, deixou expresso que aquela discussão não guardava relação alguma com o tema da demarcação de reservas indígenas, tendo S. Exa., ao rejeitar precedente invocado pela Procuradoria-Geral da República, ressaltado “*a impertinência da evocação, (...) porquanto nele se fez presente controvérsia a envolver terras demarcadas e habitadas por indígenas*”.

Portanto, considerado o preciso alcance material da Súmula STF 650, parece evidente não haver mais atualidade na discussão que a originou, dado o escasso número de decisões colegiadas e monocráticas proferidas por esta Corte sobre o tema nos últimos anos, que apenas reconheceram, sem maiores aprofundamentos, a mera incidência do enunciado que sumula a jurisprudência já há muito firmada (AI 307.401-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ de 29.4.2005; AC 1.005-QO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ de 9.12.2005; AI 437.294-AgR, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24.3.2006; AI 586.419, rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJe de 27.11.2008; e AI 455.843, rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, DJe de 15.12.2009).

3. Porém, a proponente busca, claramente, obter uma nova e mais ampla dimensão do texto sumular, desvinculando-o, por completo, da restrita questão jurídico-constitucional que o originou.

Pretende, na verdade, fazer surgir pronunciamento em

matéria de demarcação de terras indígenas que estabeleça de imediato, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a impossibilidade da deflagração do processo administrativo-demarcatório que tenha como objeto terras que já não estavam mais ocupadas por grupos indígenas no exato momento em que foi promulgada a Constituição Federal, ou seja, em 5.10.1988.

Invoca, para tanto, conclusões alcançadas pelos eminentes Ministros Ayres Britto e Menezes Direito nos brilhantes votos que proferiram no julgamento plenário da ação popular que examinou a constitucionalidade e a legalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima (Pet 3.388, DJe de 25.9.2009). Destaca, das referidas manifestações, trechos em que Suas Excelências, interpretando a letra do art. 231 da Constituição Federal, asseveram ter esta mesma Carta fixado a data de sua promulgação como referência temporal para a averiguação da ocupação indígena de determinada terra. Tratar-se-ia, conforme pronunciou o eminente relator daquele feito, Ministro Ayres Britto, de *“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”*.

É preciso festejar, certamente, o início de um efetivo enfrentamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dessa delicada e controvertida matéria, referente à baliza temporal necessária para que o Estado brasileiro reconheça, entre outros pressupostos, determinada terra como de tradicional ocupação indígena. Contudo, é inegável a constatação de que essa questão ainda não se encontra totalmente equacionada, tendo o próprio Ministro Ayres Britto, no voto que proferiu como relator da Pet 3.388, apontado para outras importantes variáveis a serem consideradas. Ponderou S. Exa., por exemplo – ao referir-se às comunidades indígenas que foram forçadas a deixar as suas terras por terem sido alvo de diversas modalidades de violência –, que *“a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de*

renitente esbulho por parte de não-índios”.

A deliberação sobre a edição de enunciado de súmula a respeito do assunto ora tratado dependeria, dessa forma, da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria no exato sentido pretendido pela ora proponente.

Falta ao presente caso, à toda evidência, o requisito formal da existência de reiteradas decisões desta Casa sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição. Cite-se, **por exemplo**, a ACO 1.383, rel. Ministro Marco Aurélio, e o MS 28.555, rel. Min. Ellen Gracie, feitos nos quais o tema ora em debate já foi preliminarmente revolido **em sede liminar monocrática** (DJe de 28.5.2009 e DJe de 11.2.2010), o que permite vislumbrar-se, num futuro próximo, seu pleno enfrentamento quando do julgamento de mérito desses processos pelo Plenário desta Casa.

4. Ante todo o exposto, por não ter sido satisfeito requisito indispensável para sua regular tramitação – seja pela total inadequação do uso de súmula de jurisprudência materialmente circunscrita a tema diverso daquele tratado na proposta, seja pela inexistência de reiteradas decisões que tenham dirimido definitivamente todos aspectos de tão controvertida questão constitucional –, manifesta-se esta Comissão de Jurisprudência pela **inadequação formal** da presente proposta externa de edição de súmula vinculante e, por conseguinte, pelo seu imediato **arquivamento**.

2. Assiste razão à Comissão de Jurisprudência. É que, como bem salientou a Comissão, não há jurisprudência assentada na Corte sobre o objeto da proposta, que, como se vê, ultrapassa os limites da controvérsia estabelecida no enunciado da **Súmula nº 650**, o que implicaria fixação de entendimento vinculante a delicada matéria constitucional ainda em processo de definição.

3. Ante o exposto, acolho o parecer da Comissão de Jurisprudência e determino o arquivamento desta proposta de

súmula vinculante.”

Logo, é evidente que a própria Corte não admitiu que as condicionantes da Pet nº 3.388 pudessem ser conformadas pelo ordenamento como representativas de um precedente, a vincular de modo obrigatório as instâncias jurisdicionais inferiores, bem como espriar seus efeitos de forma automática à Administração Pública na análise dos processos demarcatórios.

De outra parte, ainda que se compreendesse que o acórdão relativo ao caso *Raposa Serra do Sol* representasse, efetivamente, a força vinculante de um precedente, sobejariam razões para que a Corte reavaliasse a presença dos requisitos para a superação de algumas de suas razões.

Eis o entendimento doutrinário:

“Do ponto de vista material, a superação do precedente está autorizada quando só princípios da segurança, da liberdade e da igualdade (arts. 926 e 927, §4º, do CPC) – que dão sustentação à regra do *stare decisis* – deixam de autorizar a replicabilidade do precedente, além da sua solução ter perdido sua coerência, enfraquecendo a unidade da ordem jurídica, e a sua congruência social (art. 927, §2º, do CPC). Do ponto de vista processual, a demonstração da perda de sustentação do precedente, de sua coerência e de sua congruência social demandam contraditório e fundamentação adequada e específica (art. 927, §§ 1º e 4º, do CPC).

(...)

O desgaste da unidade da ordem jurídica por força de determinado precedente pode ser verificado a partir da crítica da comunidade jurídica, notadamente a partir de trabalhos doutrinários e da própria crítica judicial ao precedente – exposta em decisões que, apesar de aplicarem o precedente, criticam-no como contendo uma solução inadequada para o caso. Além disso, órgãos ou entidades podem ter por objeto a aferição da coerência do precedente (art. 927, §2º, do CPC). Vale dizer: a contribuição para a rediscussão da tese abarca a

capacidade de contribuição para a aferição da coerência do precedente.”

(MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 283-284)

Efetivamente, é o caso de revisão das razões que levaram à prolação da Pet nº 3.388, em especial de suas condicionantes e da chamada “teoria do marco temporal”.

Primeiramente, ressalte-se que o próprio reconhecimento, à unanimidade, da necessidade de formação de precedente vinculante em relação ao tema das relações possessórias nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, sem a reafirmação de jurisprudência, já indicavam, de modo inequívoco, que este Tribunal propunha-se a revisitar a matéria.

Isso porque, de um lado, apesar da declarada intenção de pacificação dos graves confrontos fundiários que se buscou com a propalada abstrativização das razões determinantes do acórdão – em demanda que consistia em ação popular contra demarcação específica de terra indígena – é notória a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas, a demandar a demarcação de terras ou o respeito às terras já demarcadas, e os não-índios, que detenham ou pleiteiem a titularidade dessas áreas, motivo pelo qual mostrou-se oportuno o reconhecimento da repercussão geral da questão, a fim de que a totalidade dos direitos assegurados pela Constituição possam ser apreendidos na dimensão hermenêutica dedutível do artigo 231 do texto constitucional.

De outro lado, vê-se reclamação persistente no sentido de que as dezenove condicionantes não foram previamente e exaustivamente debatidas no julgamento da Pet nº 3.388. Agora, passados mais de doze anos da prolação do acórdão de mérito, a temática já restou suficientemente debatida pela doutrina, pela jurisprudência e já é possível avaliar os efeitos das conclusões ali contidas nas demarcações

administrativas de terras indígenas e em seus efeitos nos processos judiciais.

Assim, revelou-se de importância ímpar a participação e colaboração dos mais de quarenta *amici curiae* admitidos no presente feito, a representar todos os segmentos envolvidos na questão. Comunidades indígenas e suas associações, sindicatos e confederações representantes do agronegócio, organizações não-governamentais de direitos humanos, academia, entes estaduais e municipais, Conselhos, todos trouxeram enorme contribuição para a configuração da questão indígena no Brasil na atualidade, em diálogo fundamental para possibilitar uma decisão colegiada que enfrente adequadamente o problema interpretativo colocado a debate.

Dito isso, é preciso que se reconheça que a decisão tomada na Pet nº 3.388, longe de obter a pacificação propugnada, acarretou como consequência verdadeira paralisação das demarcações de terras indígenas no País, diante da assunção pela Administração das condicionantes ali descritas no Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, com acirramento dos conflitos e piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil. Longe de um consequencialismo no enfrentamento da matéria, é necessário que se lance novamente um olhar a essas questões, uma vez que a correta hermenêutica do dispositivo constitucional ora em exame representará verdadeira condição de existência e sobrevivência das mais de 300 distintas etnias indígenas de nosso País.

Das ações judiciais questionando procedimentos e estudos demarcatórios

A demanda que gerou a interposição do presente recurso extraordinário, com o consequente reconhecimento da repercussão geral da matéria, refere-se a um pedido de reintegração de posse ajuizado por Fundação Estadual do Meio Ambiente em face de índios da etnia Xokleng, de Santa Catarina, em área que teve sua ocupação tradicional

reconhecida administrativamente, mas que diante da ausência de finalização do procedimento demarcatório, ainda está sob a propriedade do órgão integrante da Administração Pública Estadual.

Trata-se, assim, de típica demanda possessória, na qual a parte demandante intenta provar, em rito abreviado, o esbulho ou turbação em sua posse, que entende ser legítima, diante do apossamento da área por terceiros, cuja posse seria ilegítima e não reconhecida como válida pelo ordenamento jurídico.

Quando se trata de questionar a posse indígena por particulares ou mesmo entes estaduais que aleguem deter a propriedade da área, as ações possessórias e anulatórias de demarcação configuram-se nas demandas que, por essência, vicejam nos Tribunais pátrios.

Para bem equacionar a questão, faz-se necessário expandir a moldura jurídica colocada pela demanda concreta – saber se há ou não direito à reintegração de posse – para desvelar o sentido das normas expostas pelo artigo 231 e seus sete parágrafos, que se traduzem no coração dos direitos possessórios dos índios e suas comunidades.

Como bem assenta o entendimento doutrinário:

“De outro lado, uma corte que visa à interpretação não é uma corte reativa, mas uma corte *proativa*. A sua atuação está destinada a *orientar a adequada interpretação e aplicação do direito* por parte de *toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário*. A interpretação desempenhada pela corte tem no horizonte o futuro: ela atua de maneira proativa com o fim de *guiar a interpretação do direito*, outorgando-lhe *unidade* (arts. 926 e 927 do CPC).

(...)

Estando a sua função vinculada à *interpretação do direito*, capaz de servir de orientação para sua interpretação e aplicação futuras, esse acaba se convertendo no próprio *fim que move e legitima a atuação da corte*. (...) **Daí que a decisão recorrida constitui apenas um meio preordenado para viabilização da consecução da finalidade colimada à corte: outorgar adequada interpretação ao direito a fim de guiar a sua efetiva realização.**

Dentro dessa perspectiva, a corte é uma corte de interpretação do direito, não uma corte de controle de decisões judiciais.

(...)

Daí que interpretar adequadamente o direito *não é um evento acidental* na vida da corte. Pelo contrário: *interpretar adequadamente o direito é a razão pela qual a corte existe*, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do direito. Nesse modelo, a interpretação judicial da corte não é subserviente ao controle da legalidade da decisão recorrida. Sendo a função da corte de interpretação a outorga de unidade ao Direito, a sua adequada interpretação é ponto de chegada, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia o caso concreto apenas seu ponto de partida. É por essa razão que a corte de interpretação é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do direito e meio para obtenção da sua unidade (arts. 926 e 927 do CPC)."

(MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 54-56)

Dessa forma, é fato que referidas ações judiciais, somadas àquelas que pugnam pelo cumprimento por parte da União e da FUNAI de seu mister constitucional e legal, expõem a incúria por parte dos órgãos públicos em respeitar o disposto no artigo 231 do texto constitucional, no prazo conferido pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

"Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição."

Se, por um lado, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a inobservância desse prazo não gera prejuízo ao direito constitucionais

dos índios à demarcação de suas terras, por não se tratar de prazo decadencial, mas programático (MS 24566, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2004, DJ 28-05-2004 PP-00056 EMENT VOL-02153-04 PP-00683), de outra parte, o transcurso de quase 33 anos desde a promulgação da Constituição da República, com a progressiva redução orçamentária e mitigação do vigor administrativo de gestão imposto à autarquia destinada a efetivar as demarcações, revela que os indígenas no Brasil permanecem, a par de cessado o regime tutelar anteriormente vigente, dependendo das providências administrativas para ver concretizado seu direito à terra.

Logo, descumprindo-se a Constituição, não são feitos os estudos antropológicos, não se demarca e se os servidores não possuem condições de levar a término todos os procedimentos demarcatórios em trâmite perante a FUNAI, a toda evidência essas demandas judiciais permanecerão a ocorrer, com a judicialização de todas as fases do complexo processo de demarcação dessas terras.

Portanto, em sede de repercussão geral configurada, é tarefa desta Corte desvelar as possibilidades hermenêuticas contidas no artigo 231 da Carta Magna, a guiar a interpretação constitucional e projetar seus efeitos de modo mais eficiente nos trâmites para o deslinde dos processos de demarcação, judicializados ou não, bem como de todos os incidentes processuais gerados em razão da efetivação ou não das demarcações.

Os direitos indígenas como direitos fundamentais

De início, cumpre afirmar que os direitos das comunidades indígenas consistem em direitos fundamentais, que garantem a manutenção das condições de existência e vida digna aos índios. Ao reconhecer *“sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”*, o artigo 231 tutela aos indígenas brasileiros direitos individuais e coletivos a ser garantidos pelos Poderes Públicos por meio de políticas que preservem a

identidade de grupo e seu modo de vida, cultura e tradições.

No entendimento doutrinário:

“Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdiccional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’.”

(CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378)

De plano, essa qualificação dos direitos territoriais indígenas como direitos fundamentais acarreta quatro consequências relevantes para o julgamento do presente feito.

Em primeiro lugar, incide sobre o disposto no artigo 231 do texto constitucional a previsão do artigo 60, §4º da Carta Magna, consistindo, pois, **cláusula pétrea à atuação do constituinte reformador**, que resta impedido de promover modificações tendentes a abolir ou dificultar o exercício dos direitos individuais e coletivos emanados do comando constitucional do artigo citado:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:**

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Em segundo lugar, os direitos emanados do artigo 231 da CF/88, enquanto direitos fundamentais, estão **imunes às decisões das maiorias legislativas eventuais com potencial de coartar o exercício desses direitos**, uma vez consistirem em compromissos firmados pelo constituinte originário, além de terem sido assumidos pelo Estado Brasileiro perante diversas instâncias internacionais (como, por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das nações Unidas sobre os Povos Indígenas). Portanto, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública, consistindo em dever estrutural a ser desempenhado pelo Estado, e não meramente conjuntural.

Em terceiro lugar, por se tratar de direito fundamental, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

“E M E N T A: DEFENSORIA PÚBLICA – DIREITO DAS PESSOAS NECESSITADAS AO ATENDIMENTO INTEGRAL, NA COMARCA EM QUE RESIDEM, PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PRERROGATIVA FUNDAMENTAL COMPROMETIDA POR RAZÕES ADMINISTRATIVAS QUE IMPÕEM, ÀS PESSOAS CARENTES, NO CASO, A NECESSIDADE DE CUSTOSO DESLOCAMENTO PARA COMARCA PRÓXIMA ONDE A DEFENSORIA PÚBLICA SE ACHA MAIS BEM ESTRUTURADA – ÔNUS FINANCEIRO, RESULTANTE DESSE DESLOCAMENTO, QUE NÃO PODE, NEM DEVE, SER SUPORTADO PELA POPULAÇÃO DESASSISTIDA – IMPRESCINDIBILIDADE DE O ESTADO PROVER A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL COM MELHOR ESTRUTURA ADMINISTRATIVA – MEDIDA QUE SE IMPÕE PARA CONFERIR EFETIVIDADE À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL INSCRITA NO ART. 5º, INCISO LXXIV,

DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DE MAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – **CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO)** – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

(RE 763667 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 12-12-2013 PUBLIC 13-12-2013)

Finalmente, em consonância com o entendimento acima manifestado, entendo que, por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à aplicação do artigo 231 deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, pois se nos termos do artigo 5º, §2º do texto constitucional, *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*, faz-se necessário manter coerência com uma hermenêutica que cumpra os objetivos da Constituição.

Natureza jurídica da demarcação

Repisando o *caput* do artigo 231 do texto constitucional, *“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”*.

Portanto, e em se considerando que, nos termos do artigo 20, XI da Constituição, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são de domínio da União, trata-se de procedimento administrativo da União, a identificar essas terras e demarcá-las no interesse das comunidades indígenas que ocupam de modo tradicional essas áreas.

Nesse sentido dispôs a Pet n 3.388:

“8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República

venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. **As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.**

A demarcação administrativa é prevista pelo Estatuto do Índio, que em seu artigo 19 assim dispõe:

“Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória.”

O longo e complexo procedimento para demarcar uma terra indígena é regulamentado, por sua vez, pelo Decreto nº 1.775/1996:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação

baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial

descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

§ 9º Nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

Art. 3º Os trabalhos de identificação e delimitação de terras indígenas realizados anteriormente poderão ser considerados pelo órgão federal de assistência ao índio para efeito de demarcação, desde que compatíveis com os princípios estabelecidos neste Decreto.

Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade

ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente.

Art. 5º A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto.

Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Art. 7º O órgão federal de assistência ao índio poderá, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios.

Art. 8º O Ministro de Estado da Justiça expedirá as instruções necessárias à execução do disposto neste Decreto.

No entanto, como se depreende do próprio texto constitucional, os direitos territoriais originários dos índios são reconhecidos, portanto, preexistem à promulgação da Constituição.

Logo, e como bem explicita o Estatuto do Índio, em disposição consonante com o texto constitucional, a demarcação não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver indígena:

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

Como bem ressalta a doutrina:

“O procedimento demarcatório tem natureza meramente declaratória, pois o que se busca com ele é apenas a delimitação da área já pertencente e aos povos indígenas, em razão dos direitos que decorrem da ocupação tradicional. O reconhecimento da propriedade, em caráter originário, é de viés constitucional, conforme estabelecido no muitas vezes citado art. 231 da Constituição.”

(VITORELLI, Edilson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 177-178)

Logo, a posse permanente das terras de ocupação tradicional indígena independe da conclusão ou mesmo da realização da demarcação administrativa dessas terras, é direito originário das comunidades indígenas, sendo apenas reconhecimento, mas não constituído pelo ordenamento jurídico.

A natureza jurídica do procedimento demarcatório é meramente declaratória, consiste na exteriorização da propriedade da União, vinculada e afetada à específica função de servir de *habitat* para a etnia que a ocupe tradicionalmente. É atividade do Poder Executivo, desempenhada por diversos órgãos, conforme o procedimento acima demonstrado, mas que não cria terra indígena, apenas reconhece aquelas que já são, por direito originário, de posse daquela comunidade.

No julgamento da Pet nº 3.388, esse entendimento pacificado da Corte já havia sido exposto:

“12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de

maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF)."

Este Tribunal, no julgamento da ACO 312, reconheceu expressamente a natureza meramente declaratória do procedimento demarcatório, ao reconhecer a tradicionalidade da ocupação indígena dos Pataxó Hã-hã-hãe, mesmo sem a finalização da demarcação administrativa da Terra Indígena Caramuru-Catarina-Paraguassu, com o reconhecimento da nulidade dos títulos de domínio incidentes na área reconhecidas como de posse permanente da Comunidade Indígena:

“Ementa: 1) AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO SUL DA BAHIA EM RESERVA INDÍGENA. 2) CONFLITO GRAVE ENVOLVENDO COMUNIDADES SITUADAS NA RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMARUMU-CATARINA-PARAGUAÇU. AÇÃO JUDICIAL DISTRIBUÍDA EM 1982 IMPONDO A OBSERVÂNCIA DO REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA CARTA DE 1967 PARA DISCIPLINAR A RELAÇÃO MATERIAL SUB JUDICE. 3) PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE REIVINDICADA. PRELIMINAR REJEITADA À LUZ DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE EM ÁREA INDÍGENA MERCÊ DA EXISTÊNCIA DE FARTA DOCUMENTAÇÃO FORNECIDA PELA FUNAI QUE VIABILIZOU A REALIZAÇÃO DOS TRABALHOS PERICIAIS. 4) **DEMARCAÇÃO DA ÁREA SUB JUDICE OCORRIDA EM 1938 DESACOMPANHADA DE HOMOLOGAÇÃO. INCERTEZA ORIUNDA DA AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS**

INDÍGENAS RELEGANDO A COMUNIDADE A UMA SITUAÇÃO FRÁGIL E A UM AMBIENTE DE VIOLÊNCIA E MEDO NA REGIÃO. 5) A HOMOLOGAÇÃO AUSENTE, DA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA REALIZADA EM 1938, NÃO INIBE O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE RESERVA INDÍGENA NO LOCAL, ORIGINANDO A IMPOSSIBILIDADE DE SE TER POR VÁLIDOS ATOS JURÍDICOS FORMADOS POR PARTICULARES COM O ESTADO DA BAHIA. 6) AUSÊNCIA DE DÚVIDAS QUANTO À PRESENÇA DE ÍNDIOS NA ÁREA EM LITÍGIO DESDE O PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA CARTA DE 1967 EM FACE DOS REGISTROS HISTÓRICOS QUE REMONTAM A MEADOS DO SÉCULO XVII. 7) O RECONHECIMENTO DO DIREITO À POSSE PERMANENTE DOS SILVÍCOLAS INDEPENDE DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO NA MEDIDA EM QUE A TUTELA DOS ÍNDIOS DECORRE, DESDE SEMPRE, DIRETAMENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. 8) A BAIXA DEMOGRAFIA INDÍGENA NA REGIÃO EM CONFLITO EM DETERMINADOS MOMENTOS HISTÓRICOS, PRINCIPALMENTE QUANDO DECORRENTE DE ESBULHOS PERPETRADOS POR FORASTEIROS, NÃO CONSUBSTANCIA ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO CARÁTER PERMANENTE DA POSSE DOS SILVÍCOLAS. A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS DE SUAS TERRAS POR ATOS DE VIOLÊNCIA NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR-LHES O RECONHECIMENTO DA TRADICIONALIDADE DE SUA POSSE. IN CASU, VISLUMBRA-SE A PERSISTÊNCIA NECESSÁRIA DA COMUNIDADE INDÍGENA PARA CONFIGURAR A CONTINUIDADE SUFICIENTE DA POSSE TIDA POR ESBULHADA. A POSSE OBTIDA POR MEIO VIOLENTO OU CLANDESTINO NÃO PODE OPOR-SE À POSSE JUSTA E CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADA. 9) NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DE RESERVA

INDÍGENA DENOMINADA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU, CONFORME DEMARCAÇÃO DE 1938. AQUISIÇÃO A NON DOMINO QUE ACARRETA A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE NA REFERIDA ÁREA INDÍGENA, PORQUANTO OS BENS TRANSFERIDOS SÃO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO

(SÚMULA 480 DO STF: Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos artigos 4, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas). 10) A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO ERIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPÕE QUE AS AÇÕES JUDICIAIS PENDENTES EM QUE SE DISCUTE O DOMÍNIO E/OU A POSSE DE IMÓVEIS SITUADOS NA ÁREA RECONHECIDA NESTE PROCESSO COMO RESERVA INDÍGENA SEJAM EXTINTAS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO NOS TERMOS DO ART. 267, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 11) O RESPEITO ÀS COMUNIDADES ÍNDIGENAS E À SUA CULTURA IMPLICA RESTE PRESERVADA A POSSIBILIDADE DE SUPERVENIENTE INCLUSÃO, PELA UNIÃO, ATRAVÉS DE DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA OU MESMO JUDICIAL, DE NOVAS ÁREAS NA RESERVA INDÍGENA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU ALÉM DA JÁ RECONHECIDA NESTES AUTOS. 12) DEVERAS, A EVENTUAL AMPLIAÇÃO DA ÁREA ANALISADA NESTES AUTOS EM RAZÃO DE DEMARCAÇÃO SUPERVENIENTE A ESTE JULGAMENTO DEMANDARÁ COMPROVAÇÃO DE QUE O ESPAÇO GEOGRÁFICO OBJETO DE EVENTUAL AMPLIAÇÃO CONSTITUÍA TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 13) AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS QUANTO AOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE E REGISTROS IMOBILIÁRIOS REFERENTES AOS IMÓVEIS ABRANGIDOS PELO ESPAÇO GEOGRÁFICO DEMARCADO EM 1938 E COMPROVADO NESTES AUTOS, TOTALIZANDO APROXIMADAMENTE 54

MIL HECTARES. SOB ESSE ÂNGULO, A AÇÃO FOI JULGADA PROCEDENTE PARA RECONHECER A CONDIÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE TERRA INDÍGENA SOBRE A TOTALIDADE DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 E TOTALIZANDO CERCA DE 54 MIL HECTARES CORRESPONDENTES À RESERVA CARAMARU-CATARINA-PARAGUAÇU, E DECLARAR A NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS NA ÁREA DA RESERVA. 14) AS RECONVENÇÕES RELATIVAS ÀS TERRAS SITUADAS NO INTERIOR DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 IMPROCEDEM. CONDENAÇÃO DESSES RÉUS RECONVINTES, CUJOS TÍTULOS FORAM ANULADOS, A PAGAREM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA E COMPENSADOS OS HONORÁRIOS DOS OUTROS RECONVINTES QUE DECAÍRAM DA RECONVENÇÃO.

(ACO 312, Relator(a): EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2012, DJe-054 DIVULG 20-03-2013 PUBLIC 21-03-2013 EMENT VOL-02683-01 PP-00001)

A homologação final do procedimento, realizada pelo Presidente da República nos termos do artigo 5º do Decreto nº 1.775/1996, presta-se a atestar o devido cumprimento ao disposto no artigo 231 e à legislação de regência. Por se tratar de procedimento administrativo que reconhece o exercício de um direito fundamental, não é possível que razões de conveniência e oportunidade sejam alegados para deixar de se reconhecer a tradicionalidade da ocupação indígena; logo, apenas o descumprimento do disposto na norma constitucional pode levar à recusa em homologar a demarcação proposta pela FUNAI e reconhecida como legítima pelo Ministro da Justiça, desde que de forma fundamentada.

Em relação aos efeitos da homologação, assim se pronunciou esta Corte:

“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - AÇÃO POSSESSÓRIA PROMOVIDA POR PARTICULARES CONTRA SILVÍCOLAS DE ALDEIA INDÍGENA E CONTRA A FUNAI - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - NULIDADE DOS ATOS DECISÓRIOS - ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL - RE CONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO POSSESSÓRIA - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DESLOCAMENTO NECESSÁRIO DA CAUSA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. - O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242), gera a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais o poder para aferir a legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419). A legitimidade do interesse manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ 101/881), pois, para esse específico fim, é que ela foi instituída (RTJ 78/398): para dizer se, na causa, há ou não há interesse jurídico da União. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) - NATUREZA JURÍDICA. - A Fundação Nacional do Índio - FUNAI constitui pessoa jurídica de direito público interno. Trata-se de fundação de direito público que se qualifica como entidade governamental dotada de capacidade administrativa, integrante da Administração Pública descentralizada da União, subsumindo-se, no plano de sua organização institucional, ao conceito de típica autarquia fundacional, como tem sido reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive para o efeito de reconhecer, nas causas em que essa instituição intervém ou atua, a caracterização da competência jurisdicional da Justiça Federal

(RTJ 126/103 - RTJ 127/426 - RTJ 134/88 - RTJ 136/92 - RTJ 139/131). Tratando-se de entidade autárquica instituída pela União Federal, torna-se evidente que, nas causas contra ela instauradas, incide, de maneira plena, a regra constitucional de competência da Justiça Federal inscrita no art. 109, I, da Carta Política. DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A Constituição promulgada em 1988 introduziu nova regra de competência, ampliando a esfera de atribuições jurisdicionais da Justiça Federal, que se acha, agora, investida de poder para também apreciar "a disputa sobre direitos indígenas" (CF, art. 109, XI). Essa regra de competência jurisdicional - que traduz expressiva inovação da Carta Política de 1988 - impõe o deslocamento, para o âmbito de cognição da Justiça Federal, de todas as controvérsias, que, versando a questão dos direitos indígenas, venham a ser suscitadas em função de situações específicas. - A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), 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. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva. A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos

constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. A disputa pela posse permanente e pela riqueza das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constitui o núcleo fundamental da questão indígena no Brasil. A competência jurisdicional para dirimir controvérsias pertinentes aos direitos indígenas pertence à Justiça Federal comum.

(RE 183188, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 14-02-1997 PP-01988 EMENT VOL-01857-02 PP-00272)

Portanto, muito embora a homologação do procedimento tenha como finalidade a exteriorização da posse indígena, com o conseqüente registro da área na Secretaria de Patrimônio da União, repita-se que o procedimento demarcatório não constitui terra indígena em nenhuma de suas fases, mas apenas reconhece a existência da posse tradicional preexistente:

“A Constituição ordenou à União que demarque as terras indígenas com a finalidade de proteger e respeitar os bens de cada povo. Está claro que o direito sobre as terras independe desta demarcação, que é mero ato administrativo de natureza declaratória. A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Desta forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, porque se a ocupação se faz segundo os usos, costumes e tradições, há que se conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza, e as necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo.

Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites deste comando constitucional. O procedimento

demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundos os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto, o critério é interno ao povo. (...)"

(SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2256)

Constatado o fato de que não é da demarcação que advém o direito à posse permanente das terras de ocupação tradicional, cumpre agora perquirir, efetivamente, o que é a posse indígena do *habitat* de uma comunidade, nos termos do artigo 231 do texto constitucional.

A posse indígena

De início, cumpre afirmar que já restou assentado por esta Corte que a posse indígena difere-se frontalmente da posse civil, não sendo portanto regulada pela legislação privatística vigente, mas sim pelas previsões constitucionais configuradoras do direito territorial indígena.

É como delineou a questão o acórdão prolatado na Pet nº 3.388:

"11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no

imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA."

Efetivamente, a posse civil pode ser conceituada como "*sempre um poder de fato, que corresponde ao exercício de uma das faculdades inerentes ao domínio*" (GOMES, Orlando. Direitos reais. 19.ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 51), tal como definido no artigo 1.196 do Código Civil, *in verbis*:

"Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade".

Pode ser, portanto, compreendida a posse privada como uma projeção do próprio direito de propriedade, em especial porque usualmente o possuidor é também o portador do título de domínio do bem. É um direito patrimonial particular em regra transmissível que recai sobre uma coisa ou um bem, como assim operam os direitos reais, e tem finalidade eminentemente econômica, na dinâmica de circulação do mercado como objeto de venda, doação, permuta, 'et coetera', devidamente funcionalizado como um reflexo do exercício dos poderes

proprietários, conforme hermenêutica do artigo 5º, inciso XXIII da Constituição da República.

No caso das terras indígenas, a função econômica da terra se liga à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, mas não funciona como mercadoria para essas comunidades.

A manutenção do *habitat* indígena não se resume ao conjunto de ocas, mas sim, como dispõe o artigo 231 da Constituição da República, valendo a pena rememorar a exata dicção constitucional:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após

deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.”

A posse indígena, portanto, não se iguala à posse civil; ela deságua na própria formação da identidade das comunidade dos índios, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra. Como descreve Edílson Vitorelli:

“A posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial.”

(VITORELLI, Edílson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 189)

O conceito constitucional de posse indígena é ainda reforçado pelo contido na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em 27 de junho de 1989, aprovada internamente pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, sendo promulgada em 19 de abril de 2004:

“Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do **habitat** das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.”

A terra para os indígenas não tem valor comercial, como no sentido privado de posse. Trata-se de uma relação de identidade, espiritualidade e de existência, sendo possível afirmar que não há comunidade indígena sem terra, num ponto de vista étnico e cultural, inerente ao próprio reconhecimento dessas comunidades como povos tradicionais e específicos em relação à sociedade envolvente.

Cada povo indígena possui uma relação com o território que ocupam, e o disposto no artigo 231 do texto constitucional abarca, em meu sentir, toda essa pluralidade de relações de um povo indígena com sua terra, com a natureza de onde retira seu alimento, onde realiza a sua arte, e onde, enfim, todos os aspectos culturais e sagrados da comunidade se desenvolvem.

Nas palavras de Ailton Krenak:

“Estar com aquela turma me fez refletir sobre o mito da sustentabilidade, inventado pelas corporações para justificar o assalto que fazem à nossa ideia de natureza. Fomos, durante muito tempo, embalados com a história de que somos humanidade. Enquanto isso – enquanto seu lobo não vem –, fomos nos alienando desse organismo de que somos parte, a Terra, e passamos a pensar que ele é uma coisa e nós, outra: a

Terra e a humanidade. Eu não percebo onde tem alguma coisa que não seja natureza. Tudo é natureza. O cosmos é natureza. Tudo em que eu consigo pensar é natureza.

(...)

Tem uma montanha rochosa na região onde o rio Doce foi atingido pela lama da mineração. A aldeia Krenak fica na margem esquerda do rio, na direita tem uma serra. Aprendi que aquela serra tem nome, Takukrak, e personalidade. De manhã, cedo, de lá do terreiro da aldeia, as pessoas olham pra ela e sabem se o dia vai ser bom ou se é melhor ficar quieto. Quando ela está com uma cara do tipo 'não estou para conversa hoje', as pessoas já ficam atentas. Quando ela amanhece esplêndida, bonita, com nuvens claras sobrevoando a sua cabeça, toda enfeitada, o pessoal fala: 'Pode fazer festa, dançar, pescar, pode fazer o que quiser'."

(KRENAK, Ailton. Ideias para adiar o fim do mundo. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020, p. 16-18.)

Portanto, não é o conceito de posse civil que deve guiar a delimitação da extensão de terras necessárias à ocupação tradicional dos índios, mas sim a investigação da posse indígena, com todos os seus atributos.

Direitos originários sobre as terras que ocupam

A fim de melhor compreender os requisitos da configuração da posse indígena tutelada pelo ordenamento constitucional, rememoro que o caput do artigo 231 reconhece aos índios "*os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*".

Explicitando o conceito de ocupação tradicional, o §1º do referido artigo dispõe que "*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”.

Em definição já clássica, José Afonso da Silva assim define as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

“A base do conceito acha-se no art. 231, §1º, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: (a) serem por eles habitadas em caráter permanente; (b) serem por eles utilizadas para suas atividades produtivas; (c) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; (d) serem necessários à sua reprodução física cultural – tudo segundo seus usos, costumes e tradições. De sorte que não se vai tentar definir o que é *habitação permanente*, o que é *modo de utilização*, *atividade produtiva*, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto; mas segundo o modo de ser deles, índios, da cultura deles.

‘Terras tradicionalmente ocupadas’ não se revela, aí, uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1.4.1680, que reconhecia aos índios as terras onde estavam e as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão ‘ocupadas tradicionalmente’ não significa ocupação imemorial. **Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas, que já se perderam na memória, e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de posse ou prescrição imemorial, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de usucapião imemorial, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas – porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas.**

Nem ‘tradicionalmente’ nem ‘posse permanente’ são empregados em função de *usucapião imemorial* em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre

títulos anteriores. Primeiro porque não já títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição da propriedade, e esta não se imputa aos índios, mas à União, a outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o *indigenato* (infra).

O 'tradicionalmente' refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção – enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelos quais se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.”

(SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 889-890)

No julgamento da Pet nº 3.388, como já se referiu, o conceito do marco temporal da ocupação foi exposto pela Corte, que entendeu naquele jugado ser necessária a demonstração de que a comunidade indígena ocupada a terra na data da promulgação da Constituição a fim de que os direitos possessórios sobre a área fossem reconhecidos:

“11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.”

Do voto do i. Relator, Min. Ayres Britto, extrai-se o seguinte trecho:

“I - o marco temporal da ocupação. Aqui, 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. 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);"

Muito embora a tese de que o fator primordial para a constatação da tutela do artigo 231 da Constituição seria a presença física da comunidade indígena na área objeto da demarcação em 5 de outubro de 1988 já tivesse sido aventada pela Corte em momentos anteriores, foi a primeira vez que

esse debate veio à lume em feito com pretensão universalizante, e que, a despeito de ter sido considerada pelo próprio Tribunal como sendo *decisum* sem a atribuição de eficácia vinculante, vem sendo aplicada nas várias instâncias do Poder Judiciário.

Como se depreende do trecho acima citado, a intenção de pacificação social foi o intuito da Corte ao afirmar a não recepção da chamada “teoria do indigenato” e sua substituição pela “teoria do fato indígena”, entendida como útil a encerrar os graves conflitos fundiários entre índios e não-índios pelo País. Fulcrou-se tal entendimento, ainda, no tempo verbal utilizado pelo texto do *caput* do artigo 231, “ocupam”, a indicar, segundo o voto do i. Relator da Pet 3.388, que estariam sob a proteção do dispositivo as terras ocupadas no presente pelos indígenas, mas não aquelas ocupadas no passado e aquelas a ser ocupadas no futuro.

Nada obstante, creio ser necessário colocar a questão em perspectiva distinta, pois, com a devida vênia às compreensões diversas, entendo não ser a mais consentânea com uma hermenêutica aplicada a direito fundamental dos povos indígenas, além do risco de ineficácia da previsão constitucional, reduzindo as possibilidades de efetivação do direito à posse dos índios, o que não se coaduna com a ordenação constitucional pós redemocratização.

De fato, desde o Brasil colônia, é possível afirmar a existência de atos normativos a reconhecer os direitos territoriais dos índios às terras, mesmo que sem a expedição de qualquer título possessório, uma vez tratar-se de direito congênito, como primeiros ocupantes, daquelas áreas.

Como escreve Manuela Carneiro da Cunha:

“Nas leis portuguesas para o Brasil, a soberania indígena e o direito dos índios aos territórios que ocupam é frequentemente reconhecida: trata-se, como se sabe, de um reconhecimento de jure que mil estratégias tentam contornar na prática; mas um tal reconhecimento legal mostra pelo menos a consciência e a má consciência da Coroa acerca dos direitos indígenas.

Assim, as cartas régias de julho de 1609 e de 10 de setembro de 1611, promulgadas por Filipe III, afirmam o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes são alocadas nos aldeamentos:

‘os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitâneas e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer (...).’”

(CUNHA, Manuela Carneiro da. *Terra Indígena: história da doutrina e da legislação*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 285)

Como acima já mencionei, o Alvará Régio de 1680 também reconhecia, de forma mais clara, a posse e o domínio sobre as terras que os *gentios* ocupavam:

“[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.”

Nem mesmo a Lei de Terras, de nº 601/1850, que destinava-se a

estabelecer requisitos para a legitimação da posse privada de terras públicas no Brasil, infirmou a posse congênita indígena sobre as terras que ocupavam. Para tanto, referido diploma inaugurou o conceito de terras devolutas, definidas em seu artigo 3º como:

“Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.”

Por sua vez, o artigo 12 da referida lei determinava a reserva de terras daquelas consideradas devolutas – ou seja, disponíveis para apropriação particular – as terras destinadas à colonização dos índios:

“Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessarias: 1º, para a colonisação dos indigenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval.”

Mais adiante, a Constituição de 1891, ao ensejo da inauguração da República Brasileira e da organização do sistema federativo, conferiu aos Estados as terras devolutas localizadas em seus territórios, nos seguintes termos:

“Art. 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.”

Desses diplomas legislativos, depreende-se que o direito dos indígenas à posse e uso das terras que ocupavam não só não restou infirmado pela Lei de terras acima citada, como veio também assegurado pelo disposto do artigo 24, § 1º do Decreto nº 1318/1854, que regulamentou referida lei, pois entende que a posse é legitimada ao primeiro ocupante, e já se reconhecia o direito originário dos indígenas às terras em sua posse.

Tratava-se, nas palavras de João Mendes Jr., do reconhecimento do *indigenato*, ou seja, de que os índios eram os ocupantes primeiros das terras, e sua posse não estava sujeita à legitimação pelo ordenamento jurídico, pois não se tratava de aquisição de um direito, mas apenas da declaração de sua existência:

*“Não quero chegar até o ponto de afirmar, como P.J. Proudhon, nos *Essais d’une philos. populaire*, que – ‘o *indigenato* é a *unica* verdadeira fonte jurídica da posse territorial’; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que **o *indigenato* é um título congenito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. Comquanto o *indigenato* não seja o *unica* verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phrase do Alv. de 1º de Abril de 1680, ‘a primaria, naturalmente e virtualmente reservada’, ou, na phrase de Aristoteles (Polit., I, n. 8), - ‘um estado em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento’. Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem.**”*

(MENDES JUNIOR, João. Os indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos. São Paulo: Hennies Irmãos, 1912, p. 58.)

Como já se afirmou, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros:

Constituição 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 de 1937:

Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

Constituição de 1946:

Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

Constituição 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.

Emenda nº 1/1969:

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 tôdas as utilidades 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.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

Logo, a proteção constitucional à posse indígena se verifica desde a Carta de 1934, e tem relevo diversas formas e espécies de reconhecimento legislativo da ocupação indígena, desde a época da Colônia.

Tomada a questão pelo aspecto normativo, e considerando que as terras de ocupação indígena, ao menos diante da perspectiva legal, eram protegidas pelo ordenamento jurídico e em especial pelas Constituições desde a de 1934, não se justifica normativamente a “teoria do fato indígena”, uma vez que não depreendo da Constituição nenhuma fratura em relação à tutela dos direitos territoriais indígenas, porquanto a simples apropriação dessas terras por parte de particulares, incentivada ou não pelos entes públicos, jamais foi permitida pelos textos constitucionais.

Analisada a trajetória constitucional da tutela da posse indígena, compreendo que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um *continuum*, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham os índios novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 05 de outubro de 1988.

Nessa perspectiva de continuidade, na qual jamais se constitucionalizou a posse dessas terras por parte de terceiros não-índios, não se pode juridicamente inferir do texto atualmente vigente a ilação de que se teriam por legitimados os atos de retirada dos indígenas das terras de posse tradicional.

É certo que, a despeito da proteção constitucional e legislativa, os índios foram, efetivamente, desapossados de grande parte de seu

território tradicional, num primeiro momento, para utilização como mão-de-obra, depois para tomada das áreas para ampliação do território nacional habitado e utilização no agronegócio.

Para analisar somente o período republicano, e são por demais conhecidas as atrocidades causadas aos índios desde 1500, práticas como a atração indígena para liberação das terras ocupadas, como a que ocorreu com a etnia *Xokleng* (litisconsorte passiva no presente feito), por meios violentos e obscuros, a chamada “Marcha para o Oeste” que incentivou a abertura de terras para ocupação do interior do País, tornando à força terras indígenas, e portanto públicas, em terras privadas, e o período da Ditadura Militar, com a consideração dos índios como inimigos da política desenvolvimentista, promoção de remoções forçadas, políticas de aculturação e aumento da intervenção nas áreas até então isoladas da Amazônia, na qual viviam diversas etnias; fatos conhecidos e que foram responsáveis por verdadeiro massacre de vários indígenas e de várias comunidades, que foram reduzidas ou mesmo dizimadas, com a convivência de órgãos governamentais.

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade (<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume202%20-%20Texto%205.pdf>) dedicou um Anexo para a situação dos indígenas nesse período e é pertinente a citação de trecho:

“Os povos indígenas no Brasil sofreram graves violações de seus direitos humanos no período entre 1946 e 1988. O que se apresenta neste capítulo é o resultado de casos documentados, uma pequena parcela do que se perpetrou contra os índios. Por eles, é possível apenas entrever a extensão real desses crimes, avaliar o quanto ainda não se sabe e a necessidade de se continuar as investigações.

Não são esporádicas nem acidentais essas violações: elas são sistêmicas, na medida em que resultam diretamente de políticas estruturais de Estado, que respondem por elas, tanto por suas ações diretas quanto pelas suas omissões.

Omissão e violência direta do Estado sempre conviveram

na política indigenista, mas seus pesos respectivos sofreram variações. Poder-se-ia assim distinguir dois períodos entre 1946 e 1988, o primeiro em que a União estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras indígenas e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros; no segundo período, o protagonismo da União nas graves violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir. Na esteira do Plano de Integração Nacional, grandes interesses privados são favorecidos diretamente pela União, atropelando direitos dos índios. A transição entre os dois períodos pode ser datada: é aquela que se inicia em dezembro de 1968, com o AI-5.

Como resultados dessas políticas de Estado, foi possível estimar ao menos 8.350 indígenas mortos no período de investigação da CNV, em decorrência da ação direta de agentes governamentais ou da sua omissão. Essa cifra inclui apenas aqueles casos aqui estudados em relação aos quais foi possível desenhar uma estimativa. O número real de indígenas mortos no período deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada e que há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas.”

Não é necessário um traçar histórico mais específico, inclusive porque as diversas contribuições dos *amici curiae* muito bem já delinearam todas as mazelas das quais índios e suas comunidades foram vítimas na construção do País; no entanto, compreendi relevante fazer breve referência a essas circunstâncias fáticas que, apesar da proteção constitucionalmente conferida desde 1934, ocorreram e foram responsáveis pelo desapossamento de milhares de hectares de terra, lançando os indígenas à situação de miserabilidade que ainda hoje persiste.

Nada obstante, o não arrefecimento nos índios da luta pela

reocupação de suas terras e pela conquista da cidadania informaram a participação das comunidades organizadas na Assembleia Constituinte que gestou a Constituição Cidadã de 1988 e a concretização dos direitos territoriais às terras de ocupação tradicional.

Nas palavras de Carolina Ribeiro Santana e Thiago Mota Cardoso:

“O texto final resultante das votações do Plenário, ou seja, os atuais artigos 231 e 232 da Constituição, passou por um longo processo legislativo que se iniciou, podemos dizer, com a prévia elaborada pelo jurista José Afonso da Silva na Comissão Afonso Arinos. Esta redação por ele proposta, embora não tenha sido encaminhada oficialmente à ANC, foi absorvida pelos parlamentares da Subcomissão de Negros, Indígenas Pessoas com Deficiência e Minorias que a tomaram como base orientadora de seus trabalhos. A redação resultante da Subcomissão atravessou debates e ataques na Comissão da Ordem Social e na de Sistematização para seguir adiante e compor-se com as importantes emendas e destaques apresentados em plenário.

Embora muitas lideranças indígenas tivessem retornado à Brasília para acompanhar a votação final, apenas Ailton Krenak, que possuía autorização especial para ingressar nas galerias do Plenário, conseguiu assistir à votação; uma demora na concessão das autorizações às demais lideranças indígenas impediu que chegassem às galerias a tempo.

Apesar de algumas supressões de temas caros aos indígenas, como o reconhecimento do estado plurinacional e multilinguístico, a Constituição consolidou uma vitória da luta indígena pela previsão de seus direitos na nova Carta Magna. Pela primeira vez inscreveu-se no texto constitucional o direito originário dos povos indígenas às suas terras e, também, a legitimidade dos indígenas e suas organizações para ingressarem em juízo. Santili afirma que a constituição de 1988 “abandona a tradição assimilacionista e encampa a ideia – a realidade dos fatos – de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro” (SANTILLI, 2000).”

(SANTANA, Carolina Ribeiro; CARDOSO, Thiago Mota. Direitos Territoriais Indígenas às sombras do passado. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.01, 2020 p. 109-110.)

Logo, dentro de uma hermenêutica constitucionalmente adequada à interpretação e aplicação de um direito fundamental que se enquadra numa continuidade protetiva desde a Carta de 1934, não depreendo da redação do *caput* do artigo 231 da Constituição da República a restrição do direito à posse permanente e tradicional apenas àquelas comunidades indígenas que estivessem na posse mansa e pacífica da área na data da promulgação do texto constitucional.

Respeitosamente às opiniões contrárias, compreendo, pelas razões acima transcritas, que referido dispositivo constitucional não afasta apenas pela redação textual no tempo presente o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas.

Ademais, em consonância com o entendimento acima manifestado, entendo que, por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à sua aplicação deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais.

Inclusive porque a legitimação da posse obtida por meio violento e injusto não é admitida sequer pela legislação civil (*Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária*); assim, como poderia a ordem constitucional de 1988 ignorar toda a evolução legislativa anterior e legitimar a obtenção das terras indígenas por meio da violência, desqualificando o direito dessas comunidades, retiradas à força de seus territórios tradicionais, de buscar a reparação do direito que sempre possuíram e foram impedidas de retomar pelo próprio Estado, por ação ou omissão, que as deveria proteger?

Ainda, ressalto que a teoria do marco temporal deixa insolúveis algumas questões fundamentais para a qualificação da posse indígena.

Primeiramente, é mister apontar que a Lei nº 6.001/1973, Estatuto do Índio, dispõe em seu artigo 21 sobre as terras abandonadas voluntariamente pelos índios:

“Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.”

Isso em clara obediência ao contido no artigo 4º, inciso IV, da Carta de 1967, que dispôs pela primeira vez consistir bem da União as terras ocupadas pelos índios.

Logo, se se aplica a teoria do marco temporal, e não se verifica a presença indígena na data de 05 de outubro de 1988 na área considerada, não é suficiente apontar que a terra não seria indígena. É preciso questionar-se, então, de quem seria a titularidade da área que deveria ter revertido ao patrimônio público federal, uma vez ser impossível usucapião de terra pública.

Como acima se apontou, terra indígena não é terra devoluta; assim, as terras não podem ter ingressado no patrimônio estadual e, portanto, não podem ter sido legitimamente transferidas ao patrimônio privado. Nesse sentido, esta Corte já decidiu:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO X DO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. BENS DO ESTADO. TERRAS DOS EXTINTOS ALDEAMENTOS INDÍGENAS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 20, I E XI, 22, CAPUT E INCISO I, E 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME. EXTINÇÃO OCORRIDA ANTES DO ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1891. ADI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, reconheceu que as terras dos aldeamentos indígenas que se extinguiram antes da Constituição de 1891, por haverem perdido o caráter de bens destinados a uso especial, passaram à categoria de terras devolutas.** II - Uma vez reconhecidos como terras devolutas, por força do artigo 64 da

Constituição de 1891, os aldeamentos extintos transferiram-se ao domínio dos Estados. III – **ADI julgada procedente em parte, para conferir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado, a fim de que a sua aplicação fique adstrita aos aldeamentos indígenas extintos antes da edição da primeira Constituição Republicana.**

(ADI 255, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2011, DJe-097 DIVULG 23-05-2011 PUBLIC 24-05-2011 EMENT VOL-02528-01 PP-00001 RTJ VOL-00224-01 PP-00162)

Ademais, a chamada teoria do marco temporal ignora, em sua formulação, a situação dos índios isolados, ou seja, comunidades indígenas de pouco ou nenhum contato com a sociedade envolvente, ou mesmo com outras comunidades indígenas.

A compreensão de uma sociedade plural e de respeito à diversidade, como aquela que a Constituição de 1988 busca constituir, exige que se respeite o direito à autodeterminação desses povos, mantendo-os fora do contato constante com outras pessoas, em respeito a seu modo de vida e evitando sua dizimação, como ocorreu notoriamente em nosso País com outras comunidades contatadas ao longo da história.

Sendo assim, e estando completamente alijadas do modo de vida ocidental, de que modo farão prova essas comunidades de estarem nas áreas que ocupam em 05 de outubro de 1988? Se muitas dessas comunidades sequer são conhecidas pelo órgão indigenista, sendo meramente estimadas sua existência e quantidade de indivíduos, como assegurar com exatidão suas terras por meio do “fato indígena”?

Portanto, assegurar aos índios os direitos originários às terras que tradicionalmente ocupam não se confunde com uma usucapião imemorial, que exigisse, de forma automática, a manutenção da presença indígena na área na data exata de 05 de outubro de 1988, considerando-se a ausência de descontinuidade da proteção constitucional e legal desse direito ao longo da história brasileira, bem como os constantes abusos, invasões e desterritorializações ocorridos, à margem da legislação, mas

que não considero tenham sido legitimados pelo ordenamento jurídico.

Não se trata de assegurar fraudes ou de possibilitar a titulação de comunidades que não estejam vinculadas a esse passado de resistência e a um modo de vida tradicional indígena. Nada obstante, entender-se que a Constituição solidificou a questão ao eleger um marco temporal objetivo para a atribuição do direito fundamental a grupo étnico significa fechar-lhes uma vez mais a porta para o exercício completo e digno de todos os direitos inerentes à cidadania.

Da configuração do esbulho

É possível apontar-se que a decisão prolatada na Pet nº 3.388 não se limitou a reconhecer a existência de um marco temporal para a configuração da tutela constitucional à posse indígena, mas compreendeu que esse direito não se perderia quando configurado o renitente esbulho praticado contra a comunidade, que impedisse esse estar na terra tradicionalmente considerado:

“11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol".”

Entretanto, o acórdão não fixou critérios estanques para o reconhecimento do renitente esbulho, asseverando que a ocupação por

não-índios das terras tradicionais “*não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o completo geográfico da ‘Raposa Serra do Sol’*”.

Contudo, no julgamento do ARE 803.462 AgR, a Segunda Turma desta Corte interpretou o conceito da seguinte forma:

“Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. **Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.** 4. Agravo regimental a que se dá provimento.”

(ARE 803462 AgR, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

Duas foram as circunstâncias consideradas pelo referido julgado para caracterizar o renitente esbulho, a escusar a ausência da comunidade indígena no território pretendido, à data da promulgação da Constituição de 1988: controvérsia possessória judicializada ou um conflito deflagrado na área, ambas as hipóteses tendo perdurado até 05 de outubro de 1988.

Entretanto, é preciso problematizar esses requisitos, à luz do contido no artigo 231 da Carta Constitucional.

Em primeiro lugar, a exigência de “*controvérsia possessória judicializada*”.

Referida exigência, com a devida vênia, não pode subsistir ao se levar em conta a realidade fática e jurídica da capacidade processual dos índios antes da Constituição de 1988.

De fato, desde o período colonial, estavam os indígenas brasileiros submetidos a regimes tutelares com a finalidade de aculturá-los e de promover sua assimilação progressiva ao novo território do colonizador branco e cristão.

No período republicano, em contraste com as previsões constitucionais que lhes garantiam a posse de suas terras, foram os indígenas qualificados como relativamente incapazes pela legislação civil, necessitando de tutela do órgão indigenista – à época da Codificação de 1916, o Serviço de Proteção ao Índio – SPI, e posteriormente a Fundação Nacional do Índio – FUNAI – para a prática de atos da vida civil, inclusive ingressar em juízo.

Eis a dicção do Código Civil de 1916:

“Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. **Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime**

tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

O intuito de assimilação do índio à sociedade nacional ficou explícito na legislação acima citada. E de forma ainda mais clara, a postura integracionista do Estado brasileiro restou ainda mais evidente no Estatuto do Índio, que estimulava o progressivo abandono da condição de indígena para a aquisição plena da capacidade de possuir direitos, como se depreende dos seguintes dispositivos:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

Especificamente em relação à capacidade processual, referida Lei assim dispõe:

Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.

Art. 37. Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.

Evidentemente, esses dispositivos não mais subsistem diante da ordem constitucional vigente, que atribui aos índios e comunidades, além do respeito ao seu modo de vida e suas tradições e costumes, capacidade plena para figurar em juízo na defesa de seus direitos, em seu artigo 232:

“Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

No que concerne, contudo, ao ajuizamento de demandas possessórias pelas comunidades, antes da Constituição de 1988, o cenário acima traçado permite inferir que os índios quase nunca se utilizariam desse recurso. A uma, porque se tratava de um modo de resistência obviamente integrante do modo de ser da sociedade envolvente, mas não dos indígenas, que possuem outras formas tradicionais de resolução de conflitos. A duas, porque dependiam sempre da intervenção do órgão indigenista e da União para tanto, e no contexto integracionista, muitas vezes os interesses eram bastante conflitantes:

“Uma política de extermínio ou de integração assimilacionista, onde os índios e as sociedades indígenas

foram encarados ou como empecilhos à plena ocupação de um espaço economicamente cobiçado pela sociedade nacional – e neste caso o extermínio foi praticado por recomendação régia e imperial – ou como entraves que deveriam ser reduzidos para posterior ‘educação’, que visava transformá-los em cidadãos produtores, sem direitos especiais. (...) o fato é que o Estado (da colônia à República) sempre tentou manobrar o destino das populações indígenas nacionais no terreno limitado pelo extermínio puro e simples e pela proteção física para posterior assimilação.’

O Estatuto do Índio, baixado pela ditadura, teve por objetivo ‘reformular alguns princípios liberais e humanísticos já fixados na tradição brasileira sem contudo deixar de fixar que o destino das populações indígenas é sua ‘integração à comunhão nacional’.

Os chefes da Funai chegaram a duras conclusões sobre o papel do Estado brasileiro, cuja prioridade eram ‘ações que visam minar a resistência dos grupos indígenas que são capazes de oferecer maior resistência ao projeto de incorporação de terras ao patrimônio nacional’. ‘Na verdade, o Estado brasileiro sempre atribuiu-se o direito de decidir soberanamente sobre o destino das sociedades indígenas, seus bens, seus territórios. Em nenhum momento da história do país os índios foram ouvidos sobre estas decisões.’”

(VALENTE, Rubens. **Os fuzis e as flechas: histórias de sangue e resistência indígena na ditadura**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 382-383)

Mesmo raciocínio pode-se aplicar ao segundo modo configurador do renitente esbulho, qual seja, a existência de um conflito materializado por situações de fato, a perdurar até a data da Constituição de 88.

Em primeiro lugar, porque o ordenamento constitucional não poderia incentivar conflitos para legitimar e reconhecer direitos. De outra parte, os indígenas, tutelados pelo Estado, foram constantemente expulsos, assassinados e desintegrados de sua cultura, em nome de interesses privados e desenvolvimentistas. Nesse cenário, resistir aos

conflitos de forma reiterada, a persistir até a data da promulgação da Carta Magna, seria enfrentar a morte quase certa, algo que também não parece ter sido a intenção do constituinte quando assegurou a posse das terras que ocupam de forma tradicional.

Esta Corte já decidiu que o abandono involuntário das terras tradicionais, perpetradas por meios violentos, não se presta a desconfigurar a tradicionalidade da ocupação:

“Ementa: 1) AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO SUL DA BAHIA EM RESERVA INDÍGENA. 2) CONFLITO GRAVE ENVOLVENDO COMUNIDADES SITUADAS NA RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMARUMU-CATARINA-PARAGUAÇU. AÇÃO JUDICIAL DISTRIBUÍDA EM 1982 IMPONDO A OBSERVÂNCIA DO REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA CARTA DE 1967 PARA DISCIPLINAR A RELAÇÃO MATERIAL SUB JUDICE. 3) PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE REIVINDICADA. PRELIMINAR REJEITADA À LUZ DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE EM ÁREA INDÍGENA MERCÊ DA EXISTÊNCIA DE FARTA DOCUMENTAÇÃO FORNECIDA PELA FUNAI QUE VIABILIZOU A REALIZAÇÃO DOS TRABALHOS PERICIAIS. 4) DEMARCAÇÃO DA ÁREA SUB JUDICE OCORRIDA EM 1938 DESACOMPANHADA DE HOMOLOGAÇÃO. INCERTEZA ORIUNDA DA AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS RELEGANDO A COMUNIDADE A UMA SITUAÇÃO FRÁGIL E A UM AMBIENTE DE VIOLÊNCIA E MEDO NA REGIÃO. 5) A HOMOLOGAÇÃO AUSENTE, DA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA REALIZADA EM 1938, NÃO INIBE O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE RESERVA INDÍGENA NO LOCAL, ORIGINANDO A IMPOSSIBILIDADE

DE SE TER POR VÁLIDOS ATOS JURÍDICOS FORMADOS POR PARTICULARES COM O ESTADO DA BAHIA. 6) AUSÊNCIA DE DÚVIDAS QUANTO À PRESENÇA DE ÍNDIOS NA ÁREA EM LITÍGIO DESDE O PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA CARTA DE 1967 EM FACE DOS REGISTROS HISTÓRICOS QUE REMONTAM A MEADOS DO SÉCULO XVII. 7) O RECONHECIMENTO DO DIREITO À POSSE PERMANENTE DOS SILVÍCOLAS INDEPENDE DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO NA MEDIDA EM QUE A TUTELA DOS ÍNDIOS DECORRE, DESDE SEMPRE, DIRETAMENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. 8) A BAIXA DEMOGRAFIA INDÍGENA NA REGIÃO EM CONFLITO EM DETERMINADOS MOMENTOS HISTÓRICOS, PRINCIPALMENTE QUANDO DECORRENTE DE ESBULHOS PERPETRADOS POR FORASTEIROS, NÃO CONSUBSTANCIA ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO CARÁTER PERMANENTE DA POSSE DOS SILVÍCOLAS. A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS DE SUAS TERRAS POR ATOS DE VIOLÊNCIA NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR-LHES O RECONHECIMENTO DA TRADICIONALIDADE DE SUA POSSE. IN CASU, VISLUMBRA-SE A PERSISTÊNCIA NECESSÁRIA DA COMUNIDADE INDÍGENA PARA CONFIGURAR A CONTINUIDADE SUFICIENTE DA POSSE TIDA POR ESBULHADA. A POSSE OBTIDA POR MEIO VIOLENTO OU CLANDESTINO NÃO PODE OPOR-SE À POSSE JUSTA E CONSTITUICIONALMENTE CONSAGRADA. 9) NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DE RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU, CONFORME DEMARCAÇÃO DE 1938. AQUISIÇÃO A NON DOMINO QUE ACARRETA A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE NA REFERIDA ÁREA INDÍGENA, PORQUANTO OS BENS TRANSFERIDOS SÃO DE

PROPRIEDADE DA UNIÃO (SÚMULA 480 DO STF: Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos artigos 4, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas). 10) A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO ERIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL IMPÕE QUE AS AÇÕES JUDICIAIS PENDENTES EM QUE SE DISCUTE O DOMÍNIO E/OU A POSSE DE IMÓVEIS SITUADOS NA ÁREA RECONHECIDA NESTE PROCESSO COMO RESERVA INDÍGENA SEJAM EXTINTAS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO NOS TERMOS DO ART. 267, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 11) O RESPEITO ÀS COMUNIDADES ÍNDIGENAS E À SUA CULTURA IMPLICA RESTE PRESERVADA A POSSIBILIDADE DE SUPERVENIENTE INCLUSÃO, PELA UNIÃO, ATRAVÉS DE DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA OU MESMO JUDICIAL, DE NOVAS ÁREAS NA RESERVA INDÍGENA CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU ALÉM DA JÁ RECONHECIDA NESTES AUTOS. 12) DEVERAS, A EVENTUAL AMPLIAÇÃO DA ÁREA ANALISADA NESTES AUTOS EM RAZÃO DE DEMARCAÇÃO SUPERVENIENTE A ESTE JULGAMENTO DEMANDARÁ COMPROVAÇÃO DE QUE O ESPAÇO GEOGRÁFICO OBJETO DE EVENTUAL AMPLIAÇÃO CONSTITUÍA TERRA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 13) AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS QUANTO AOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE E REGISTROS IMOBILIÁRIOS REFERENTES AOS IMÓVEIS ABRANGIDOS PELO ESPAÇO GEOGRÁFICO DEMARCADO EM 1938 E COMPROVADO NESTES AUTOS, TOTALIZANDO APROXIMADAMENTE 54 MIL HECTARES. SOB ESSE ÂNGULO, A AÇÃO FOI JULGADA PROCEDENTE PARA RECONHECER A CONDIÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE TERRA INDÍGENA SOBRE A TOTALIDADE DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 E TOTALIZANDO CERCA DE 54 MIL HECTARES CORRESPONDENTES À RESERVA CARAMARU-CATARINA-

PARAGUAÇU, E DECLARAR A NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS NA ÁREA DA RESERVA. 14) AS RECONVENÇÕES RELATIVAS ÀS TERRAS SITUADAS NO INTERIOR DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 IMPROCEDEM. CONDENAÇÃO DESSES RÉUS RECONVINTES, CUJOS TÍTULOS FORAM ANULADOS, A PAGAREM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA E COMPENSADOS OS HONORÁRIOS DOS OUTROS RECONVINTES QUE DECAÍRAM DA RECONVENÇÃO.

(ACO 312, Relator(a): EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 02/05/2012, DJe-054 DIVULG 20-03-2013 PUBLIC 21-03-2013 EMENT VOL-02683-01 PP-00001)

Portanto, não foi a *ratio* da Súmula 650 do STF que a expulsão violenta de indígenas levasse à configuração do abandono da terra para considerá-la como não indígena: “*Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*”.

É preciso que esse abandono se revista de um caráter eminentemente voluntário por parte da comunidade, sem a configuração de qualquer forma de esbulho das terras por parte de terceiros, e sem a exigência de um conflito físico ou de uma demanda possessória ajuizada e em trâmite à data de 05 de outubro de 1988.

As formas de resistência indígena à ocupação ilícita de suas terras deve ser perquirida de acordo com a concepção que cada etnia possui sobre as formas de resistir às invasões:

“(…) Mas o que é resistência indígena? Aqui entra o trabalho de pesquisa para mostrar os diferentes tipos de resistência, que variam para cada povo. Não é apenas a resistência física e violenta. Índios que se tornam empregados de fazendeiros para permanecerem na terra e realizar seus ritos, também é uma forma de resistência. Há uma miríade de formas

de resistência quase invisíveis, 'the weapons of the weak', como chama James Scott. O conceito de esbulho de terras indígenas não pode ser um conceito monológico da dogmática do direito civil. Retração voluntária (desistência de resistir ao esbulho) ou o abandono da terra não podem ser presumidos nem constatados exclusivamente segundo critérios do direito civil."

(BARBOSA, Samuel. *Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). *Direito dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 133.)

Pelas razões acima elencadas, concluo que a proteção constitucional aos "*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*" independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

Da necessidade de estudos antropológicos para determinar a existência de posse tradicional indígena

Principie-se aqui por rememorar que o §1º do artigo 231 define terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como "*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*".

A fim de localizar, delimitar e definir todos esses elementos, conjuntamente e sem nenhuma preponderância de um sobre os demais, o Decreto nº 1.775/1996 elege o laudo antropológico como instrumento para a demonstração de que a área é de posse tradicional indígena:

"Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos

desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.”

E, de fato, se a tradicionalidade refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade

indígena, se a ligação com a terra faz parte da própria definição da identidade enquanto índio e enquanto comunidade indígena, apenas um trabalho técnico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação conseguirá determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, §1º do texto constitucional.

No julgamento da Ação Cível Originária nº 362, essa necessidade do estudo antropológico a embasar as conclusões pela tradicionalidade da ocupação indígena já foi ressaltada.

Para o i. Ministro Roberto Barroso:

“A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios fundamenta-se em trabalhos antropológicos de qualificação reconhecida, sendo sua iniciativa e orientação de competência da FUNAI. Sendo assim, por uma questão de capacidade institucional, tendo sido respeitado o devido processo legal e não sendo essa uma situação de certeza negativa sobre a ocupação indígena, deve haver deferência do Judiciário à análise técnica das autoridades competentes”.

Também compreende dessa forma o i. Ministro Ricardo Lewandowski:

“Quero rapidamente, eminente Presidente, pontuar um aspecto que é recorrente nas discussões que temos quando tratamos de assuntos indígenas. Não raro, diria, até muito comum, serem os laudos antropológicos desqualificados, imputando-lhes a característica de que são mera literatura.

Reafirmo aqui - e, aliás, ontem, essa minha convicção foi fortalecida pela presença de duas eminentes professoras da Universidade de Brasília, que lidavam com a questão indígena, que são antropólogas por profissão, e que me convenceram mais uma vez, e nem precisariam, porque tenho também uma formação em Ciências Sociais e dediquei dois anos da minha vida ao estudo da antropologia, primeiro física, depois, cultural – e afirmar que a Antropologia é, sim, uma ciência. É uma Ciência porque tem método próprio, um objeto

específico e baseia suas conclusões em dados empíricos.

Ao nos debruçarmos sobre estes laudos antropológicos, que integram esses dois feitos, verificamos que são dados antropológicos elaborados segundo os cânones científicos, porque estão fundados em documentos, mapas e provas testemunhais. Portanto, são laudos, do ponto de vista técnico, absolutamente impecáveis -, aliás, foram realizados por determinação de Vossa Excelência, em boa hora, Ministro Marco Aurélio - e que a meu ver, resolvem a controvérsia fática, como disse o eminente Procurador-Geral da República, de maneira absolutamente definitiva.”

A definição da tradicionalidade da ocupação indígena, da manutenção dos laços culturais, espirituais e ambientais com a área considerada, portanto, não envolve apenas uma conceituação jurídica, mas exige demonstração realizada por laudo técnico, nos termos do Decreto nº 1.776/1996, com a participação da comunidade afetada, e também da sociedade envolvida, nos termos ali delineados.

Conforme entendimento doutrinário:

“(...) a identidade é dinâmica, relacional e diversas são as etnogêneses e territorialidades a emergirem no cenário brasileiro. Com base nessa ótica, uma postura autocontida do Judiciário mostra-se compatível com as capacidades que ele detém para enfrentar o cerne de demandas identitárias, sem que, com isso, se corra o risco de esvaziar a própria política de reconhecimento ou a efetividade dos direitos fundamentais em jogo.”

(MELO, Cristina. **Terras indígenas**: Identidade, reconhecimento em arco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 143.)

Logo, abarcar o pluralismo que compreende a distinção dos modos de vida indígena, das várias etnias e comunidades com terras ainda por demarcar, exige que o julgador valora o trabalho técnico antropológico como sendo aquele a demonstrar a tradicionalidade da posse indígena, a

ligação com o território, de acordo com seus usos, costumes e tradições, de modo a perfazer os requisitos do §1º do artigo 231 da Constituição Federal.

Ressalte-se, uma vez mais, que não se avalia a ocorrência da posse indígena da mesma forma como a posse civil, pois a terra para os índios não possui a mesma finalidade primordialmente econômica, mas serve de *habitat*, de fonte de alimento e de exercício de sua cultura, donde a necessidade do recurso ao conhecimento especializado para a definição da tradicionalidade da posse.

Da possibilidade de redimensionamento das terras indígenas

No julgamento da Pet 3.388, a vedação à ampliação de terras indígenas foi incluída como uma das dezenove salvaguardas institucionais incluídas à parte dispositiva.

O i. Ministro Menezes Direito, que a propôs, assim justificou:

“Além dos efeitos acima destacados, a homologação tem mais uma importante consequência pelo bem da segurança jurídica: a impossibilidade de revisão dos limites da terra indígena fixados na Portaria do Ministério da Justiça.

Como já ressaltado, o procedimento de regularização da terra indígena é um procedimento destinado à apuração do fato indígena, isto é a presença indígena em 5/10/1988, com a sua respectiva extensão, esta determinada com base nas já suas referidas expressões.

Ora, uma vez estabelecido e constatado esse fato, com base no qual terá sido homologada a área da terra indígena, não pode haver mais espaço ou ensejo para uma revisão dessa área. Cuida-se aqui de verdadeira preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Não se concebe que o poder-dever da administração de rever de ofício seus atos alcance a constatação de um fato cuja ocorrência e extensão decorreram de

procedimento instaurado regularmente, com observância do contraditório. Desse procedimento resultou a consolidação de direitos individuais, como ocorre com propriedades imediatamente adjacentes à terra indígena, assim como outros interesses públicos ou particulares relacionados à área não abrangida pela terra indígena.

A existência desses interesses, direitos de natureza individual consolidados com a não-abrangência na terra indígena, impede uma aplicação absoluta do poder-dever de revisão dos atos da administração, como bem reflete o disposto no art. 53 da Lei nº 9.784/99 e na Súmula nº 473 deste Supremo Tribunal Federal.

No caso da identificação e da demarcação de terras indígenas, de todos os modos, estou convencido de que a definição da extensão da área, fruto da constatação do fato indígena, não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador. A demarcação esgota a identificação, sendo vedada sua alteração.”

Fundada na consideração de que a posse tradicional seria um fato, verificado na data de 05 de outubro de 1988, considerou-se ser vedada a ampliação de terras indígenas.

No entanto, ao afastar o chamado marco temporal como definidor da tutela constitucional à posse indígena, é preciso revisar a questão sob outras luzes.

Evidentemente, não se trata, aqui, de considerar a hipótese de conveniência e oportunidade do Administrador ao revisar ato administrativo, pois em se tratando de terras indígenas, de direito fundamental dos povos indígenas, todos os estudos devem estar jungidos a demonstrar a efetiva ocorrência das características do §1º do artigo 231, inexistindo espaço para avaliação discricionária.

Entretanto, especialmente em se considerando a possibilidade de que muitas terras indígenas tenham sido demarcadas sem a estrita observância do artigo em comento (p. ex., sem a realização de laudo

antropológico a afirmar a correta extensão das terras tradicionais), compreendo que a realização de re-estudos para o adequado dimensionamento da ocupação tradicional em tais áreas, desde que realizados em processo administrativo demarcatório nos termos da legislação de regência, não encontra vedação constitucional.

Esta Corte já admitiu que inconstitucionalidades flagrantes não se submetem a quaisquer prazos decadenciais ou prescricionais:

“EMENTA Direito Constitucional. Repercussão geral. Direito Administrativo. Anistia política. Revisão. Exercício de autotutela da administração pública. Decadência. Não ocorrência. Procedimento administrativo com devido processo legal. Ato flagrantemente inconstitucional. Violação do art. 8º do ADCT. Não comprovação de ato com motivação exclusivamente política. Inexistência de inobservância do princípio da segurança jurídica. Recursos extraordinários providos, com fixação de tese. 1. A Constituição Federal de 1988, no art. 8º do ADCT, assim como os diplomas que versam sobre a anistia, não contempla aqueles militares que não foram vítimas de punição, demissão, afastamento de suas atividades profissionais por atos de motivação política, a exemplo dos cabos da Aeronáutica que foram licenciados com fundamento na legislação disciplinar ordinária por alcançarem o tempo legal de serviço militar (Portaria nº 1.104-GM3/64). 2. O decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos não é causa impeditiva bastante para inibir a Administração Pública de revisar determinado ato, haja vista que a ressalva da parte final da cabeça do art. 54 da Lei nº 9.784/99 autoriza a anulação do ato a qualquer tempo, uma vez demonstrada, no âmbito do procedimento administrativo, com observância do devido processo legal, a má-fé do beneficiário. 3. **As situações flagrantemente inconstitucionais não devem ser consolidadas pelo transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão dos princípios, das regras e dos preceitos previstos na Constituição Federal de 1988. Precedentes.** 4. Recursos extraordinários providos. 5. Fixou-se a

seguinte tese: “No exercício de seu poder de autotutela, poderá a Administração Pública rever os atos de concessão de anistia a cabos da Aeronáutica relativos à Portaria nº 1.104, editada pelo Ministro de Estado da Aeronáutica, em 12 de outubro de 1964 quando se comprovar a ausência de ato com motivação exclusivamente política, assegurando-se ao anistiado, em procedimento administrativo, o devido processo legal e a não devolução das verbas já recebidas.”

(RE 817338, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-190 DIVULG 30-07-2020 PUBLIC 31-07-2020)

Portanto, se demonstrada flagrante inconstitucionalidade no que concerne ao cumprimento do artigo 231 da Constituição Federal, incorrendo em prejuízos às comunidades indígenas que se viram alijadas de parte de seu território tradicional, não compreendo existir vedação a eventual redimensionamento das terras já demarcadas.

Ressalto, no entanto, que referido procedimento deverá ser precedido do procedimento administrativo demarcatório contido no Decreto nº 1.775/1996.

Usufruto exclusivo e posse permanente

Os demais parágrafos contidos do artigo 231 do texto constitucional configuram-se desdobramentos da tutela possessória indígena:

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

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com

autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º."

Essas garantias do direito possessório indígena foi também apreendido pelo acórdão prolatado na Pet nº 3.388:

"11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no

imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

11.4. **O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade".** A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo."

Os desdobramentos que explicitam o exercício da posse indígena são necessários, a uma, porque se trata de uma posse qualificada, distinta da posse civil; a duas, porque se trata de domínio da União, ou seja, a propriedade da área não pertence à comunidade indígena, mas é afetada à ocupação tradicional indígena.

Por essa razão, o §2º do artigo 231 da Constituição destina essas terras à posse permanente do grupo indígena, com o usufruto exclusivo do solo, rios e lagos ali existentes.

Como acima já se mencionou, por não se tratar de posse com finalidade mercantil, mas de *habitat* para a comunidade, segundo seus

usos, costumes e tradições, a Constituição assegura a posse permanente das terras, evitando assim que a etnia seja reduzida ou mesmo desapareça pela desterritorialização, bem como que toda a cultura daquela comunidade se desenvolva e seja transmitida para as gerações futuras, dado o vínculo indissolúvel entre os índios e seu território.

Dessa feita, asseguram-se aos indígenas o uso e fruição das riquezas do solo, rios e lagos existentes na terra indígena, **de forma exclusiva**. Isso significa a impossibilidade de concessão de qualquer forma de direito real ou pessoal sobre essas riquezas a terceiros externos à comunidade indígena em favor da qual se configure a ocupação tradicional, ou mesmo a realização de atos negociais com os índios que lhes retire da condição de usufrutuários exclusivos da terra.

Mesma *ratio* informa o disposto nos §§ 3º, 5º e 7º do dispositivo constitucional, com a garantia de oitiva prévia das comunidades afetadas em caso de aproveitamento de recursos hídricos e pesquisa e lavra de riquezas minerais, desde que haja aprovação específica do Congresso Nacional e participação na lavra, na forma da lei; vedação de remoção das comunidades indígenas de suas áreas, em razão da posse permanente e exclusiva, fora das hipóteses constitucionais, assegurado o retorno tão logo passada a causa da retirada provisória; e a vedação à garimpagem em terras indígenas. Tudo a corroborar a posse permanente com usufruto exclusivo das riquezas naturais pelo índios.

Ainda, o §4º do artigo 231 do texto constitucional apresenta as qualificações aplicáveis aos bens públicos, adequadas às terras tradicionais indígenas:

“Inclui-se na **inalienabilidade** disposta neste artigo a impossibilidade de a União vender, dar ou permutar, ou mesmo oferecer em garantia as terras indígenas. A indisponibilidade se refere ao fato de que as terras indígenas devem manter-se na propriedade da União, como disposto no art. 20, XI, da CF/88. A **imprescritibilidade** dos direitos sobre as terras indígenas caracteriza a impossibilidade de que venham a ser adquiridas por usucapião, mesmo que os povos tenham sido delas

expulsos.”

(VITORELLI, Edílson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 219)

São garantias que colocam as terras indígenas como *res extra commercium*, sobre as quais nenhuma negociação privatística é possível, em respeito à natureza pública e afetada à manutenção do bem-estar indígena a caracterizar essas áreas.

Da nulidade dos títulos particulares incidentes sobre terras indígenas

A previsão contida no §6º do artigo 231 da Constituição de 1988 possui conteúdo bastante semelhante àquele já contido na Carta derivada da Emenda nº 1/69, em seu artigo 198, §§ 1º e 2º:

“Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades 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.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

Referida previsão foi reforçada pelo disposto no artigo 62 do Estatuto do Índio, *in verbis*:

“Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por

objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º Aplica-se o disposto deste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas conseqüências econômicas.

§ 3º Em caráter excepcional e a juízo exclusivo do dirigente do órgão de assistência ao índio, será permitida a continuação, por prazo razoável dos efeitos dos contratos de arrendamento em vigor na data desta Lei, desde que a sua extinção acarrete graves conseqüências sociais.”

Nada obstante, é possível afirmar que a nulidade dos títulos particulares em terras indígenas, considerada sua proteção constitucional desde a Constituição de 1934, operou-se a partir dessa Carta Constitucional, ainda que expedidos em período anterior, pois se as terras indígenas não eram terras devolutas, não poderia haver concessão a particulares, a menos que se tratasse de aldeamento extinto de forma voluntária.

Como afirma Deborah Duprat:

“Veja-se que, não obstante a ausência de expressa previsão constitucional, a posse indígena e a localização permanente eram pressupostos, desde 1934, aptos a gerar a nulidade de qualquer título incidente sobre a respectiva área. Significa dizer que esse direito, com tais atributos, foi incorporado ao patrimônio indígena, e a inércia, desídia, ação ou omissão do Estado não têm potencialidade de neutralizá-lo.”

(DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs). Direito dos povos indígenas em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 49.)

A Constituição da República, portanto, repete o preceito que, em nome da posse tradicional indígena, compreende ser nulo e extinto título dominial ou possessório válido incidente nessas áreas afetadas à manutenção do modo de vida das comunidades indígenas, a consistir direito originário da etnia, ao dispor que *“São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”*.

Nesse sentido, compreendeu a Corte no julgamento da Pet nº 3.388:

“12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§6º do art. 231 da CF).”

Dessa forma, compreende-se que a cadeia dominial de determinada área, por si só considerada, não tem o condão de impedir procedimento demarcatório, diante da existência de direito originário à posse das terras tradicionalmente ocupadas, da proteção constitucional e normativa desse direito, desde antes do período republicano, bem como da consideração de que o texto constitucional reconhece a posse, mas não a constitui, donde não ser possível a existência de posse ou propriedade privada em

terras indígenas.

Por essa razão, não se visualiza hipótese de conflito entre o direito de propriedade e a proteção à posse tradicional indígena, uma vez que o próprio texto constitucional já asseverou a consequência do reconhecimento da tradicionalidade de ocupação indígena em determinada área, a não mais subsistirem títulos privados nessas terras.

Outro aspecto referente ao dispositivo em comento, e que decorre da nulidade dos títulos dominiais, é a impossibilidade de se pleitear indenização ou ação em face da União em razão da nulidade ou da extinção do título proprietário ou possessório, salvo quando às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

A possibilidade de indenização por ato ilícito na venda de terras *a non domino*, em ação própria de natureza eminentemente reparatória, é questão a ser amadurecida pela doutrina e pela jurisprudência, mas não aparenta colidir, em meu sentir, com a vedação da concessão de indenização pelo fato de encontrar-se a área inserida em terra indígena. No entanto, em hipótese alguma pode haver impedimento à finalização da demarcação administrativa, com a extrusão dos particulares da terra demarcada sem qualquer direito à retenção pela terra nua, ou prejudicar o exercício dos direitos possessórios das comunidades indígenas com fundamento no artigo 231 do texto constitucional.

Contudo, para fins de fixação de tese, a nulidade ou extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, não geram, por esse fato, direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Compatibilidade da posse indígena com a proteção ao meio ambiente

A questão relativa à compatibilidade entre a ocupação tradicional

indígena, segundo seus usos, costumes e tradições, e a proteção ao meio ambiente foi reconhecida no julgamento da Pet nº 3.388, nos seguintes termos:

“15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.”

A regulamentação normativa da matéria foi realizada, no âmbito federal, pelo Decreto nº 7.477, de 5 de junho de 2012, que instituiu a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI.

O acórdão prolatado na Pet nº 3.388 compreendeu ser possível a dupla afetação da área ambientalmente protegida, mas colocando-a sob a administração do órgão de defesa ambiental, ouvidos os índios e a FUNAI a respeito das questões referentes à proteção ambiental.

Primeiramente, é necessário afirmar que a tutela constitucional dos direitos possessórios indígenas dá-se considerando o modo de vida típico de cada comunidade, em atenção a seus usos, costumes e tradições. Conforme acima referido, a relação cosmológica dos índios com a Terra levam à proteção também das áreas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar. Portanto, a manutenção de um meio ambiente equilibrado é essencial para o desenvolvimento das atividades de caça, pesca, cultivo, além das espirituais e culturais das comunidades indígenas.

Logo, não há incompatibilidade entre os artigos 231 e 225 do texto constitucional, pois os índios detêm todo o interesse na proteção dessas áreas. A manutenção das florestas, da biodiversidade, de rios e lagos despoluídos, asseguram o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais, mantendo a qualidade de vida dessas comunidades. A dupla afetação entre terras indígenas e áreas de proteção ambiental não é

inviável, ao revés, como demonstra o diploma normativo acima citado.

Nada obstante, em se considerando o direito originário das comunidades indígenas, as políticas de proteção ambiental não podem interferir no exercício das atividades tradicionais dos índios, a uma, porque não se configuram em ações predatórias ao meio ambiente, a duas, porque os usos, costumes e tradições indígenas consistem no núcleo do reconhecimento da tradicionalidade da ocupação tutelada pelo artigo 231 do texto constitucional.

Dessa feita, e em se considerando que incumbe à União a proteção dos bens indígenas, e também incumbe-se da manutenção das Unidades de Conservação Federais, não compreendo existir incompatibilidade na chamada dupla afetação da área, assegurado o direito das comunidades de participarem das decisões acerca da administração das unidades, nos termos do artigo 15 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em consonância com o exercício da posse permanente e usufruto da terra indígena.

Das ações possessórias

Configurados todos os elementos constitucionais que definem a posse indígena, retorna-se à questão relativa às ações possessórias de particulares pleiteando manutenção ou reintegração de posse de áreas de ocupação tradicional indígena.

Como acima afirmei, essas ações judiciais revelam a incúria por parte dos órgãos públicos em respeitar o disposto no artigo 231 do texto constitucional, no prazo conferido pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pois se em prazo razoável as demarcações de terras indígenas tivessem sido levadas adiante no Brasil, grande parte dessas demandas possessórias inexistiria.

Nessas demandas, coloca-se em conflito o direito civil à posse, compreendida como expressão dos poderes proprietários, e de outro, o direito constitucional indígena à posse das terras tradicionalmente

ocupadas.

Contudo, rememore-se que os direitos territoriais indígenas são originários, e não são constituídos pelo procedimento demarcatório, mas meramente reconhecidos pelo ordenamento constitucional, consistindo a demarcação em obrigação da União a fim de delimitar a extensão da área a ser por ela tutelada, seja em nome do domínio federal, seja pela garantia ao direito fundamental dos índios à posse de suas terras. Ademais, os atos que tenham por objeto posse, domínio ou ocupação desses territórios, ou exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, são nulos e extintos, nos termos do §6º do art. 231.

Diante desse cenário, e especialmente em se considerando que os indígenas dependem da instauração e da finalização de procedimento demarcatório por parte da FUNAI e da União, e estando estas em mora notável quanto ao desempenho de seu mister constitucional, não parece que a hierarquização do título proprietário como prova inafastável da posse justa se preste à melhor solução do litígio.

Levando-se em consideração todo o acima exposto, é mister asseverar que, efetivamente, as ações possessórias presente em nosso ordenamento processual civil não são adequadas para o tratamento de litígios com tal envergadura constitucional.

Nada obstante, o juiz que analisa essa espécie de litígio, ainda que se trate de processo com rito abreviado, deverá, primeiramente, considerar os elementos caracterizadores da posse indígena, como colocado no presente voto:

a) a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

b) a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos,

costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

c) a data da promulgação da Constituição de 1988 não constitui marco temporal para a aferição dos direitos possessórios indígenas, sob pena de desconsideração desses direitos enquanto direitos fundamentais, bem como de todo o arcabouço normativo-constitucional da tutela da posse indígena ao longo do tempo;

d) não se exige para a demonstração de renitente esbulho a instauração de demanda possessória judicializada à data da Constituição de 1988, ou mesmo de conflito fático persistente em 05 de outubro de 1988;

e) o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

f) o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência.

Ademais, contendo o Código de Processo Civil vigente disposição aplicável aos litígios coletivos, é de se reconhecer sua aplicação às ações possessórias nas quais se contrapõem posse particular e posse indígena. Trata-se do disposto no artigo 536 do CPC:

“Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º.

§ 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º

deste artigo.

§ 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça.

§ 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.

§ 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.”

Há entendimento doutrinário sobre referida possibilidade:

“Em primeiro lugar, diante de conflitos de terras que envolvem grupos culturalmente diferenciados, é fundamental tomar contato com a realidade exposta, a fim de verificar “in loco” os anseios das comunidades envolvidas e entender sua história e como vivem.

Instrumentos tradicionais do processo civil como as audiências e as inspeções judiciais são medidas imprescindíveis para uma melhor instrução de um processo que envolve essas demandas. Permitem a proximidade do juízo com aquela realidade diferenciada e garantem um melhor equilíbrio entre as partes, já que colocam modos de vida distintos em evidência, possibilitando ao julgador que afaste pré-compreensões baseadas no senso comum e tome contato com tradições orais e com relações especiais com a terra, distintas daquelas da sociedade envolvente.

Para assegurar esses mecanismos, o novo Código de Processo Civil a obrigatoriedade de convocação de uma audiência em caso de “litígio coletivo” em ação possessória

quando a ocupação possuir prazo superior a um ano e dia (art. 565), bem como sustentar, no mesmo capítulo, a viabilidade das inspeções (art. 565, § 3º), o que representa passos importantes para a superação de uma tradição documental ou demasiadamente pró-“proprietário” na análise desses casos. Trata-se de diretrizes importantes que se alinham a uma compreensão constitucional do procedimento das ações possessórias, podendo desde já ser aplicadas.

(...)

Em segundo lugar, a complexidade da questão leva a uma necessidade de examiná-la com uma maior abertura às outras áreas do conhecimento. Mostra-se, ainda, imprescindível, nesse processo, levar em consideração as diversas formas de organização social, amparadas pela Constituição, e procurar entendê-las.

Os operadores do sistema de justiça têm o dever de procurar entender como funcionam os espaços de pertencimento de determinada etnia – cada etnia desenvolve-se e atua de uma maneira própria – para procurar garantir aquele direito originário reconhecido pela Constituição em face da suposta verdade registral que se coloca nos autos.”

(ARAÚJO JUNIOR, Julio José. Desafios na proteção da posse constitucional de terras indígenas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; *et. Alli* (Orgs.). **A questão indígena e o Poder Judiciário: Programa de Estudos Avançados**. Rio de Janeiro: EMARF, 2016, p. 114-115.)

Portanto, a fim de compatibilizar a proteção constitucional aos direitos originários indígenas, os elementos acima expostos passam a ser condição de validade das decisões em ações possessórias que contraponham o direito civil à posse, compreendido como expressão dos poderes proprietários, e o direito constitucional indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas.

Manutenção da suspensão nacional de processos

Em 06 de maio de 2020, determinei, nos termos do artigo 1.035, §5º, do CPC, a suspensão nacional de processos, nos seguintes termos:

“De uma parte, concretamente, as ações que envolvem questões indígenas são deveras sensíveis, com dilação probatória de grande complexidade e que, ordinariamente, abrangem uma diversidade de temas, nem todos coincidentes com o âmbito da presente demanda. Ademais, a paralisação dos processos judiciais poderia culminar com eventual prejuízo à situação dos litigantes e à razoável duração dos processos, que se estenderiam por tempo ainda após a decisão colegiada neste feito.

Nada obstante, de outra parte, vivenciamos uma emergência de saúde pública, assim reconhecida no território nacional em face do surgimento do novo coronavírus (COVID-19) pela Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Posteriormente, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde OMS caracterizou a dissipação da infecção causada pelo vírus Sars-CoV-2 como uma pandemia.

Em face dessa pandemia, que ainda não possui data para encerrar-se, uma vez que a ciência ainda não descobriu remédio ou vacina para um vírus que tem demonstrado grande potencial de contágio e de letalidade, a OMS vem orientando governos e populações, dentre outras medidas, a adotar práticas de isolamento social, a fim de impedir ao máximo a disseminação da infecção.

Retornando ao tema ora posto em análise, é notório que os indígenas, desde as primeiras incursões em terras brasileiras, sofreram com as doenças trazidas, e que essas moléstias foram responsáveis, até recentemente, por dizimarem etnias inteiras pelo interior do País, dada a falta de preparo do sistema imunológico dos índios às enfermidades.

Assim, muito embora se trate de uma doença nova, cujo mecanismo cientistas e autoridades sanitárias do mundo inteiro

ainda buscam compreender, as medidas de distanciamento e isolamento social vem sendo adotadas por vários países, com diminuição progressiva no número de contaminados e de falecimentos.

A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agravam a situação dos indígenas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados em beiras de rodovias, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus.

Incide, no caso, o princípio da precaução, com assento no artigo 225 da Constituição da República, a exigir do Poder Público um atuar na direção da mitigação dos riscos socioambientais, em defesa da manutenção da vida e da saúde.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado:

'A primeira questão versa sobre a existência do risco ou da probabilidade de dano ao ser humano e à natureza. Há certeza científica ou há incerteza científica do dano ambiental? Há ou não unanimidade no posicionamento dos especialistas? Devem, portanto, ser inventariadas as opiniões nacionais e estrangeiras sobre a matéria . Chegou-se a uma posição de certeza de que não há perigo ambiental? A existência de certeza necessita ser demonstrada, porque vai afastar uma fase de avaliação posterior. Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.'

(MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103-104)

A Peticionária refere-se à situação dos indígenas em face à pandemia relativa ao coronavírus (COVID-19), a impedir as decisões que imponham reintegrações de posse nesse período.

E, com efeito, afigura-se razoável, com base no princípio da precaução, adotar a medida disposta no artigo 1.035, §5º, do

Código de Processo Civil, com modulações.

Assim, com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, determino, nos termos do pedido, a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso.”

Em se considerando que a pandemia da COVID-19 ainda não se findou, restando subsistentes os fundamentos acima delineados quando a decisão pela suspensão nacional de processos ligados ao Tema 1031, proponho a prorrogação dos efeitos da decisão, pelo poder geral de cautela, até que se declare o término da situação de pandemia no Brasil.

Análise do recurso extraordinário da FUNAI

Pugna a FUNAI pela anulação ou reforma do acórdão recorrido, a fim de fazer valer a autoridade do artigo 231 da Constituição da República, que teria sido violado pelo acórdão prolatado pelo Tribunal *a quo*.

Como bem resumiu a Procuradoria-Geral da República em sua manifestação (eDOC 84):

“O aresto proferido pela Corte Regional, confirmatório da sentença de procedência da demanda possessória proposta pela **Fatma**, adotou entendimento segundo o qual a **ausência** de conclusão de processo administrativo demarcatório inviabiliza o reconhecimento **da tradicionalidade da ocupação indígena sobre determinada área**. Em consequência, conferiu primazia a

título de propriedade expedido em favor de terceiro, em detrimento da Portaria do Ministro da Justiça nº 1.128/2003, que, amparada em estudo antropológico de identificação, declarou que a área objeto da disputa possessória é tradicionalmente ocupada pelos grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani. O Tribunal *a quo* considerou, ainda, que a necessidade de preservação do meio ambiente recomendava o **deferimento de proteção possessória** à Fatma **contra** a comunidade indígena Xokleng.”

O acórdão, portanto, enfrentou a questão referente à interpretação do alcance do artigo 231 da Constituição Federal, no que concerne à sua compatibilização com a previsão constitucional do direito de propriedade, conferindo primazia ao título de domínio e à questão ambiental.

De um lado, a área ocupada pelo indígenas da etnia Xokleng é parte da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, Unidade de Conservação Integral administrada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – FATMA (hoje, Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA). De outra sorte, consiste em parcela de terra reconhecida administrativamente como de ocupação tradicional indígena, integrante da Terra Indígena Ibirama-La Klanõ por meio da Portaria 1.128/2003 do Ministro da Justiça, cuja validade foi questionada por proprietários particulares na Ação Civil Pública nº 1.100 (de minha relatoria, liberada para pauta de julgamentos em 19.12.2019), tendo sido paralisado o procedimento na fase de demarcação física da área em debate.

Contudo, a subsistirem os parâmetros acima delineados, depreende-se que o Tribunal *a quo* deixou de considerar minimamente a preexistência do direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, conferindo hierarquia ao título de domínio enquanto prova da posse justa, sem proporcionar à Comunidade Indígena e à FUNAI a demonstração da melhor posse, conforme acima se demonstrou, no item “Das ações possessórias”.

Em seu apelo extraordinário, ainda, a autarquia indigenista pugna

pela aplicação do princípio da proporcionalidade, em virtude da ocupação de parcela relativamente pequena da Reserva Biológica do Sassafrás.

Levando-se em consideração o acima exposto, especialmente em se considerando: (i) que a demarcação declara, mas não constitui posse tradicional indígena; (ii) a plena compatibilidade entre os direitos possessórios dos índios e a afetação de glebas para preservação ambiental; depreendo violação ao contido no artigo 231 do texto constitucional, pois, a par da discussão judicial acerca da validade do procedimento demarcatório, a findar-se brevemente, os atos processuais relativos ao litígio coletivo em matéria possessória não foram observados pela Corte *a quo*.

Assim, anulo a decisão recorrida, e, diante da necessidade de observância de aspectos fáticos, determino ao Tribunal de origem a prolação de nova decisão, com base nos pressupostos delineados na presente demanda.

O adequado cumprimento da Constituição é regra primordial para a manutenção de um Estado Democrático de Direitos, no qual se assegure a todos, sem distinção, os direitos que o Texto Magno confere, individuais e coletivos.

Não se desconsidera a complexidade da situação fundiária brasileira, menos ainda se desconhece a ampla gama de dificuldades dos produtores rurais de boa-fé. No entanto, segurança jurídica não pode significar descumprir as normas constitucionais, em especial aquelas que asseguram direitos fundamentais.

A terra, como acima se delineou, em seu sentido civil, tem um fundamento econômico, inserido na dinâmica de circulação mercantil, e eventual perda da posse, que se não era justa por incidir sobre área indígena, muitas vezes era de boa-fé, solve-se mediante o pagamento do valor referente às benfeitorias, bem como pela inserção prioritária em programas de assentamento pelo órgão fundiário federal, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 1.775/1996.

Nada obstante, autorizar, à revelia da Constituição, a perda da posse das terras tradicionais por comunidade indígena, significa o progressivo etnocídio de sua cultura, pela dispersão dos índios integrantes daquele grupo, além de lançar essas pessoas em situação de miserabilidade e aculturação, negando-lhes o direito à identidade e à diferença em relação ao modo de vida da sociedade envolvente, expressão maior do pluralismo político assentado pelo artigo 1º do texto constitucional.

Não há segurança jurídica maior que cumprir a Constituição.

Diante do acima exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário, com a anulação da decisão recorrida, e proponho a fixação da seguinte tese, referente à resolução do Tema 1031 da repercussão geral:

“Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos:

I - a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;

IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

RE 1017365 / SC

V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

VI - o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência;

VII – as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

VIII – as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

IX – são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

X – há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.”