



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 235/2019 – SDHDC/GABPGR  
Sistema Único nº [271934/2019](#)

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365/SC**

**RECORRENTE:** Fundação Nacional do Índio – FUNAI

**RECORRIDA:** Fundação do Meio Ambiente

**LIT. PAS.:** Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibiramala Klaño

**AM. CURIAE:** Conselho Indigenista Missionário – CIMI

**RELATOR:** Ministro Edson Fachin

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator,

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1.031. ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES DE POSSE DAS ÁREAS DE TRADICIONAL OCUPAÇÃO INDÍGENA. ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NORMAS CONSAGRADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS ORIGINÁRIOS DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. POSSE PERMANENTE. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. NECESSIDADE DE ESTUDO ANTROPOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO PREESTABELECIDO. NATUREZA MERA-MENTE DECLARATÓRIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. NULIDADE E EXTINÇÃO DE ATOS QUE TENHAM POR OBJETO A OCUPAÇÃO, O DOMÍNIO E A POSSE DESSAS TERRAS. COMPATIBILIDADE ENTRE A TUTELA CONSTITUCIONAL DAS TERRAS INDÍGENAS E DO MEIO AMBIENTE.**

**1. Proposta de tese de repercussão geral – Tema 1.031: “A proteção da posse permanente dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional independe da conclusão de processo administrativo demarcatório e não se sujeita a um marco temporal de ocupação preestabelecido. O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos**

**índios direitos originários sobre essas terras, cuja identificação e delimitação deve ser feita por meio de estudo antropológico, o qual é capaz, por si só, de atestar a tradicionalidade da ocupação segundo os parâmetros constitucionalmente fixados, e de evidenciar a nulidade de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas áreas.”**

**- Parecer pelo provimento parcial do recurso extraordinário, quanto à alegada ofensa ao art. 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal.**

## I

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai, com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, em face de acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve sentença proferida pelo Juízo da Vara Federal de Mafra – Seção Judiciária de Santa Catarina, a qual julgou procedente ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – Fatma<sup>1</sup> contra indígenas da etnia Xokleng, a Fundação Nacional do Índio – Funai e a União.

Na origem, a Fatma propôs demanda possessória, com pedido de medida liminar, alegando ser legítima possuidora de imóvel matriculado sob o nº 12.266 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis/SC, integrante da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás, unidade de conservação integral criada pelo Decreto nº 2.221, de 4 de fevereiro de 1977, que foi ocupado, no dia 13 de janeiro de 2009, por cerca de 100 (cem) índios da etnia Xokleng, com abertura de picadas e montagem de barracas, além da realização de investidas sobre a mata nativa existente no local.

Em contestação, a Funai argumentou que a área objeto do litígio é de ocupação tradicional indígena, estando abrangida pela Portaria nº 1.128, de 13 de agosto de 2003, do Ministério da Justiça, que declarou de posse permanente dos grupos indígenas Xokleng, Kaingang e Guarani a Terra Indígena Ibirama-La Klanõ, com superfície aproximada de 37.108 hectares e perímetro também aproximado de 110 Km, localizada nos municípios de Doutor Pedrinho, Itaiópolis, José Boiteux e Vitor Meireles, no Estado de Santa Catarina.

---

1 Substituída pelo atual Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA.

Após deferir medida liminar para manter ou, a depender da situação fática, reintegrar a Fatma na posse do imóvel em disputa, o Juízo de primeiro grau julgou procedente a ação, por entender que a autora comprovou a propriedade das glebas ocupadas pelos indígenas e o efetivo exercício da posse sobre a área, para fins de preservação ambiental. Considerou, ainda, inexistirem nos autos elementos aptos a demonstrar que as terras referidas na demanda são tradicionalmente ocupadas por índios, na forma do art. 231 da Constituição da República. Mencionou, por fim, a necessidade de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamento apto a amparar a pretensão possessória deduzida pela Fatma.

A sentença foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA PELA FATMA EM FACE DE INDÍGENAS. RESERVA IBIRAMA LA KLANÕ. REGULARIZAÇÃO DA ÁREA EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA PROPOSTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANUTENÇÃO/REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA.

1. Inexiste conexão entre a presente ação e a ação cível originária nº 1.100, que se encontra em trâmite perante o e. Supremo Tribunal Federal. A referida ação questiona a Portaria nº 1.128/2003 do Ministro da Justiça, acerca da demarcação dos limites da Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ e a presente ação busca a reintegração de posse de área pertencente à FATMA.
2. A União é parte passiva legítima em ação que discute posse sobre área objeto também em demarcação de reserva indígena.
3. Mantida sentença que concede a manutenção/reintegração de posse de área reconhecida como reserva ecológica, ainda que atrelada ou lindeira à área que se encontra em processo de delimitação de reserva indígena. Aplicação do princípio da razoabilidade, sendo impossível a imposição de perda da posse ao proprietário, sem o devido processo legal e respectiva indenização, ausente delimitação da área da reserva como sendo indígena.

A Funai e a União opuseram embargos declaratórios em face desse aresto, que foram parcialmente providos, apenas para fins de prequestionamento, mantido o dispositivo do julgado.

A Funai interpôs recursos especial e extraordinário, e a União, recurso especial, os quais foram todos admitidos pela Vice-Presidência da Corte Regional.

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator negou provimento aos recursos especiais, em decisão que foi mantida pela Segunda Turma da Corte, no julgamento de agravo interno interposto pelo Ministério Público Federal.

Em seu apelo extraordinário, a Funai aponta, preliminarmente, ofensa aos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, da Lei Maior, por negativa de prestação jurisdicional, alegando ter o Tribunal de origem deixado de analisar, de maneira motivada, as omissões apontadas nos embargos declaratórios. No mérito, sustenta violação ao art. 231, *caput* e parágrafos, da Constituição, aduzindo que a área objeto da lide já foi reconhecida como de tradicional ocupação indígena, o que a insere no domínio da União e a qualifica como inalienável, indisponível e insuscetível de prescrição aquisitiva, de forma a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e as condições necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos da disciplina constitucional da matéria.

Defende que a Constituição Federal de 1988 acolheu a teoria do indigenato, pela qual a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita, e, por conseguinte, originária, não dependendo de título ou reconhecimento formal. Nessa linha, prossegue argumentando que o processo de demarcação de terras indígenas possui natureza declaratória, e não constitutiva, tendo por escopo a delimitação espacial dessas áreas, de modo a possibilitar o exercício das prerrogativas constitucionais conferidas aos índios. Nas palavras da recorrente, “não é da demarcação que decorrem os títulos de posse indigenata, nem qualquer dos direitos indígenas”.

Invoca dispositivos da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) e da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, que, em consonância com o regramento constitucional da questão, garantem aos índios a posse permanente das terras que habitam, independentemente de sua demarcação.

Destaca que, em face do art. 231, § 6º, da Constituição da República, eventuais atos de ocupação e posse de terras indígenas por não-índios são nulos e não possuem aptidão para gerar quaisquer efeitos jurídicos.

Sustenta que, no caso concreto examinado, ante a existência de Portaria ministerial que declarou ser de ocupação imemorial indígena a área objeto do conflito possessório, é nulo e desprovido de eficácia jurídica o título de propriedade apresentado pela Fatma, sendo,

además, inoponíveis aos indígenas os dispositivos da legislação processual civil reguladores das ações possessórias, dada a natureza originária do direito dos índios sobre a terra.

Em arremate, aduz que, num juízo de ponderação entre os valores constitucionais em colisão, devem prevalecer os direitos fundamentais à vida, à saúde, à segurança e à posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas pela comunidade indígena, sobre o direito de propriedade alegado pela recorrida, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Recebido no Supremo Tribunal Federal, o recurso foi distribuído, por prevenção, ao Ministro Edson Fachin, em razão de decisão da Presidência da Corte que reconheceu a existência de conexão entre o apelo extremo e a Ação Cível Originária nº 1.100/SC, na qual se pleiteia a anulação da Portaria nº 1.128/2003 do Ministro da Justiça, que delimitou a Terra Indígena Ibirama-La Klanõ.

Em 21 de fevereiro de 2009, o Plenário, por unanimidade, **reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia 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, erigindo o recurso como paradigma do tema 1.031**<sup>2</sup>. No tocante à questão da negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação, aludiu-se ao julgamento do AI-QO-RG nº 791.292, no qual a Corte, reconhecendo a existência de repercussão geral dessa matéria, reafirmou sua jurisprudência no sentido de que o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (tema 339).

O Ministro Relator deferiu pedido de inclusão da Comunidade Indígena Xokleng no feito, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, e admitiu o Conselho Indigenista Missionário – Cimi como *amicus curiae*.

Em seguida, vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para a elaboração de parecer.

É o relatório.

---

2 Tema 1.031 – 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.

## II

A irresignação manifestada no apelo extremo contempla dois aspectos, quais sejam: (i) ofensa ao art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal, por suposta negativa de prestação jurisdicional; e (ii) transgressão do regramento estabelecido pelo art. 231 da Lei Maior, ante a concessão de proteção possessória a terceiro sobre área de terras reconhecida como de ocupação tradicional indígena.

Quanto ao primeiro ponto, a Corte aplicou ao caso a tese firmada no julgamento do tema 339 da repercussão geral, segundo a qual “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”. O entendimento não merece reparo, uma vez que o acórdão recorrido adotou fundamentação suficiente para embasar sua conclusão, conquanto contrária à pretensão da recorrente, de modo que não se há de falar em negativa de prestação jurisdicional.

### **O recurso deve ser provido, todavia, no que se refere à alegada violação do art. 231 da Constituição Federal.**

O acórdão recorrido, para confirmar a sentença que julgou procedente a ação de reintegração de posse proposta pela Fatma em face de indígenas do povo Xokleng, da Funai e da União, amparou-se em fundamentação *per relationem*, calcada nos seguintes argumentos: (i) apesar de existirem elementos indicativos de que a área litigiosa está abrangida pela Portaria nº 1.128/2003 do Ministro da Justiça, o fato de não haver sido concluído o processo de demarcação da terra indígena pela União impede o reconhecimento da terra como de tradicional ocupação indígena; (ii) a portaria ministerial é insuficiente para autorizar a imissão dos indígenas na posse da área; (iii) até que se ultimem os atos de regularização fundiária, com a demarcação das terras e indenização dos proprietários por benfeitorias, estes exercem posse legítima sobre a área objeto de processo demarcatório, não podendo dela ser retirados sem o devido processo legal; (iv) necessidade de preservação do meio ambiente.

A compreensão externada pela Corte Regional contraria a disciplina dedicada ao tema pelo art. 231 da Constituição da República, divergindo, ademais, do tratamento jurídico historicamente conferido à posse indígena no Brasil, como se passará a expor.

## II.1. Breve retrospecto do direito dos indígenas à terra na história fundiária do Brasil.

Ao chegarem ao Brasil, em 21 de abril de 1500, os portugueses encontraram-se com povos que aqui já habitavam as terras.

Desde o início, o Brasil manteve com os indígenas relação de reconhecimento dos seus direitos às terras de ocupação tradicional, seja como Colônia de Portugal, como Reino Unido a Portugal e Algarves, como Império do Brasil, como República dos Estados Unidos do Brasil e, agora, como República Federativa do Brasil.

O marco regulatório do direito dos indígenas às terras de ocupação tradicional foi estável ao longo dos séculos, iniciando-se com o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 – posteriormente ratificado pela Lei de 6 de junho de 1755 –, que firmara princípio segundo o qual, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos indígenas, considerados como “primários e naturais senhores delas”. Esse documento estabeleceu as raízes do chamado **indigenato**, instituto jurídico luso-brasileiro consistente no reconhecimento do direito originário dos índios sobre suas terras.

Nas palavras de José Afonso da Silva<sup>3</sup>, extraídas da lição apresentada por João Mendes Júnior, o *indigenato*:

[...] não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O *indigenato* é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a *ocupação* é título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si, ‘não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem’. (destaques no original)

Tal direito – congênito e originário – dos indígenas sobre suas terras, independentemente de titulação ou reconhecimento formal, foi preservado no sistema legal brasileiro, com o advento da Lei de Terras de 1850 (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850) e seu decreto regulamentador (Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854), e da Lei de Terras dos Índios de 1928 (Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, o qual disciplina a situação dos índios nascidos no território nacional), que não contrariaram e nem revogaram a reserva das terras indígenas feita, ainda no período colonial, pelo Alvará de 1680.

---

3 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 876.

No campo constitucional, a Constituição de 1934 foi a primeira a dedicar-se à regulação de questões ligadas aos índios, prevendo a proteção das terras onde esses povos estivessem permanentemente localizados (art. 129). Todos os textos constitucionais posteriores também fizeram reconhecimento expresso do direito dos índios à posse sobre suas terras (CF 1937, art. 54; CF 1946, art. 216; CF 1967, art. 186).

É de se ressaltar, todavia, que a clareza do tratamento normativo dado à matéria não foi suficiente para garantir a efetividade desse direito. Vários são os registros históricos que narram os mais diversos tipos de violência praticados contra os primeiros habitantes do Brasil, incluindo-se, aí, a expulsão de suas terras e o extermínio de todo aquele que resistisse ao projeto civilizatório de matriz europeia. Darcy Ribeiro<sup>4</sup>, após realizar retrospecto histórico desse quadro de violações, faz precisa síntese, a qual, embora situada no século XX, mostra-se aplicável a toda a história brasileira:

Assim viviam, assim morriam os índios do Brasil nos primeiros anos deste século. Os que se opunham ao avanço das fronteiras da civilização eram caçados como feras desde os igarapés ignorados da Amazônia até as portas das regiões mais adiantadas. Ainda mais dramático o destino dos índios civilizados. Submetidos ao convívio com as populações brasileiras que ocuparam seu antigo território, incapazes de se defenderem da opressão a que eram submetidos, viviam seus últimos dias. Expulsos de suas terras, eram escravizados nos seringais e nas fazendas onde enfrentavam condições de vida a que nenhum povo poderia sobreviver.

Somente se conservavam unidos e no domínio das terras que ocupavam quando estas não representavam nenhum valor econômico e sua cooperação como mão de obra não fosse um imperativo da economia regional. Era fatal para os índios a ocorrência de qualquer fonte de riqueza em seu território, como minérios, essências florais de grande procura ou o valor relativo do próprio terreno, quando à acessibilidade se juntavam possibilidades de aproveitamento agrícola e pecuário. Alguns anos mais de abandono e todos esses índios teriam desaparecido sem deixar vestígios na população que lhes sucedesse.

Desde a colonização portuguesa, os indígenas foram tidos como povos selvagens, primitivos, que estavam em um estágio inferior da evolução humana e representavam empecilho ao desenvolvimento e ao progresso civilizatório. Com base nesta concepção, considerava-se que os indígenas eram incapazes de fundar e fazer funcionar suas instituições, o que justificou sua submissão a um regime de natureza tutelar<sup>5</sup>.

- 4 RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 131.
- 5 O “procurador dos índios” é uma figura mencionada no Alvará de 26 de julho de 1596, na Lei de 9 de abril de 1655 e no Regimento das Missões de 1686, sempre no sentido de ser alguém encarregado de requerer justiça em nome dos indígenas. A noção de capacidade civil relativa, condicionada ao “grau de civilização” dos índios, e o correlato regime jurídico da tutela, materializaram-se, de maneira sistematizada, no Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, que disciplinava a situação dos índios nascidos no território nacional. O

Nessa linha, a política indigenista desenvolvida até o advento da Constituição de 1988 tinha como paradigmas o **integracionismo** e o **assimilacionismo**, de acordo com os quais, sendo a sociedade brasileira uma só, impunha-se a gradual incorporação dos povos indígenas ao processo tido como “civilizatório”, integrando-os à dinâmica da sociedade envolvente e despindo-os de suas características singulares.

Os direitos indígenas, nesse contexto, não eram vistos sob o prisma de direitos fundamentais das comunidades. O direito à terra, embora assegurado aos índios em sucessivos diplomas normativos, e, a partir de 1934, nos textos constitucionais, não estava atrelado ao reconhecimento de outros direitos a esses povos, estando, antes, mais relacionado a uma ideia de confinamento territorial dos índios – com o múltiplo propósito de conhecê-los, controlá-los e transformá-los, e, ao mesmo tempo, de viabilizar projetos de expansão da ocupação do território nacional e de desenvolvimento econômico –, do que à garantia de espaços necessários à manutenção da vida de determinado grupo, de acordo com seus usos, costumes, e formas próprias de organização social.

A Constituição de 1988, notória por ter ampliado os direitos individuais, inovou ao dedicar um capítulo inteiro aos direitos dos indígenas. Rompendo com os paradigmas assimilacionista e integracionista que antes permeavam o tratamento da questão indígena, a nova ordem constitucional, além de reafirmar o secular direito dos índios às terras tradicionais, instituiu e valorizou o direito dos povos indígenas de se considerarem diferentes e serem respeitados como tais, e reforçou a proteção a suas instituições, culturas e tradições.

Em sentido diverso dos regimes constitucionais anteriores, que estavam fundados em diretrizes homogeneizantes, a Lei Fundamental de 1988 adotou um paradigma pluralista e multicultural, abrindo-se às diversas formas de manifestações étnicas e culturais que formam as múltiplas identidades componentes da sociedade brasileira. A observação de Deborah Duprat<sup>6</sup> bem define essa nova realidade constitucional, também evidenciada em documentos internacionais<sup>7</sup> dos quais o Brasil é signatário:

posterior Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), manteve inalterado esse cenário jurídico: incapacidade civil relativa, tutela e atribuição ao órgão federal de assistência ao índio da “defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas” (art. 35).

6 PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito. O direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. *In*: PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Brito (org.). **Pareceres Jurídicos: Direitos dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Manaus: UEA, 2007, p. 10.

7 Destacam-se, nesse ponto, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais – ambas já integrantes do ordenamento jurídico interno – e, mais recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A noção central, comum a esse conjunto de atos normativos, é a de que, no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados Nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.

Essa mudança de perspectiva gerou reflexos sobre a proteção das terras indígenas e o modo pelo qual se compreende a relação entre o índio e a terra. Se, antes de 1988, as Constituições – a partir de 1934 – limitavam-se a prever o respeito à posse das terras dos “silvícolas” e a tratá-las – a partir da Constituição de 1967/1969 – como bens da União, a lei fundamental vigente não se limita a decretar a proteção da posse, mas relaciona o direito sobre as terras ocupadas pelos índios aos seus modos próprios de organização social, costumes, línguas e tradições, deixando clara a **fundamentalidade** desse direito e sua indispensabilidade para o exercício de todos os demais direitos assegurados aos povos indígenas.

É o que se passará a expor.

## **II.2 – A Constituição de 1988 e a proteção das terras indígenas como espaços imprescindíveis à sobrevivência física e cultural dos índios.**

Como acima se demonstrou, os direitos originários sobre as terras estão no centro dos direitos reconhecidos aos índios há séculos, desde a origem do Brasil.

Na ordem constitucional vigente, todavia, esses direitos assumiram nova feição, passando a gozar de uma **proteção qualificada**, decorrente de seu entrelaçamento com outros direitos fundamentais reconhecidos aos povos indígenas, em especial o respeito aos seus modos próprios de viver.

Assim dispôs o constituinte de 1988:

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.

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.

Como se vê, a Constituição de 1988 regulamentou os principais aspectos do direito à terra com os objetivos de recuperar, conservar e acautelar os direitos indígenas desta e das próximas gerações. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente. Cabe-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. São terras inalienáveis e indisponíveis, porque se destinam a esta e às futuras gerações. Os direitos sobre elas são imprescritíveis, para que as agressões que os vitimaram durante séculos não selem o seu destino e tornem irremediável o dano que lhes foi causado. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, para que não sejam desvinculados de suas tradições e de seu modo de viver. Finalmente, são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse por terceiros das terras indígenas.

A Constituição reconhece, assim, que a posse dos índios sobre suas terras não se relaciona a uma questão física de mera apreensão de um bem, e nem se identifica com a noção de propriedade privada. No **modelo atual**, mais do que em qualquer outro, a posse a ser garantida aos indígenas há de ser aquela voltada à sua sobrevivência física e à preservação de sua identidade cultural, devendo abranger todo o espaço físico necessário para tanto.

Por essa razão, diversos são os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que afirmam a necessidade de fazer-se distinção entre a posse indígena e aquela de direito civil, para a qual importa tão somente o espaço **de fato** ocupado e explorado. José Afonso da Silva<sup>8</sup> – destacando, nesse ponto, que o direito dos índios sobre suas terras é **originário**, advindo do instituto do indigenato –, estabelece de forma clara e precisa essa diferenciação:

Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico da interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índios com as terras que habita.

A centralidade da terra para os índios está exatamente na sua estreita relação com os aspectos culturais e identitários do grupo. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos ressalta que:

Para os indígenas, a terra tem importância central, já que dela dependem para sua sobrevivência física e cultural. (...) Pela linguagem constitucional, a CF/88 adotou o *indigenato* (...).<sup>9</sup>

Essa circunstância foi ressaltada em vários votos no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet nº 3.388/RR), a exemplo daquele proferido pelo Ministro Menezes Direito:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.

[...] É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. O índio é assim, ontologicamente terrâneo, tanto que os termos autóctone e nativo dão idéia de algo gerado e formado em determinado **locus**. O índio é, assim, um ser de sua terra. ‘A posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios’, escreveu **Darcy Ribeiro** em 1962 (A Política Indígena Brasileira. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962. pág. 143).

Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.

<sup>8</sup> *Op. cit.*, p. 877.

<sup>9</sup> CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 856.

Tamanho é a importância desse elemento, que a Constituição de 1988, de forma inaugural, estabeleceu um conceito para “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”. Segundo o § 1º de seu art. 231, “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para as 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 terra indígena, portanto, de acordo com a concepção ampliada introduzida pelo ordenamento constitucional vigente, há de contar com todos esses atributos. Ela não é apenas o local de habitação, mas a soma dos espaços de habitação, de atividade produtiva, de preservação ambiental e daqueles necessários à reprodução física e cultural do grupo. Não se impõe qualquer hierarquização entre os critérios contidos no dispositivo constitucional em questão, devendo eles, ao contrário, ser vislumbrados de maneira integrada e conjunta.

Essa compreensão foi validada pelo Ministro Menezes Direito, no já mencionado julgamento da Pet nº 3.388/RR. Apropriando-se da expressão “fato indígena”, cunhada pelo Ministro Nelson Jobim, definiu-o pelo concurso dos elementos supracitados – aos quais agregou, porém, o marco temporal de 5 de outubro de 1988. Confira-se:

Mas a habitação permanente não é o único parâmetro a ser utilizado na identificação das terras indígenas. Em verdade, é o parâmetro para identificar a base ou núcleo da ocupação das terras indígenas, a partir do qual as demais expressões dessa ocupação devem ser manifestar.

Para além desse fator temporal, exigem-se na caracterização das terras indígenas, como expõe **Luiz Armando Badin**, os seguintes fatores:

[...]

b) fator econômico – as terras devem ser utilizadas para suas atividades produtivas; são os locais necessários à subsistência e produção econômica (como campos de caça, pesca, coleta e cultivo, por exemplo);

c) fator ecológico – as terras devem ser imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários a seu bem-estar;

d) fator cultural e demográfico – as terras devem ser necessárias a sua reprodução física e cultural (manifestações culturais da comunidade, cemitérios, locais religiosos e destinados a práticas rituais), bem como a outras atividades próprias a sua organização social e econômica” (Sobre o conceito constitucional de terra indígena. **In** Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 51. nº 190, jul/dez-2006. Págs. 127 a 141).

[...]

Conclui-se que uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (5/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradi-

cional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta.

E, precisamente porque a aferição dos quatro critérios constitucionais conformadores dos parâmetros que atestam a **tradicionalidade** da ocupação indígena sobre determinada área deverão levar em consideração as características socioculturais de cada grupo, não há uma fórmula unívoca capaz de abarcar todas as terras indígenas, diante das especificidades étnicas dos diversos povos indígenas do Brasil. A definição do espaço de terras de que trata a Constituição deve ocorrer, em cada caso, por meio de estudo **antropológico**, vocacionado ao exame e compreensão dos costumes, crenças, tradições e organização social de cada grupo indígena<sup>10</sup>.

É importante sublinhar, por outro lado, que o traço da **originalidade** do direito dos índios às terras que ocupam foi reafirmado pela Constituição de 1988, o que denota a **precedência** desse direito sobre qualquer outro. O art. 231 do texto constitucional tem, portanto, natureza **declaratória** do direito dos índios às terras de ocupação tradicional, uma vez que esse é, como visto, um direito secularmente assegurado.

Consequência disso é o caráter também **declaratório** do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas – dever constitucionalmente imposto à União, como forma de protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens –, o qual reconhece direito originário, precedente, dos indígenas.

Sendo originários os direitos dos índios sobre suas terras, são preexistentes a qualquer escritura, não cabendo sequer indenização sobre esses títulos, como expressamente estatui o art. 231, § 6º, da Constituição Federal.

Anotese, finalmente, que o constituinte de 1988, repetindo previsão já constante do regime constitucional pretérito, inseriu as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União (art. 20, XI). Trata-se, no entanto, de “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

---

10 O Decreto nº 1.775/1996 – e, antes dele, o Decreto nº 22/1991 –, dispõe que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, o qual elaborará estudo antropológico de identificação.

comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”<sup>11</sup>.

Traçado esse panorama do atual tratamento constitucional dos direitos fundamentais dos povos indígenas, e, mais especificamente, do avanço promovido pela Constituição de 1988 na proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, cumpre tecer considerações a respeito da interpretação conferida a esse conjunto normativo pelo Supremo Tribunal Federal, no histórico julgamento da Pet nº 3.388/RR, em que se analisou a regularidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

### **II.3. Caso Raposa Serra do Sol. Tese do marco temporal. Incompatibilidade com o regime jurídico-constitucional das terras indígenas. Restrição dos parâmetros decisórios ao caso concreto.**

O julgamento da Pet nº 3.388/RR, em que se decidiu a situação territorial da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, teve grande repercussão sobre a questão indígena no Brasil. Nele, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu aprofundada análise do regime protetivo de terras indígenas atualmente vigente, e de suas implicações sobre diversas outras matérias de relevo na ordem constitucional, como o federalismo, as faixas de fronteira, as atividades das Forças Armadas, a preservação ambiental, o direito de consulta, a exploração de recursos minerais e recursos hídricos, o ingresso de não-índios em terras indígenas, dentre outros.

Além de decidir o caso concreto submetido ao seu exame, a Suprema Corte fez agregar ao dispositivo do respectivo acórdão dezenove “salvaguardas institucionais”, correspondentes a condições que deveriam ser observadas na demarcação e ocupação de terras indígenas. Ademais, na fundamentação do julgado, desenvolveram-se as chamadas teses do “marco temporal” e do “esbulho renitente”, que, em termos gerais, indicam ser necessária, para o reconhecimento de direitos territoriais indígenas, a demonstração de posse indígena na data de promulgação da Constituição de 1988 ou, inexistente esta, prova de resistência persistente ao esbulho sofrido pela comunidade indígena.

A partir desse julgamento, houve a propositura de grande número de demandas judiciais nas quais se pretende invalidar processos administrativos de demarcação de terras indígenas com base em uma aplicação automática e irrefletida das “condicionantes” fixadas no caso Raposa Serra do Sol, bem como da tese do marco temporal, o que tem gerado grande

---

<sup>11</sup> RE 183.188/MS, Relator: Min. Celso de Mello, j. 10.12.1996, 1ª Turma, DJ de 14.02.1997.

instabilidade jurídica e social nessa seara, com bem ressaltou o Ministro Edson Fachin ao reconhecer a repercussão geral da matéria constitucional suscitada neste recurso extraordinário.

Contudo, embora seja indubitável a importância desse precedente, não se pode admitir que seu conteúdo seja distorcido e interpretado em descompasso com os outros capítulos da história constitucional brasileira e com a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal.

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

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

(ênfases acrescidas)

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

Em inúmeras outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal afastou a pretensa vinculação às condicionantes. Precisamente nesse sentido, a Ministra Rosa Weber, em 11 de março de 2014, no MS nº 31.901/DF, decidiu:

**As “condicionantes” adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico.** O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado; apenas limitam, de forma mais ou menos extensa, o campo de abrangência sobre o qual poderia ser estendido o entendimento inicial, caso tais condicionantes não existissem. **À primeira vista, deve-se evitar um processo de rompimento de unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos, possam vir a ser aplicadas de modo independente.**

Tal resultado prático resultaria contraditório, em última instância, à intenção externada pelo saudoso Ministro Direito – no sentido de fazer da Pet 3.388/RR um caso verdadeiramente paradigmático, a orientar a jurisprudência e a Administração Pública na tomada de decisões futuras a respeito da questão indígena

**Dessa forma, há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema, a pretensão de destacar uma dessas “condicionantes” do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida.** Se a própria inicial assume que o auxílio ao *leading case* é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda.

(grifou-se)

Da mesma forma, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento de agravo regimental no MS nº 31.100/DF, em 13 de agosto de 2014, ratificou essa intelecção, conforme revela o seguinte excerto extraído do acórdão então proferido:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] IV - O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “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.

Em idêntico sentido, na Rcl nº 113.769/DF, em que se alegava desrespeito à autoridade do aresto prolatado pelo Plenário do STF no julgamento da Pet nº 3.388/RR, o Ministro Lewandowski já havia pontuado que “não houve no acórdão que se alega descumprido o expreso estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das

normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares”.

No julgamento da Rcl nº 14.473/RO, o Ministro Marco Aurélio dispôs que “ao julgar os embargos declaratórios na Petição nº 3.388/RR, o Plenário, nas discussões ocorridas, não sufragou o entendimento sobre o fato articulado nesta reclamação, ou seja, a tomada das salvaguardas fixadas visando definições de conflitos de interesse a envolver terras indígenas. O relator dos embargos chegou a consignar que o pronunciamento alusivo à referida petição mostrou-se específico, limitado às terras indígenas de Raposa Serra do Sol”, negando, então, seguimento ao pedido formulado pelo Município de Lábrea.

Conclui-se, assim, que **inexiste consolidação jurisprudencial acerca da tese do marco temporal**, e que não houve intenção da Corte Suprema de atribuir às condicionantes do caso Raposa Serra do Sol caráter obrigatório e vinculante, razão pela qual é incabível qualquer pretensão de aplicação automática das conclusões firmadas nesse precedente a outros processos demarcatórios de terra indígena, especialmente sem problematizá-las.

E, havendo a oportunidade de debruçar-se a Corte uma vez mais sobre a temática, desta feita sob a sistemática da repercussão geral, a Procuradoria-Geral da República reafirma o entendimento que vem defendendo em sucessivas manifestações, desde o julgamento da Pet nº 3.388/RR, no sentido de que **a aplicação geral e irrestrita da tese do marco temporal não se coaduna com o regime jurídico-constitucional das terras indígenas no Brasil**.

Conforme anteriormente se expôs, o reconhecimento de **direitos originários** dos índios sobre suas terras remonta ao período colonial, sendo preservado nas legislações que se seguiram nos períodos imperial e republicano. A partir de 1934<sup>12</sup>, esses direitos passaram a

12 **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. 4º. Incluem-se entre os bens da União: [...] IV – as terras ocupadas pelos silvícolas; 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 Constitucional nº 1/1969** – Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: [...] IV – as terras ocupadas pelos silvícolas; Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as 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 ocupan-

ter sede constitucional, o que foi não apenas preservado nas constituições seguintes, mas paulatinamente potencializado, alcançando seu patamar mais elevado de proteção na Constituição da República de 1988, nos termos dos dispositivos já transcritos.

Pontes de Miranda<sup>13</sup>, em análise ao art. 216 da Constituição de 1946, de redação bastante similar ao seu correlato da Constituição de 1934, observou:

O texto respeita a “posse” do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da *localização permanente*. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há *posse e 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 da Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra 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 do direito de propriedade ou da posse (uso, fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola, ainda que por posse de quinze anos; c) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo para preclusão, por infringirem texto constitucional.

(destaques no original)

Veja-se que, não obstante a ausência de norma constitucional expressa, a posse indígena e a localização permanente eram pressupostos, desde 1934, aptos a gerar a nulidade de qualquer título incidente sobre a respectiva área. Nas palavras de Duprat<sup>14</sup>, “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”.

A partir da Constituição de 1967, as terras indígenas foram expressamente incluídas entre os bens da União, e, com o advento da Emenda Constitucional nº 1/1969, passou a constar do texto constitucional a cláusula da inalienabilidade das terras habitadas pelos índios, e da nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de atos que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação dessas terras.

---

tes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

13 Comentários à Constituição de 1946, tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, pp. 467/468.

14 DUPRAT, Deborah. O Marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneira da; BARBOSA, Samuel (orgs.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018.

Assim, ante a ausência de vácuo normativo-constitucional no tratamento da matéria, qualquer título incidente sobre terras indígenas, pelo menos desde 1934, deve ser considerado **nulo de pleno de direito**.

Tal entendimento é consagrado de longa data no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como demonstra o acórdão prolatado na ACO nº 323/MG (Relator: Min. Francisco Rezek, DJ de 08.04.1994), que teve como parâmetro de controle a Constituição de 1967, no qual a Corte declarou que o afastamento dos índios de suas terras não importa perda do seu direito territorial, tendo o Ministro Néri da Silveira assim se manifestado:

Trata-se de terras ocupadas pelos índios ao longo do tempo e, se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal.

No mesmo julgamento, o Ministro Francisco Rezek externou o entendimento de que, desde a Constituição de 1934, as terras em que verificada a posse indígena pertenciam ao domínio da União, motivo pelo qual os Estados-membros não poderiam, a partir do advento daquela ordem constitucional, emitir títulos de propriedade em favor de terceiros, de modo unilateral, relativamente a essas terras. Confira-se:

Não podia o Estado, assim, dar as terras a terceiros e promover o registro disso já na segunda metade do século. Em 1958, com o alegado abandono da colônia, o poder público estadual já não tinha base jurídica para invocar condição resolutiva – em gesto unilateral – e disseminar títulos de propriedade a partir de então, porque desde de 1934 as constituições vinham dizendo do domínio da União sobre as terras em que verificada – como aqui atesta o acervo pericial – a posse indígena. Não vejo como, frente a quadro tão transparente, fazer abstração do que dizem os fatos e o direito constitucional de mais de meio século para tão só manter o estado atual das coisas.

Essa compreensão foi retomada na ACO nº 362/MT, em que a Corte afirmou não caber indenização em favor de Estado-membro, se comprovada a histórica presença indígena na área. Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes registrou que, desde 1934, as constituições brasileiras consagram aos índios direito à posse sobre as terras que ocupam, registrando que o Supremo Tribunal Federal define tais terras como de propriedade da União:

A partir da Constituição de 1934, as constituições passaram a consagrar o direito dos grupos indígenas sobre os imóveis por eles ocupados e o próprio Supremo Tribunal Federal foi definindo que essas áreas de ocupação indígena são de propriedade da União, o que culminou na edição da Súmula 480 [...].

De modo que, a partir de 1934, não caberia falar em usucapião ou em posse de terceiros sobre as terras ocupadas por índios, sendo nulos os atos de ocupação praticados por não-índios em relação a essas terras. A perda da posse pelos índios, a partir da Constituição de 1934, só se presta a desqualificar uma área como indígena se ela foi **voluntária**, na medida em que, sendo o esbulho ato contrário à Constituição e às leis, não se pode atribuir-lhe aptidão para neutralizar um direito, mesmo com o passar do tempo.

Essa reflexão é suficiente para indicar que uma tese rígida sobre o marco temporal, desconectada da realidade de luta pela construção do arcabouço normativo protetivo dos direitos dos índios, representa **retrocesso** na tutela e efetivação desses direitos. A partir da análise da evolução no reconhecimento de direitos territoriais indígenas, é possível afirmar que, **se marco temporal há, ele seria em 1934**, quando se inaugurou a proteção constitucional das terras indígenas.

A questão da definição de um marco temporal da ocupação indígena não é nova na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em 1998<sup>15</sup>, o Plenário da Corte enfrentou discussão a respeito da titularidade das terras onde se localizavam antigos aldeamentos indígenas, já extintos na época. O Ministro Nelson Jobim, em seu voto, chamava a atenção para a impropriedade da teoria do indigenato no contexto da Constituição de 1988, que substituíra a expressão “posse imemorial” por “posse tradicional”. Segundo ele, o § 1º do atual art. 231 define “terra indígena” mediante a composição de quatro elementos distintos, sendo o primeiro deles a atualidade da posse.

Sob o regime constitucional anterior, embora não tenha a Corte debruçado-se de maneira aprofundada sobre a temática relativa às terras indígenas, alguns parâmetros importantes foram estabelecidos.

O primeiro deles refere-se ao já citado art. 129 da Constituição de 1934, que inaugurou a proteção constitucional ao tema. Seguindo a linha proposta por diversos doutrinadores, segundo os quais, desde o advento desse texto constitucional, eram nulos todos os títulos incidentes sobre terras indígenas, o Supremo Tribunal Federal também assim compreendeu, constando de vários acórdãos do período trechos como o seguinte:

A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas ‘nos termos em que a lei determinar’, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupa-

<sup>15</sup> RE 219.983, Relator: Min. Marco Aurélio, DJ de 17.09.1999.

ção das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem ‘ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse’ (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, tomo VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira (Comentários à Constituição Brasileira, 1983, p. 731/732), Paulino Jacques (A Constituição Explicada, 1970, p. 195) e Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, 1970, p. 346).” (MS 20.575, Relator: Min. Aldir Passarinho, DJ de 21.11.1986).

Em relação ao requisito da posse, já havia, tal como expressara o Ministro Marco Aurélio, no RE nº 219.983/SP, a preocupação com o chamado “efeito Copacabana”<sup>16</sup>, ou seja, de retornarem à posse dos indígenas todas as terras por eles ocupadas no passado, sem qualquer sinal de atualidade. Um critério então proposto foi verificar a presença indígena por ocasião da transmissão do título originário. Nesse sentido, a seguinte ementa:

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DE IMÓVEL PARA INTEGRAR O PARQUE NACIONAL DO XINGU.

-Verificado que nas terras em causa não se achavam localizados, permanentemente, silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946), à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), pois que foram levados para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), válidos são os títulos de propriedade do suplicante, e a União não poderia ter-se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as respectivas perdas e danos. Ação cível originária julgada procedente. (ACO 278, Relator: Min. Soares Muñoz, DJ de 11.11.1983)

E, ainda, trecho extraído do julgado proferido no MS nº 20.215/MT (Relator: Min. Décio Miranda, DJ de 28.03.1980):

Aferido que as terras em causa não são ocupadas por silvícolas, ou já não o eram desde os idos de 1960, que parece ter sido a época de sua transmissão a particulares pelo Estado de Mato Grosso, os títulos dos impetrantes, a admitir que tenham regularmente essa origem, sobrenadariam à impugnação que se lhes viesse a fazer sob esse aspecto. Verificado, porém, que a aquisição originária, ou as que se lhe seguiram, coincidem com a regular ocupação indígena, os títulos dos impetrantes perderão a força que acaso formalmente tenham.

A ausência indígena na área em disputa, por sua vez, era dado que somente afastava a proteção constitucional se decorrente de vontade do grupo, e não de esbulho. No já mencionado julgamento da ACO nº 323/MG, o Ministro Néri da Silveira observou:

<sup>16</sup> Um dos argumentos que embasam a tese do marco temporal é o de que a ausência de uma data-limite para se estabelecer o direito à posse da terra, e defini-la como indígena, pode levar toda e qualquer parte do país a ser declarada como território tradicional, o que faria com que, segundo os defensores da tese, os índios pudessem reivindicar para si a orla de Copacabana, criando o “efeito Copacabana”.

Registro, particularmente, a circunstância de, à época em que o Estado expediu os títulos de domínio, ora objeto da ação, essas terras já eram, sem dúvida alguma, pertencentes ao domínio da União, por força do art. 4º, inciso IV, da Constituição de 1967. Tratava-se de terras ocupadas por índios ao longo do tempo e se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal.

Esse rápido apanhado autoriza a conclusão de que a adoção da data da promulgação da Constituição vigente (5 de outubro de 1988) como referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam representa uma involução na jurisprudência da própria Suprema Corte no tema “terras indígenas”, contrariando, ademais, as perspectivas adotadas pela Corte a respeito da nova conformação constitucional e da fundamentalidade desses direitos<sup>17</sup>.

O art. 231 da Constituição reconhece aos índios, em seu *caput*, “**direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**”, atribuindo à União o dever de “**demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens**”. O § 1º do mesmo artigo, por sua vez, define como 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”.

O Constituinte, conscientemente, preferiu a terminologia “tradicionalidade” a “imemorialidade”, de modo a expressar que o elemento central para a definição de terra indígena é o modo de ocupação tradicional, e não propriamente que haja presença dos índios no local desde tempos remotos. Como elucidava José Afonso da Silva, que foi o redator da definição adotada pela Comissão Afonso Arinos no texto-base dos dispositivos constitucionais do Capítulo destinado aos índios:

*Terras tradicionalmente ocupadas* não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1º de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão *ocupadas tradicionalmente* não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou

17 No RE nº 183.188/MS (DJ de 14.02.1997), o relator, Ministro Celso de Mello, fez constar em seu voto: “**Emerge** claramente do texto constitucional que a **questão da terra** representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, **sem** a possibilidade de acesso às terras indígenas, **expõe-se** ao risco gravíssimo da **desintegração** cultural, da **perda** de sua identidade étnica, da **dissolução** de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da **erosão** de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive”. (destaques no original)

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 há 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, em fim, 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 pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.

(grifos no original)

A Constituição vigente deixou claro, ademais, que identificação de terra indígena está intrinsecamente à noção de **identidade coletiva** do grupo, de modo que a “tradicionalidade” não poderia simplesmente ser afastada caso algum particular tivesse, em algum momento, apropriado-se indevidamente da área. A identificação, a delimitação e a demarcação das terras indígenas foram previstas, pela Lei Maior, como dever da União, que deverá executá-las conforme a presença peculiar de cada etnia e sua própria cosmovisão (endógena ou intraétnica)<sup>18</sup>. Para tanto, a metodologia a ser utilizada é a antropológica, aliada a estudos de naturezas etnohistórica, sociológica, geográfica, cartográfica, ambiental, entre outras.

Sendo assim, **o estudo antropológico é fundamental para se demonstrar concretamente o atendimento dos pressupostos constitucionais e concluir-se se a área é, ou não, tradicionalmente ocupada**. Isso, inclusive, foi explicitado no voto condutor do caso Raposa Serra do Sol, da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto:

---

18 “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**. (Grifou-se) (STF, PET. 3388/RR, Relator: Min. Carlos Ayres Britto).

O que importa para o deslinde da questão é **que toda a metodologia propriamente antropológica** foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo [...]. Afinal, **é mesmo ao profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena.**

[...]

Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio “tradicionalmente”, grafado no caput do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, 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 (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (parágrafo 1º do art. 231. Do que decorre, inicialmente, o sobredireito ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios.

Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de unha e carne).

(ênfase acrescida)

De outra banda, quanto à natureza jurídica da demarcação, o multicitado art. 231 da Constituição de 1988 afasta qualquer polêmica: é ato de mero reconhecimento (declaratório) dos direitos originários dos índios sobre suas terras; logo, sem natureza constitutiva. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou inúmeras vezes nesse sentido, a exemplo do julgamento proferido no caso Caramuru-Catarina-Paraguaçu (ACO nº 312/BA), cuja ementa registra:

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. (ACO 312/BA, Relator: Min. Eros Grau, Relator para o acórdão: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 21.03.2013)

Em oportunidade mais recente, a Corte, no julgamento das ACOs 362/MT e 366/MT, indeferiu pedido de indenização do Estado de Mato Grosso, formulado sob a alegação de que a União teria apropriado-se de áreas de seu domínio e ampliado terras indígenas. Confirmando o entendimento que aqui se defende, o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator, Ministro Marco Aurélio, para assentar que, desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras indígenas como devolutas:

Não é possível, insisto, falar em terras devolutas ocupadas por silvícolas. Ou são “devolutas”, e aí seriam do Estado. Ou são “indígenas”, e aí seriam da União. Dessa forma, se

não cabe falar, no caso, em terras devolutas, conseqüentemente, a propriedade, o domínio, não passou para o Estado em momento algum. Esse domínio foi caracterizado e, posteriormente, consagrado da União, e a União não precisa indenizar, seja o Estado, sejam particulares, pela utilização das suas próprias terras para uma destinação constitucionalmente prevista, que é o reconhecimento dessas áreas indígenas.

A tônica da decisão é a de que a proteção de terras indígenas, por serem estas destinadas exclusivamente ao usufruto dos índios, impede qualquer tipo de utilização da área com objetivo diverso e/ou seu esbulho, inclusive se praticados por meio de atos do próprio Estado (incluindo-se aqui União, estados e municípios). Na mesma linha, o Ministro Eros Grau ressaltou, no caso Raposa Serra do Sol, a proteção das terras indígenas contra esbulho de qualquer natureza:

As terras indígenas são de propriedade da União, porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui – propriedade da União – resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras – leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete – são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores.

O regime das terras públicas destinadas ao usufruto exclusivo dos índios é muito bem resumido no seguinte trecho, da lavra do Ministro Gilmar Mendes<sup>19</sup>:

a) as terras indígenas não integravam o patrimônio estadual, mesmo na vigência da Constituição de 1891; b) a teor do disposto no art. 129, da Constituição de 1934 (e, posteriormente, no art. 154, da Carta de 1937 e no art. 216, da Constituição de 1946), a propriedade da União sobre as terras ocupadas pelos silvícolas constitui expressão do ato-fato relativo à posse; c) embora a demarcação das terras indígenas tenha resultado, eventualmente, de uma lei estadual, não se reconhece à unidade federada o poder de reduzir a área, que, na época da promulgação da Constituição, era ocupada pelos índios como seu ambiente ecológico; d) os atos legislativos estaduais que estabeleceram os limites das áreas ocupadas pelos indígenas, bem como as transcrições no Registro Imobiliário, tem, portanto, caráter meramente declaratório, uma vez que o domínio aqui é mera expressão da **posse permanente**; e) o reconhecimento da situação dominial, de forma reduzida, não obsta a que se postule ou a que se proceda à sua aplicação, pelas vias legais; f) os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição pela chamada nulidade superveniente, que decorre da regra expressa no seu art. 129; g) as terras ocupadas pelos silvícolas que, sob o regime da Constituição de 1891, integram o patrimônio coletivo indígena, passaram, com a promulgação da Carta de 1934, em caráter irreversível, para o domínio da União (Cf. Dec. 736/36, art. 3<sup>a</sup>, “a”); h) a concessão dos títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após o advento da Constituição de 1934 é írrita, de nenhum efeito; i) a expulsão, o homicídio ou genocídio de silvícolas não tem o condão de convalidar os títulos originariamente nulos, concedidos a partir de 16.7.34; j) assim, em caso de desafetação ou desdestinação das terras de domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura a reversão ao domínio pleno da União; k) toda e qualquer discussão toda e qualquer discussão sobre a existência de não de posse indígena – e, por

<sup>19</sup> Revista de Direito Público. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo tribunal Federal sob n. 005/85. N. 86 – abril-junho de 1988 – ano XXI. “Terras ocupadas pelos índios.”

consequente sobre a caracterização ou não de domínio federal – há de remontar, inevitavelmente, aos atos de 1934, quando o constituinte houve por bem consagrar o domínio da União sobre as terras de ocupação indígena.

Nesse cenário, a interpretação mais apurada do acórdão da Pet nº 3.388/RR demonstra que o Supremo Tribunal Federal, nem para aquele caso, aplicou um marco rigoroso e absoluto em 1988, **que permitisse ignorar toda sorte de violência e ilegalidades que houvessem resultado no afastamento dos índios de suas terras contra a sua vontade.** Havia, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, áreas indígenas não ocupadas pelos índios em 5 de outubro de 1988, em que terceiros exerciam “posse” de boa-fé ou de má-fé – ou seja, adquirida mediante título ou por meio de esbulho. Em ambos os casos a Corte Suprema entendeu válida a demarcação, determinando a desocupação pelos ocupantes não-índios.

Se realmente tivesse sido firmada orientação no sentido de que bastaria que os índios não estivessem na área em 1988, para se desqualificar a tradicionalidade da ocupação, a própria demarcação da TI Raposa Serra do Sol teria sido desconstituída. Ao contrário disso, a proteção da terra indígena em face de terceiros foi realçada pelo Ministro Eros Grau nesse julgado:

As terras indígenas são de propriedade da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui - propriedade da União - resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras - leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete - são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores.

Daí porque não é mais necessário recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o indigenato . A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupavam na data da sua promulgação. Direi, pois, ainda outra vez: disputa entre agentes econômicos e índios, por terra indígena, consubstancia disputa juridicamente impossível; em situações como tais não há oposição de direitos; ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum. Em termos gentis, embora plenos de vigor: a suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol houvesse disputa pela terra entre índios e qualquer agente econômico privado configuraria evidente tolice, rematada insensatez.

A Corte utilizou, naquela assentada – julgamento do caso Raposa Serra do Sol –, a expressão “esbulho renitente”, cujo sentido foi delineado no voto do Ministro Ayres Britto, do qual constou 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. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação **não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação de sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”**.

(Grifou-se)

De acordo com os “jogos de linguagem” de Ludwig Wittgenstein<sup>20</sup>, os sentidos dos itens mentais ou linguísticos só podem ser interpretados no contexto de seu uso. Nessa linha, o voto condutor da Pet nº 3.388/RR reconheceu que o renitente esbulho não se caracteriza exclusivamente por eventual conflito de natureza possessória, mas pela **resistência** dos indígenas e pela **afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo**. Ou seja: devem ser levados em consideração os **modos próprios de afirmação e de resistência do grupo envolvido**, sendo que a presença em um contexto macro, em todo o complexo, não exige que a resistência seja de índole exclusivamente civil e mediante conflito físico, marcado pela violência.

As formas de resistência também são reflexos da organização cultural de cada etnia, que, em última instância, estão resguardadas pelos arts. 215<sup>21</sup>, 216<sup>22</sup> e 231<sup>23</sup> da Constituição da República. Conforme defende Duprat<sup>24</sup>, recorrendo a James Scott:

20 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigationes filosóficas**. México: UNAM, 1988.

21 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. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. §3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais; III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV - democratização do acesso aos bens de cultura; V - valorização da diversidade étnica e regional.

22 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.

23 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.

24 DUPRAT, Deborah. O Marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneira da; BARBOSA, Samuel (orgs.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018.

De resto, há povos indígenas para os quais o conflito e a violência são muito penosos, às vezes até insuportáveis. Aliás, James Scott chama a atenção de que, para a maioria dos grupos historicamente subordinados, as pequenas guerrilhas silenciosas, travadas em seu cotidiano, costumam ter um impacto bem maior do que rebeliões, revoltas e levantes de larga escala. Ele tem em mente armas comuns, tais como, o “corpo mole”, a dissimulação, a submissão falsa, as sabotagens, os saques, os incêndios premeditados, a ignorância fingida, a fofoca, etc.

Basta lembrar que, na TI Raposa Serra do Sol, vários indígenas trabalhavam nas fazendas então sob o poder de particulares, o que representa forma estratégica e inteligente dos grupos minoritários de se manterem nos seus territórios enquanto o Estado não promove a demarcação<sup>25</sup>. E, como bem resumiu Duprat, “a desqualificação dessas iniciativas e a exigência de que a figura do 'esbulho renitente' se acomode à imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria são, a um só tempo, a negativa ao pluralismo e ao processo histórico nacional”<sup>26</sup>.

Como bem assinala André de Carvalho Ramos<sup>27</sup>:

**Exigir resistência física ou jurídica** implica em aplicar às comunidades indígenas **padrões de comportamento da sociedade envolvente**, sem contar que se desconsidera o histórico de violência e miserabilidade daqueles que perderam suas terras, *mas que mantém o desejo de retomada da área*. De fato, em vários casos, a comunidade indígena mantém-se nas proximidades, em intensa situação de vulnerabilidade, inclusive sendo usada como mão de obra barata. (negrito não constante do original)

Qualquer outro entendimento terminaria por tornar impossível a caracterização da resistência dos indígenas.

Impossível porque, em primeiro lugar, antes da Constituição de 1988, os índios eram considerados relativamente incapazes e estavam sujeitos ao regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 (art. 6º, IV e parágrafo único) e mantido na Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), segundo o qual incumbia à União a tutela dos indígenas, o que significa dizer que os índios não tinham capacidade postulatória própria, dependendo da iniciativa do órgão indigenista federal – inicialmente o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), criado pelo Decreto nº

25 “Para os guaranis, por exemplo, o tekoha é uma instituição divina criada por Ñande Ru. Deles desalojados com a chegada do homem branco, procuram ali permanecer, inclusive trabalhando para este nos ervais e em roças. Consideram-se, dessa forma, de posse de seu território tradicional.” DUPRAT, Deborah. **O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade**. pg. 7.

26 DUPRAT, Deborah. O Marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: CUNHA, Manuela Carneira da; BARBOSA, Samuel (orgs.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018.

27 CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, p. 858.

8.072/1910, e, com o advento da Lei nº 5.371/1967, a Fundação Nacional do Índio – para a defesa judicial de sua posse (a **resistência jurídica**).

Ou seja: o próprio Estado tinha o dever legal de garantir os direitos dos índios às suas terras. Não se pode conceber que a falta de cumprimento de uma obrigação legal, por parte dos órgãos estatais, possa resultar em perda de direitos por seus titulares, sobretudo quando estejam estes sujeitos à tutela do próprio ente estatal.

Ademais, **não é aceitável** que o Estado imponha, como condição para proteção de direitos, o exercício da autotutela e do estado de violência (a **resistência física**), que, em muitos casos, levaram à extinção de inúmeros grupos indígenas<sup>28</sup>. A sinalização de que o Estado brasileiro estimula a violência é incompatível com a Constituição da República de 1988 e com o mínimo ético fundamental que a inspira.

Por fim, a própria prática de se manter material e fisicamente em disputa pela terra poderia configurar ato ilícito, haja vista que os Decretos nº 10.652, de 16 de outubro de 1942, e nº 52.668, de 11 de outubro de 1963, previam prisão de até 5 anos para os indígenas considerados “prejudiciais às populações vizinhas”. **Ou seja: caso não fossem massacrados, poderiam ser objetos de coerção do próprio Estado.**

É pertinente citar, nesse ponto, a observação feita pelo Ministro Roberto Barroso, no curso do julgamento das ACOs nº 362/MT e nº 366/MT:

Mas, a despeito disso e em *obiter dictum*, deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da **possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo**. Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650. Nessa mesma matéria, **tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições.**

(grifou-se)

---

28 A esse respeito, vide o relatório da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo13/Capitulo%2013.pdf>

Essa é a interpretação que **guarda coerência** com a história constitucional do Brasil desde 1934 e com os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, e não aquela externada – equivocadamente, no entender da Procuradoria-Geral da República – pela Segunda Turma dessa Corte no julgamento caso Limão Verde<sup>29</sup>, quando se reduziu ao conflito possessório e violento a oposição ao esbulho.

A contumaz violação de deveres, por parte da União, não pode acarretar a punição dos titulares dos direitos violados, sobretudo quando se constata que a ordem constitucional vigente, ao lado de ampliar a proteção dos direitos dos índios às terras de ocupação tradicional, ampliou as obrigações da União em relação a estas, determinando que sejam demarcadas, protegidas e tenham respeitados todos os seus bens, inclusive com a fixação de prazo para tanto (cinco anos, nos termos do art. 67 do ADCT).

Não se coaduna com o texto constitucional, dessa forma, qualquer interpretação que condicione o reconhecimento aos índios do direito à terra, constitucionalmente assegurado, a uma aplicação inflexível e restritiva da tese do “esbulho renitente”.

O esforço do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, deu-se no sentido de solucionar uma demanda complexa, que se caracterizava por várias tensões, conflitos e colisões de princípios. Entretanto, o que se observa, na prática, é que, longe de pacificar a temática, o estabelecimento das chamadas “condicionantes” acarretou insegurança para uma série de outros casos posteriores, acirrando a violência fundiária e aumentando a vulnerabilidade das comunidades indígenas.

Não se poderia mesmo admitir que o Supremo Tribunal Federal teria estabelecido normas de natureza geral e abstrata em prejuízo dos princípios democrático e da separação de poderes, e com desrespeito aos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada. Não houve, ali, discussão da sociedade sobre aquelas diretrizes, e nem sequer foram elas devidamente debatidas pela própria Corte, **visto que não eram objeto específico da lide.**

Exatamente para evitar incorrer em tais inconstitucionalidades foi que a Suprema Corte buscou mitigar os efeitos colaterais não esperados com a aplicação rigorosa e absoluta das condicionantes, **declarando expressamente que o que fora ali decidido tinha aplicação exclusiva para o caso concreto.**

---

29 ARE 803.462 Relator: Ministro Teori Zavascki, DJe de 12.02.2015.

Veja-se, por exemplo, a aplicação da chamada tese do *fato indígena*, que foi inaugurada por ocasião do julgamento da Pet nº 3.388/RR, para sustentar a proposição do marco temporal. Segundo o relator, Ministro Ayres Britto, a Constituição de 1988 teria trabalhado com data certa – a data de sua promulgação – como referencial insubstituível para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, escapando a esse referencial as terras ocupadas em outras épocas e aquelas que venham a ser objeto de ocupação futura.

Ocorre que não houve amadurecimento dessa tese, enquanto elemento de superação do instituto do indigenato, e nem maior reflexão acerca de suas consequências práticas. A análise detalhada do julgado deixa evidente que, embora as argumentações desenvolvidas pelos Ministros adotem aspectos da denominada tese do fato indígena, muitas delas esgueiram-se por sustentações características do próprio indigenato. É o que se observa no seguinte ex-certo, extraído do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

E no início do século passado, eminentes juristas brasileiros como João Mendes João Mendes Júnior e Rodrigo Otávio, este em conferência perante a Academia de Direito Internacional de Haia, defenderam a mesma tese, sublinhando que “o indigenato é um título congênito de posse territorial, não sujeito a qualquer legitimação, em contraste com a ocupação que é um título adquirido”.

Respeitar o espírito que presidiu à elaboração das normas constitucionais e ordinárias que protegem o pluralismo cultural e os direitos dos índios é o mínimo que o intérprete pode fazer para resgatar a imensa dívida que a sociedade brasileira tem para com os povos autóctones, da qual falavam Cândido Rondon e Roquette Pinto.

Como se vê, a linha argumentativa que estampa a tese do fato indígena acaba por se valer de atributos pertinentes ao indigenato, de modo que, no desenho que se configura no conjunto daquele julgado, não há uma clara diferenciação entre um outro, apesar de, ao final, prevalecer o condicionamento da questão territorial indígena a um critério unidirecionalmente assentado, extraído de uma apreensão meramente semântica do texto constitucional.

É de se ressaltar, ademais, que alguns dos votos sequer enfrentaram o ponto trazido pela nova tese introduzida no decorrer do julgamento, tal como o voto do Ministro Eros Grau e o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que silenciaram a respeito. O pronunciamento da Ministra Ellen Gracie foi sucinto e tampouco se pôs a analisar a questão. O voto da Ministra Carmen Lúcia, por outro lado, reafirmou o indigenato, sem confrontá-lo com a essência da proposição que se apresentou como dessemelhante a esse instituto.

Já o voto do Ministro César Peluso chegou a desconsiderar as singularidades da posse indígena, igualando-a mesmo à posse civil, conforme o seguinte trecho:

Senhor Presidente, em primeiro lugar, não posso deixar de louvar e enaltecer, mais uma vez, os brilhantes votos do ilustre Relator, do eminente Ministro Menezes Direito e de todos os demais, mas sobretudo aqueles dois votos que concorreram para a formação já definida da maioria. Sobre me confortarem, reforçam minhas convicções a respeito da solução desta causa.

Aceito, porque me parece absolutamente correta a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas, que é o que o eminente Ministro Menezes Direito chamou de fato indígena. Na verdade, o fato da posse jurídica na data de início da vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponde praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa.

No voto do Ministro Celso de Mello, por sua vez, foram apresentadas algumas das razões substantivas que embasam o objetivo protetivo do reconhecimento aos índios de direitos originários sobre a terra:

Emerge, claramente, do texto constitucional, que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das **prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a garantia de permanência nas terras por ele já tradicionalmente ocupadas, expõe-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural**, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria consciência e percepção como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.

A Ministra Cármen Lúcia externou a seguinte compreensão:

Entende-se que o indigenato, entretanto, tinha sido recepcionado pela Constituição imperial, pelo que os seus efeitos produziam-se independente de previsão constitucional expressa.

E, recuperando o histórico das Constituições, o voto da Ministra sinalizou a permanência do princípio do indigenato, como o fio que liga as fases históricas do Brasil, permitindo antever o reconhecimento dos direitos congênitos dos indígenas sobre a terra como sendo parte da própria gênese da formação do Brasil. E, ao chegar na Lei Fundamental de 1988, certificou que:

A Constituição de 1988 inovou o tema ao tratar em capítulo próprio dos princípios e das regras asseguradores dos direitos dos índios e do indigenato, dispondo em seu art. 231:

[...]

Em comentários sobre estas normas, realça José Afonso da Silva que “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 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 Carneira (sic) 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. [...] (Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 869).

Nesse mesmo voto, estampou-se a constatação, extraída do pensamento de José Afonso da Silva, que afasta de maneira assertiva uma hermenêutica limitativa quanto a lapso ou circunstância temporal da ocupação indígena:

Vale dizer, como afirma Raimundo Sérgio Barros Leitão: “a demarcação de uma mata indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado... é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la”. **Disso decorre, insofismavelmente, o princípio da continuidade. A Constituição mesma é que fornece as bases dessa continuidade.** Pois, se nos termos do art. 231 os índios têm direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e se essas terras são aquelas por eles habitadas permanentemente, e utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, o que se refere não a circunstância temporal, como vimos, 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 [...]. Se não índios invadiram essas terras, quebrando-lhes a continuidade, formando áreas de ocupação não-indígena, isso significa usurpação dos direitos originários dos índios contra as normas constitucionais que os reconhece. [...]

(grifou-se)

O *fato indígena* está, portanto, longe de ser uma tese pronta e acabada, apta a ser aplicada a todas as demais demarcações de terras indígenas, distintas daquela que foi apreciada na Pet nº 3.388/RR. Afinal, a casuística e os problemas práticos que sucederiam àquele julgado – como, de fato, sucederam – seriam a base para o aprimoramento e desenvolvimento dos múltiplos temas ali tratados.

Considera-se que se está, no presente caso, diante da possibilidade de retomada da discussão de algumas dessas matérias. E, nesse processo de reanálise dos referidos temas, os desdobramentos verificados sobre a questão indígena do Brasil, após o julgamento do caso Raposa Serra do Sol, fornecerão importante subsídio para novas reflexões e a conseqüente evolução do entendimento ali externado pela Suprema Corte.

Impende ressaltar, nesse ponto, que a matriz protetiva da Constituição de 1988 não deixa dúvidas de que a garantia de permanência dos povos indígenas nas terras tradicionalmente ocupadas é indispensável para a concretização dos direitos fundamentais básicos dos povos indígenas, bem como para afastar o grave risco de sua desintegração cultural.

A realidade demonstra que a introdução da tese do *fato indígena* não contribuiu para a efetivação dessa garantia constitucional. Ao contrário, gerou grande insegurança jurídica, ao servir de base para o questionamento de diversos processos administrativos de demarcação de terras indígenas – muitos inclusive já finalizados –, e acirrou o esbulho e a violência no campo, como demonstram os vários noticiários e os relatórios produzidos nas visitas realizadas ao Brasil pela Relatora Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para os Direitos dos Povos Indígenas e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, a Relatora Especial da ONU, Victoria Tauli-Corpuz, manifestou preocupação com a situação dos povos indígenas no Brasil e lamentou o que chamou de “ausência de progresso” depois de oito anos da última visita ao país de um relator das Nações Unidas para o tema. Segundo o relatório de 2016, enviado pelo então Secretário-Geral da ONU, Ban-Ki-moon, à Assembleia Geral, o Brasil não deve subestimar os riscos de “efeitos etnocidas” que o cenário atual representa para os povos indígenas.

Em março [de 2016], a relatora já havia divulgado comunicado final sobre a visita, no qual apontou retrocessos na proteção dos direitos dos povos indígenas, “uma tendência que continuará a se agravar caso o país não tome medidas imediatas como proteger a segurança de líderes indígenas, concluir investigações sobre assassinatos e redobrar os esforços para superar o impasse relativo a demarcações de terras”.

[...]

Ela ainda criticou a interrupção dos processos de demarcação, incluindo 20 terras indígenas pendentes de homologação pela Presidência da República; a incapacidade de proteger as terras indígenas contra atividades ilegais; os despejos em curso; os efeitos negativos dos megaprojetos em territórios indígenas ou perto deles; e a violência, assassinatos, ameaças e intimidações contra os povos indígenas perpetuados pela impunidade.<sup>30</sup>

Mais recentemente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) fez uma visita ao Brasil, que ocorreu de 5 a 12 novembro de 2018, em função de con-

---

30 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relatora-da-onu-manifesta-preocupacao-com-situacao-de-povos-indigenas-no-brasil/>>

vite formulado pelo Estado brasileiro. O objetivo da verificação *in loco* foi o de observar a situação dos direitos humanos no país. Segundo nota da própria Comissão IDH<sup>31</sup>:

A CIDH quer chamar a atenção para algumas situações urgentes que exigem das autoridades nacionais e da sociedade em seu conjunto a devida visibilidade, atenção e solução urgente:

a. as violações de direitos reiteradas contra as populações indígenas, que sofrem frequentes episódios de violências e desatendimento por serviços públicos, além de enfrentarem dificuldades e obstáculos crescentes para a demarcação de suas terras e dificuldades apresentadas pela tese do marco temporal. [...]

No documento intitulado “Observações preliminares da visita *in loco* da Comissão IDH ao Brasil”<sup>32</sup>, o órgão do sistema interamericano de direitos humanos apontou que:

No âmbito das instituições democráticas em matéria direitos humanos, participação e controle social, a Comissão observa com preocupação o enfraquecimento de instituições como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Durante a visita aos Guaranis Kaiowá da reserva Tey'i Kue, no Mato Grosso do Sul, a Comissão pôde observar uma dependência da FUNAI sem recursos adequados e foi informada sobre sucessivos cortes orçamentários e condições inadequadas de trabalho.

E, especificamente quanto ao precedente firmado na Pet nº 3.388/RR, o documento da Comissão IDH trouxe os seguintes apontamentos:

A Comissão observa que, desde a decisão proferida pelo Supremo Tribunal, no ano de 2009, em relação a petição Nº. 3.388/RR, sobre a reserva indígena Raposa Serra do Sol, a tese “marco temporal” estipula que o reconhecimento do direito à terra indígenas está condicionada à presença física na área reivindicada na data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988), estabelecendo que as terras já demarcadas não podem ser ampliadas. A partir de 20 de julho de 2017, por meio do Parecer 001/2017 GAB / CGU / AGU, todos os órgãos da administração pública federal, incluindo a FUNAI, deverão seguir essas diretrizes.

A Comissão foi informada de que a aplicação da tese do “marco temporal” pode afetar 748 processos de demarcação administrativa em curso no país, já que a FUNAI não pode mais continuar com tais processos, vez que a Advocacia Geral da União (AGU) considera que muitas comunidades indígenas não ocupavam a terra em 1988. Com a o Parecer 001/2017 GAB / recursos CGU / AGU, a AGU poderia dispensar a necessidade de recursos de decisões judiciais de primeira instância nos quais o Tribunal anule a demarcação de terras depois de encontrar a ausência de ocupação indígena na área no ano de 1988. O precedente significa que tais casos seriam impedidos de serem levados a tribunais superiores. Além disso, no âmbito do Judiciário, a tese marco temporal foi aplicada em várias decisões judiciais tomadas pelos tribunais regionais federais com vistas à anulação da demarcação de terras.

31 Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2018/238.asp>>

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

Em Mato Grosso do Sul, a Comissão visitou a terra indígena Guyaroká, durante a qual foi informada de que o STF havia aplicado a tese do marco temporal voltado para anular processos demarcatórios já realizados através do relatório de identificação e delimitação publicado em 25 de novembro de 2004. Após 14 anos, a comunidade ainda permanece fora da maior parte do seu território: dos 11.401 hectares identificados, os indígenas ocupam menos de 5%. A CIDH foi informada de que, como consequência da aplicação do marco temporal, a comunidade corre o risco iminente de ser despejada, mesmo desta pequena parte de suas terras. Por sua vez, a aplicação desta tese ignoraria os muitos contextos de despejos forçados e deslocamento interno que impediram os índios para a posse real de grande parte de sua terra em 1988. **A Comissão considera que a tese prazo é contrária às regras e normas de direitos humanos internacionais e interamericanas, particularmente à Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, uma vez que esta tese procura condicionar temporalmente a garantia aos direitos territoriais dos povos indígenas, a vez que tal fato deve ser dado pela existência *per se* de esses povos.**

(ênfase acrescida)

Em síntese, é notório que, embora a tônica da decisão proferida no caso Raposa Serra do Sol tenha sido a proteção dos direitos dos povos indígenas, em especial a partir do reconhecimento explícito da relação diferenciada que o índio possui com a terra, e da tutela constitucional conferida a essa relação, algumas das teses lançadas no precedente em questão geraram diversos impactos negativos sobre os povos indígenas, notadamente em função da proposição relativa ao marco temporal.

Esse dado deve ser obrigatoriamente considerado em caso como o presente, em que se **abre a possibilidade de rediscussão dessas teses sob o rito da repercussão geral, produzindo-se decisão que vinculará os demais órgãos jurisdicionais do país.**

**II.3.1. Condicionante XVII – Vedação de ampliação de terras indígenas já demarcadas. Incompatibilidade com o regime jurídico dos direitos originários dos índios sobre suas terras.**

A condicionante XVII, fixada no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, prescreve que “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”. A partir desse comando, diversas demandas passaram a ser propostas para impugnar processos administrativos demarcatórios, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal teria vedado, com essa condicionante, quaisquer outras demarcações ou revisões que se revelassem necessárias.

Essa interpretação, no entanto, além de não encontrar respaldo no próprio acórdão proferido na Pet n.º 3.388/RR, conflita com o regime jurídico-constitucional vigente, que reconhece aos índios direitos originários sobre suas terras de ocupação tradicional.

Procedendo-se à análise vertical do julgado paradigma – isto é, aprofundando-se o exame do seu inteiro teor e das discussões travadas na respectiva sessão –, identifica-se interessante passagem no voto do Ministro Menezes Direito, significativa das razões que embasaram a formulação da condicionante em questão:

Eu queria aduzir uma ponderação que me parece relevante. É que, uma vez feita a demarcação, pode ocorrer – e, veja que quando nós definimos o critério da demarcação, pelo menos, na maioria dos votos que foram proferidos na Suprema Corte, consideramos possível e até compatível com a Constituição Federal, e o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para esse aspecto, que Vossa Excelência já havia chamado anteriormente, a demarcação contínua. O que significa que, necessariamente, se tem de utilizar o critério dos ciclos concêntricos, porque a agricultura indígena é a agricultura da coivara. Então, nós temos de admitir extensões maiores, por mais que elas possam aqui, ali e acolá ser assustadoras, temos de admitir a possibilidade dessas extensões serem maiores do que, à primeira vista, poderia ser necessário.

Com isso, se amplia positivamente a possibilidade da demarcação. Agora, uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 88, se nós vamos estender essa demarcação permitindo a ampliação, vamos, a meu ver, criar esse problema, que pode ser resolvido, mantido o critério da vedação da ampliação, pelo sistema ordinário das expropriações. Pode ser necessário, e a União pode exercer o direito expropriatório (fls. 851/852 do Acórdão).

Como visto, o processo de demarcação de terras indígenas **não** tem natureza constitutiva, e sim declaratória de situação precedente. Por tal motivo, o regime jurídico da **decadência administrativa**, previsto na Lei nº 9.784/1999, e invocado em diversas demandas nas quais se impugna a demarcação de terras indígenas, **não se aplica aos direitos originários dos índios**, que decorrem, insista-se, não do ato demarcatório, mas diretamente da Constituição.

Nesse sentido, a noção de decadência, e, conseqüentemente, de vedação de ampliação de terra indígena demarcada, não tem aplicação quando se trate de demarcação que não tenha transcorrido em conformidade como marco normativo da Constituição de 1988 e com o Decreto nº 1.775/1996, pois somente a partir de então passou a haver a garantia da realização de estudo destinado a identificar a terra **tradicionalmente ocupada** pela comunidade indígena, segundo os parâmetros estabelecidos pelo § 1º do art. 231 da Constituição vigente.

Após o advento da Lei Fundamental de 1988, há que se garantir que a demarcação observe o novo marco constitucional, o qual reconhece aos índios os direitos sobre as terras indispensáveis à sua subsistência física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, noção que se distingue daquela atribuída ao conceito de “terras indígenas” nos regimes constitucionais e legais pretéritos, conforme acima se expôs. Esse **dever** imposto ao Estado brasileiro não pode ser obstado pela tentativa de fazer incidir aos processos demarca-

tórios de terras indígenas o instituto da decadência administrativa, visto que esta não tem aptidão para neutralizar a eficácia de norma constitucional consagrada de direito fundamental.

Entendimento diverso conflitaria, inclusive, com a jurisprudência há muito consolidada no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a norma insculpida no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>33</sup> é meramente programática, inexistindo caráter decadencial no prazo quinquenal ali estabelecido para a conclusão da demarcação de terras indígenas, ante a necessidade de compreensão desse comando normativo em harmonia com as disposições constantes do corpo permanente da Constituição a respeito do regime jurídico das terras indígenas<sup>34</sup>.

À vista dessas considerações, denota-se que não objetivou a Corte, ao estabelecer a condicionante XVII do acórdão proferido na Pet nº 3.388/RR, afastar a possibilidade de revisão e eventual ampliação de terras indígenas já demarcadas, quando não tenham sido observados, no processo administrativo demarcatório, os preceitos da Constituição Federal de 1988, independentemente da data da demarcação realizada.

A defesa de uma compreensão contrária a essa colidiria com o princípio da vedação do retrocesso, consagrado em temas de direitos fundamentais, porquanto extrairia, dessa condicionante, uma espécie de **“proibição do avanço”** em matéria de proteção do direito das populações indígenas às suas terras de ocupação tradicional.

É certo que muitas vezes as demarcações contêm erros ou vícios, que podem **desfavorecer** as populações indígenas. A condição, se interpretada literalmente e fora do contexto do julgado em que foi elaborada, impediria a correção desses vícios, sempre que dela resultasse a ampliação de terras indígenas. Além de conflitar com o caráter declaratório da demarcação de terras indígenas, tal interpretação geraria a terceiros eventualmente envolvidos em disputa pela terra o direito de se beneficiarem indevidamente de um erro administrativo.

Nessa linha, a propósito, pronunciou-se o relator dos embargos de declaração opostos na Pet nº 3.388/RR, Ministro Roberto Barroso:

---

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

34 Entre muitos outros, conferir o acórdão prolatado no MS nº 24.566/DF (Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 28.05.2004).

76. Em **segundo** lugar, o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. O controle judicial, por exemplo, é plenamente admitido (CF/88, 5º, XXXV) – não fosse assim, a presente ação jamais poderia ter sido julgada no mérito, já que seu objeto era justamente a validade de uma demarcação. A limitação prevista no acórdão alcança apenas o exercício da autotutela administrativa. Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas **“não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador”** (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso porque a inclusão de determinada área entre as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório.

77. **O mesmo não ocorre, porém, nos casos em que haja vícios no processo de demarcação.** A vinculação do Poder Público à juridicidade – que autoriza o controle judicial dos seus atos – impõe à Administração Pública o dever de anular suas decisões quando ilícitas, observado o prazo decadencial de 5 anos (Súmula 473/STF; Lei nº 9.784/99, arts. 53 e 54). Nesses casos, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LVI e LV), a anulação deve ser precedida de procedimento administrativo idôneo, em que se permita a participação de todos os envolvidos (Lei nº 9.784/99, arts. 3º e 9º) e do Ministério Público Federal (CF/88, art. 232; Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, III, e), e deve ser sempre veiculada por decisão motivada (Lei nº 9.784/99, art. 50, I e VIII). Ademais, como a nulidade é um vício de origem, fatos ou interesses supervenientes à demarcação não podem dar ensejo à cassação administrativa do ato. Esses pontos foram bem sintetizados no voto do Ministro Gilmar Mendes (fls. 776, 782-3):

“Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. **No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público,** como bem salientado no percuente voto do Ministro Menezes Direito.

[...]

Ressalte-se que não se está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. Disso não se trata. A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.”

78. Em **terceiro** lugar, e por fim, independentemente do que se observou acima, **é vedado à União rever os atos de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol**, ainda que no exercício de sua autotutela administrativa. Recorrendo novamente às palavras do Ministro Gilmar Mendes: “Como bem salientado pelo Ministro Menezes Direito, o procedimento demarcatório que redundou na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol não poderá ser revisto, considerando que a sua correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal” (fl. 782). Essa orientação também contava com a adesão, e.g., do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator). Embora discordasse da condicionante *r* em caráter geral, Sua Excelência explicitamente observou que estava “de pleno acordo” com sua aplicação ao caso concreto decidido pelo Tribunal (fl. 848). (Grifou-se).

O entendimento estabelecido na Pet nº 3.388/RR não deve, portanto, impedir a realização de demarcação em consonância com o art. 231 da Constituição, quando tenha havido prévia delimitação, anterior ou posterior a 5 de outubro de 1988, incapaz de assegurar aos índios as terras tradicionalmente ocupadas. Afinal, nesta hipótese, pode-se afirmar que nunca houve demarcação efetiva do território de ocupação tradicional indígena.

Demonstra-se, com isso, que a aplicação literal da condicionante XVII fixada no caso Raposa Serra do Sol desrespeita a Constituição Federal e contraria o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal sobre a questão, sendo inviável invocá-la para obstar o reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras de ocupação tradicional.

### II. 3. 2. Da aplicação da teoria das capacidades institucionais às demarcações de terras indígenas.

Conforme antes mencionado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a demarcação de terras indígenas deve respeitar a **metodologia propriamente antropológica**. Assim, quando o caso exija *expertise* na área, a teoria das *capacidades institucionais*<sup>35</sup> recomenda aos profissionais do Direito, e especialmente ao Poder Judiciário, a devida autocontenção no avanço sobre a revisão de tais matérias. Conforme voto do Ministro Roberto Barroso, no multicitado julgamento das ACOs nº 362/MT e 366/MT:

Por fim e último plano que me parece importante, Presidente, que é o plano da interpretação constitucional, da metodologia da interpretação constitucional, que diz respeito a uma categoria que a teoria constitucional tem denominado de capacidades institucionais. Embora o Judiciário tenha a competência formal para dar a última palavra sempre que se estabeleça um conflito de interesses judicializado, o fato de ter a competência para dar a última palavra não significa que ele deva dar a última palavra quanto ao mérito que esteja sendo discutido. Quer dizer, nem sempre o Judiciário será o árbitro mais qualificado para deliberar acerca de determinadas matérias, sobretudo as questões político-administrativas que têm uma dimensão técnica especializada muito relevante, como acho que é o caso aqui em discussão. Portanto, temas como demarcação de terras indígenas, transposição de rios e outros temas que exigem uma *expertise* diferente daqueles que foram a uma faculdade de Direito, eu acho que o que nós devemos zelar é pelo cumprimento do devido processo legal e assegurar que todas as pessoas com legítimo interesse tenham sido ouvidas e participado da discussão, apresentando as suas razões. Mas o mérito da decisão técnica, antropológica, de uma questão que envolve *expertise* em formação e tradições indígenas, verdadeiramente, penso que refoge ao tipo de formação que o Judiciário tem. Portanto, acho que, nestas matérias, a melhor postura é uma postura de autocontenção, de

35 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. In: Michigan Law Review, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003

deferência para com o ato político praticado pelo Poder competente com base no laudo técnico elaborado, no caso específico, o decreto que criou o parque.

No mesmo julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski voltou a propugnar a necessidade de que os estudos de identificação das terras só sejam revistos mediante robusta prova técnica de mesma natureza:

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 observação é feita, nesta oportunidade, com o intuito de destacar a relevância dos estudos antropológicos para a definição das especificidades das relações dos diversos grupos indígenas com suas terras de ocupação tradicional. A grande complexidade técnica envolvida nesses estudos, e a exigência de conhecimentos ligados a áreas distintas do Direito para a sua elaboração – de origens étnico-histórica, sociológica, geográfica, cartográfica, ambiental, entre outras –, evidenciam a necessidade de extrema cautela na desconsideração de seu conteúdo pelo Poder Judiciário, e revelam a insuficiência de uma abordagem estritamente jurídica para o tratamento da questão indígena.

#### **II. 4. Proteção internacional das terras indígenas. Sistemas global e regional. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diálogo das Cortes. Possibilidade de responsabilização internacional do Brasil.**

Os direitos dos povos indígenas, além de evidentemente abrangidos pelos documentos internacionais que consagram direitos a todos os seres humanos, são objeto de proteção em instrumentos específicos, os quais contemplam, de forma expressa, os direitos dos índios sobre suas terras de ocupação tradicional, a exemplo da Convenção nº 169 da Organi-

zação Internacional do Trabalho<sup>36</sup>, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>37</sup> e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>38</sup>.

Todos esses diplomas internacionais, ao mesmo tempo em que asseguram os direitos dos índios sobre a terra, **impõem** aos Estados o **dever de garanti-los e de proteger as terras de ocupação tradicional** de qualquer tentativa de esbulho por parte de terceiros, impedindo, com isto, a legitimação de situações de fato que, na sua origem, tenham sido efetivadas mediante remoção forçada de índios de suas terras.

36 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.

Artigo 14 – 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas as quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 16 – 1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam. 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. 3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

Artigo 18. A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

37 Artigo 25. Os povos indígenas têm direito a manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente tem possuído ou ocupado e utilizado de outra forma e a assumir as responsabilidades que a esse respeito os incumbem para com as gerações vindouras.

Artigo 26 – 1. Os povos indígenas têm direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído, ocupado ou de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou outra forma tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que haviam adquirido de outra forma. 3. Os Estados assegurarão o reconhecimento e proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. Este reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate.

Artigo 27. Os Estados estabelecerão e aplicarão, conjuntamente com os povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, no que se reconheçam devidamente as leis, tradições, costumes e sistemas de posse da terra dos povos indígenas, para reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas em relação com suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente têm possuído ou ocupado ou utilizado de outra forma. Os povos indígenas terão direito a participar deste processo.

A mudança de paradigma observada na Constituição brasileira de 1988, acerca do tratamento da matéria indígena, foi também verificada no plano internacional. Com efeito, enquanto a Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho – OIT<sup>39</sup>, de 5 de junho de 1957, afirmava, já em seu preâmbulo, o propósito de integrar as populações indígenas à comunidade nacional, a Convenção nº 169, de 7 de junho de 1989, que a sucedeu, passou a reconhecer “as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”, tendo por pressuposta “a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo”.

Ao reformular todo o ideário da Convenção nº 107, a Convenção nº 169 prestigiou a liberdade expressiva e o direito de participação dos povos indígenas e tribais – normativamente invisibilizados até então, sem presença nos espaços de deliberação majoritária e sem aporte de suas especificidades nos debates nacionais – nas decisões capazes de interferir em sua existência e modo de viver.

No que diz respeito à garantia do direito à terra das populações indígenas, o regime jurídico instituído pela Convenção nº 169 revela plena convergência com aquele estabelecido pela Constituição de 1988, centrando-se na proteção desses espaços territoriais em favor dos índios, por meio de institutos jurídicos capazes de conferir segurança, estabilidade e eficácia à permanência dos índios nas terras que tradicionalmente ocupam, e na vedação de quaisquer atos de remoção forçada e arbitrária das comunidades indígenas de suas terras.

---

38 Artigo XXV – Formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural. Direito a terras, territórios e recursos. 1. Os povos indígenas têm direito a manter e fortalecer sua própria relação espiritual, cultural e material com suas terras, territórios e recursos, e a assumir suas responsabilidades para conservá-los para eles mesmos e para as gerações vindouras. 2. Os povos indígenas têm direito às terras e territórios bem como aos recursos que tradicionalmente tenham ocupado, utilizado ou adquirido, ou de que tenham sido proprietários. 3. Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários, em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização, bem como àqueles que tenham adquirido de outra forma. 4. Os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. Esse reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate. 5. Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras, territórios e recursos, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado e os instrumentos internacionais pertinentes. Os Estados estabelecerão os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e sua efetiva demarcação ou titulação.

39 A Convenção nº 107 da OIT foi o primeiro instrumento jurídico internacional com força vinculante a tratar, de maneira específica, dos direitos das populações indígenas.

Referido documento internacional foi aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativa nº 143, de 20 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, vinculando o Estado brasileiro nos âmbitos internacional e interno, de modo que o eventual descumprimento de seus comandos, além de atentar contra a ordem jurídica interna, acarreta risco de responsabilização internacional do Brasil.

Quanto às declarações de direitos dos povos indígenas adotadas no âmbito das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, supramencionadas, embora constituam instrumentos de *soft law*, cuja eficácia é recomendatória, e não vinculante, seus preceitos servem de importante vetor para a interpretação de tratados gerais de direitos humanos, em sua incidência sobre a temática indígena, celebrados nos sistemas onusiano e interamericano de proteção dos direitos humanos, dos quais o Brasil é parte, motivo pelo qual também se afigura indispensável a observância dessas declarações pelo Estado brasileiro.

**Além disso, cumpre destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cuja jurisdição o Estado brasileiro reconheceu como obrigatória e se comprometeu a observar, construiu ampla jurisprudência sobre a temática da proteção dos direitos indígenas nas Américas.**

Dentre esses casos internacionais apreciados pela Corte IDH, seis trataram diretamente do denominado “direito à propriedade coletiva, comunal ou ancestral dos povos indígenas”<sup>40</sup>.

A começar pelo instituto jurídico escolhido, a Corte IDH reconhece aos índios a propriedade coletiva da terra, diferindo, neste ponto, da Constituição de 1988, que se utiliza da posse e do usufruto exclusivo como instrumentos de garantia do direito à terra das populações indígenas. Essa opção decorre da interpretação do artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (propriedade privada), em especial em face da Convenção nº 169 da OIT.

Nesse sentido, a Corte IDH decidiu, no caso *Moiwana vs. Suriname*, que, na hipótese da posse da terra ter sido perdida por motivos alheios à vontade dos indígenas, esses continuam sendo seus proprietários, salvo se, mesmo sem posse, acabaram vendendo-as a terceiros de boa-fé (Corte IDH, *Comunidade Moiwana vs. Suriname*, sentença de 15 de junho de 2005). Embora essa hipótese de venda seja descartada pelo ordenamento constitucional

---

40 *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010); *Povo Saramaka vs. Suriname* (2007); *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai* (2006); *Comunidade Moiwana vs. Suriname* (2005); *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* (2005); *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* (2001).

brasileiro (que inclui as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União), o entendimento manifestado pela Corte Interamericana constitui parâmetro valioso nos casos em que o ordenamento nacional permite tal alienação.

A Corte IDH também analisou a situação da perda da posse pelos indígenas involuntariamente, com o agravante de, após, suas terras terem sido vendidas a terceiros em boa-fé. Nesta hipótese, a Corte afirmou que os indígenas possuem o direito de recuperá-las ou de obter terras de igual extensão e qualidade (Corte IDH, Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, sentença de 17 de junho de 2005).<sup>41</sup>

Em relação ao **limite temporal** para a recuperação das terras tradicionais, a Corte Interamericana decidiu que, enquanto o vínculo espiritual e material da identidade dos povos indígenas continuar existente em relação a essas terras, é cabível sua reivindicação sobre elas; caso contrário, não há mais o direito à recuperação de tais terras. A determinação do “**vínculo entre a comunidade indígena e a terra**”, segundo a Corte, só pode ser aferida no caso concreto, devendo incluir a análise do seu uso ou presença tradicional na terra, seja por meio de laços espirituais ou cerimoniais, assentamentos ou cultivos esporádicos, caça, pesca, coleta (permanente ou nômade), uso dos recursos naturais ligados a seus costumes, seja mediante qualquer outro elemento característico da cultura do grupo indígena (Corte IDH, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, sentença de 29 de março de 2006, em especial § 131).

Nas situações em que tenha ocorrido qualquer forma de impedimento de acesso à terra por causas alheias à vontade dos índios, e que constituam obstáculo real para a manutenção dessa relação – como o emprego de violência, ameaça etc. – (o chamado “renitente esbulho” em uma concepção mais ampla, propugnada acima), o direito à recuperação da terra persistirá até que os impedimentos desapareçam (Corte IDH, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, sentença de 29 de março de 2006, em especial § 132).

Vê-se, assim, que o entendimento firmado pela Corte IDH exige dos Estados a proteção e garantia dos direitos dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional, assegurando, inclusive, o retorno a essas terras para aqueles grupos que tenham sofrido esbulho praticado pelo próprio Estado ou por particulares, orientação que não se coaduna

41 Essa situação é similar aos fatos do caso da Terra Indígena Guyrároka, da comunidade indígena Guarani-Kaiowá, no qual o não-indígena possuía título de propriedade da terra, presumidamente adquirida de boa-fé. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso, adotando compreensão diversa daquela manifestada pela Corte IDH, adotou uma tese restritiva acerca da caracterização do “renitente esbulho”, mantendo a titularidade do não-índio sobre a terra. (RMS 29.087, Rel. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJE de 14-10-2014)

com a tese de um marco temporal rígido erigido como condição para o reconhecimento aos índios do direito à terra.

Como explica André de Carvalho Ramos<sup>42</sup>:

A jurisprudência da Corte IDH [...] sobre o direito dos indígenas à propriedade coletiva da terra assemelha-se ao conteúdo da teoria do indigenato, pela qual o vínculo material e espiritual dos índios em relação à terra são suficientes para declarar a existência do direito a ela, dispensando-se o critério do marco temporal (no caso, a edição da CF/88). Nota-se, assim, a necessidade de efetivo diálogo entre as cortes (Corte Interamericana e STF), que, caso não seja feito, pode levar ao controle de convencionalidade de matriz internacional a ser realizado pela Corte IDH, impondo ao Brasil deveres de reparação pela violação do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A propósito, cabe ressaltar que, em 5 de fevereiro de 2018, a Corte IDH proferiu sentença condenatória contra o Estado brasileiro no julgamento do caso Povo Indígena Xucuru e seus membros *vs.* Brasil. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a indicação de violação do direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru, em consequência: (i) da demora de mais de dezesseis anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e (ii) da demora na regularização total dessas terras e territórios, de maneira que o mencionado povo indígena possa exercer pacificamente tal direito. Além da questão dos direitos territoriais dos povos indígenas, o caso também abarcou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em razão da inobservância de prazo razoável no mencionado processo administrativo demarcatório, assim como da demora na solução de ações civis iniciadas por pessoas não-indígenas em relação a parte das terras e territórios ancestrais reivindicados pelo povo Xucuru.

Em sua sentença, a Corte IDH, dentre outros pontos, declarou a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação das garantias da duração razoável do processo e da proteção judicial à propriedade coletiva da terra, e condenou o Estado brasileiro a pagar **indenização compensatória coletiva** em benefício da comunidade indígena. Na oportunidade, também determinou ao Brasil a adoção de medidas imediatas, efetivas e de ofício para garantir o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre o seu território. Exigiu, ademais, que o Estado conclua o processo de desintrusão do território indígena Xucuru com extrema diligência, efetue os pagamentos de eventuais indenizações por benfeitorias de boa-

---

42 CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de direitos humanos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 860.

fê pendentes e remova qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, em prazo não superior a dezoito meses.

O advento dessa condenação, ao mesmo tempo em que denota a existência de um cenário de grave violação dos direitos das populações indígenas no Brasil, chama a atenção para a necessidade de que o Estado brasileiro, inclusive por seu Poder Judiciário, observe os compromissos internacionais assumidos quanto à proteção desses direitos, e a interpretação que lhes é conferida pelos órgãos internacionais competentes, sob pena de persistência de situações de inconveniência capazes de expor o Estado a novas ações de responsabilização internacional.

## **II. 5. Análise do caso concreto. Violação do art. 231 da Constituição Federal configurada.**

Assentadas as premissas teóricas que orientam a definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras dispostas no art. 231 da Constituição de 1988, e realizado seu cotejo com os fundamentos que embasaram o acórdão ora recorrido, **conclui-se que está configurada a ofensa ao referido dispositivo constitucional, apta a ensejar o provimento do apelo extraordinário interposto pela Funai.**

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.

Tais fundamentos conflitam diretamente com a disciplina constitucional dos direitos dos índios sobre suas terras de ocupação tradicional.

Consoante acima se expôs, a Constituição garante às comunidades indígenas **direitos originários** sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Prevê, de forma expressa, o

direito de **posse permanente** e a **nullidade e extinção** dos atos que tenham por objeto “a ocupação, o domínio e a posse” das terras a que se refere. É dizer, de modo sucinto, mas harmônico com o propósito do constituinte: constatada a tradicionalidade da ocupação indígena – por meio de metodologia propriamente antropológica –, segundo os parâmetros fornecidos pela própria Constituição, a proteção constitucional estabelecida em favor das comunidades indígenas é imediata.

A demarcação, também constitucionalmente prevista, será uma consequência lógica e necessária, com vistas à concretização dessa proteção constitucional, o que não significa dizer, entretanto, que os direitos dos índios sobre a terra não possam e devam ser, desde logo, resguardados. A demarcação, como dito anteriormente, tem natureza **declaratória**, reconhecendo direito **precedente** dos indígenas.

Assim, o acórdão recorrido não poderia, sem flagrante ofensa a esse regramento, desconsiderar estudos antropológicos de caráter oficial, declaratórios da tradicionalidade da ocupação indígena na área do conflito possessório, para deferir a terceiro a posse desta área, com base nas singelas justificativas de que existe título de propriedade sobre ela incidente, e de que não foi concluído o processo administrativo demarcatório que a identifica como terra indígena.

Do mesmo modo, mostra-se contrário ao ordenamento constitucional o entendimento manifestado pela Corte Regional no sentido de que a necessidade de preservação ambiental constituiria fundamento idôneo para afastar a posse indígena sobre área já reconhecida como de ocupação tradicional. Em primeiro lugar, a posse permanente dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas goza da mesma proteção constitucional conferida ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inexistindo prevalência *a priori* de nenhum desses direitos fundamentais. **Ademais, não há, em termos abstratos, oposição entre os objetivos das áreas ambientalmente protegidas e a presença de indígenas, sendo plenamente possível a compatibilização desses interesses em um mesmo espaço territorial.**

A prática demonstra, aliás, que, em inúmeros casos, os espaços mais preservados estão localizados exatamente nas áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios e outras comunidades tradicionais, fator que corrobora a inexistência de conflito em tal sobreposição de interesses. Há, ao contrário, simbiose e convergência, tendo em vista a relação diferenciada que o índio estabelece com a terra e seus recursos naturais, já anteriormente abordada.

Desse modo, não há dúvidas de que é perfeitamente compatível, do ponto de vista constitucional, a coexistência de terras indígenas e unidades de conservação, inclusive de proteção integral, o que também encontra amparo no Sistema de Unidades de Conservação da Natureza (Lei nº 9.985/2000<sup>43</sup>) e em outros dispositivos da legislação nacional<sup>44</sup>.

Ante a existência desse robusto arcabouço jurídico que ampara a sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação, as 4º e 6º Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal possuem entendimento consolidado acerca da compatibilidade do regime das terras indígenas e das unidades de conservação:

Nos casos de unidades de conservação já criadas, que não levaram em conta por ocasião da respectiva criação a presença de populações tradicionais, há que se buscar a compatibilização entre a permanência das populações tradicionais e a proteção ambiental.

Para a efetiva garantia dos direitos das comunidades tradicionais em unidades de conservação, é imprescindível a realização da consulta prévia, livre e informada para elaboração e revisão do plano de manejo, bem como o estabelecimento de diálogo permanente entre as comunidades tradicionais e os gestores da UC, buscando-se a simetria entre as partes.

Nos casos em que o plano de manejo houver sido elaborado sem consulta às comunidades tradicionais, este deverá necessariamente ser revisto, para garantia da participação informada dessas populações.

---

43 Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação.

44 **Decreto nº 4.339/2002**, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, traz como objetivos específicos do Componente 2 – Conservação da Biodiversidade “11.2.8. promover o desenvolvimento e a implementação de um plano de ação para solucionar os conflitos devidos à sobreposição de unidades de conservação, terras indígenas e de quilombolas”.

**Decreto nº 6.040/2007** – que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, define como objetivos específicos “solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável” (art. 2º, II).

**Decreto nº 7.747/2012**, que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, estabelece, dentre outras, as seguintes diretrizes: “protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações, assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas e as perspectivas de gênero e geracional” e “contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas” (art. 3º, III e V, respectivamente). Inclui, ademais, entre os objetivos específicos da PNGATI, estruturados em eixos, o de “elaborar e implementar, com a participação dos povos indígenas e da FUNAI, planos conjuntos de administração das áreas de sobreposição das terras indígenas com unidades de conservação, garantida a gestão pelo órgão ambiental e respeitadas os usos, costumes e tradições dos povos indígenas” (art. 4º, III, b).

**PPA 2016-2019 (Lei nº 13.249/2016)** - OBJETIVO: 1013 - Promover a gestão territorial e ambiental das terras indígenas. Iniciativas 04M8 - Articulação da elaboração de instrumentos que promovam a gestão compartilhada em Terras Indígenas e Unidades de Conservação Federais.

É necessária a realização de estudos antropológicos e etnoambientais nos casos de identificação de povos e comunidades tradicionais habitantes em unidades de conservação, envolvendo profissionais de diversas áreas do conhecimento, de forma a possibilitar, entre outros, a caracterização do modo de vida tradicional das comunidades, a identificação de saberes que promovam, a conservação ambiental e a compatibilidade das atividades desenvolvidas com a adequada proteção à preservação ambiental.<sup>45</sup>

Tal entendimento também consta do Manual da 6ª CCR, “Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral”, onde estão listadas as seguintes premissas para a atuação do MPF:

15. Reconhecer o Plano de Manejo como o instrumento de gestão mais importante da Unidade de Conservação, devendo este ser construído considerando o reconhecimento técnico da presença da população tradicional;

16. Reconhecer a importância de elaboração do Plano de Manejo por meio de instauração de processo participativo que permita aprendizagem social e a valorização dos saberes locais/tradicionais sobre o manejo dos recursos naturais.

Quanto a esse ponto, cumpre acentuar que essas diretivas fundam-se na experiência institucional no trato de conflitos concretos resultantes da sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e unidades de conservação, *expertise* que está sintetizada em Enunciados<sup>46</sup> da 6ª CCR, como os transcritos abaixo:

1. Em casos de sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e/ou unidades de conservação, é necessária a realização de estudo antropológico para contextualizar a dinâmica sociocultural.
2. As várias formas de proteção no âmbito cultural reforçam, e não substituem, a pretensão de titulação territorial.
3. Impõe-se a atuação do MPF pela implementação de políticas públicas destinadas às comunidades tradicionais, independentemente da regularização fundiária e de qualquer ato oficial de reconhecimento.
4. Os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais têm fundamento constitucional (art. 215, art. 216 e art. 231 da CF 1988; art. 68 ADCT/CF) e convencional (Convenção nº 169 da OIT). Em termos gerais, a presença desses povos e comunidades tradicionais tem sido fator de contribuição para a proteção do meio ambiente. Nos casos de eventual colisão, as categorias da Lei 9.985 não podem se sobrepor aos referidos direitos territoriais, havendo a necessidade de harmonização entre os direitos em jogo. Nos processos de equacionamento desses conflitos, as comuni-

45 “Carta de Belo Horizonte” - resultante do Seminário *Convergências entre as Garantias de Direitos Fundamentais e a Conservação Ambiental*, realizado pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF das temáticas de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural e de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, 4ª e 6ª CCR, com o intuito de debater e propor diretrizes de atuação para o MPF.

46 Enunciados do II Encontro Temático Quilombola, em 9 de outubro de 2014. Os princípios estabelecidos nesses Enunciados foram confirmados em encontros intercamerais reunindo as 4ª e 6ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

dades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária. Na parte em que possibilita a remoção de comunidades tradicionais, o artigo 42 da Lei 9.985 é inconstitucional, contrariando ainda normas internacionais de hierarquia suprallegal.

5. O uso sustentável de recursos naturais por parte de povos e comunidades tradicionais é assegurado pela Constituição Federal (art. 215 e 216) e pela Convenção nº 169 da OIT (art. 14, 1), dentro e fora de seus territórios.

6. Os direitos territoriais dos povos quilombolas e outros povos e comunidades tradicionais gozam da mesma hierarquia dos direitos dos povos indígenas pois ambos desfrutam de estatura constitucional. Em casos de conflito, é necessário buscar a harmonização entre estes direitos, consideradas as especificidades de cada situação.

7. Os direitos territoriais dos povos e comunidades indígenas, quilombolas e outras tradicionais gozam da mesma hierarquia constitucional que o interesse público na proteção da segurança nacional. Em casos de conflito, é necessário buscar a harmonização proporcional entre os bens jurídicos em jogo. Nos processos de equacionamento dessas colisões, as comunidades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária.

A temática foi também abordada no julgamento da Pet nº 3.388/RR, quando essa Suprema Corte assentou o seguinte:

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.

É equivocada, portanto, qualquer assertiva no sentido de que a sobreposição espacial entre terras indígenas e áreas ambientalmente protegidas representa, por si só, fator de risco ao meio ambiente, motivo pelo qual o estabelecimento de uma hierarquia entre a tutela do meio ambiente e os direitos dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional, com prevalência do primeiro, fere a ordem constitucional vigente.

### III

Considerada a sistemática da repercussão geral, e os efeitos do presente julgamento em relação aos demais casos que tratem ou venham a tratar do tema 1.031, propõe a Procuradoria-Geral da República a fixação da seguinte tese:

**“A proteção da posse permanente dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional independe da conclusão de processo administrativo demarcatório e não se sujeita a um marco temporal de ocupação preestabele-**

**cido. O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos índios direitos originários sobre essas terras, cuja identificação e delimitação deve ser feita por meio de estudo antropológico, o qual é capaz, por si só, de atestar a tradicionalidade da ocupação segundo os parâmetros constitucionalmente fixados, e de evidenciar a nulidade de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas áreas.”**

Ante todo o exposto, a Procuradora-Geral da República manifesta-se pelo provimento parcial do recurso extraordinário, no que diz respeito à ofensa ao art. 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal.

Brasília, 03 de setembro de 2019.

**Raquel Elias Ferreira Dodge**  
Procuradora-Geral da República

KCOS