



Nota Técnica: indenização por demarcação de terra indígena pela terra nua encontra amparo na Constituição Federal? Quais os caminhos possíveis para resolver a demarcação de terras indígenas sem afrontar direitos constitucionais?

Assessoria Jurídica do Conselho Indigenista Missionário – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

EMENTA:

Demarcação de Terras Indígenas. Imperativo Constitucional. Marco temporal. Inconstitucionalidade. Da tese Intermediária e da sua Fundamentação. Nulidade de Títulos. Indenização pela Terra Nua. Impossibilidade – Constituição de 1988, art. 231, §6º. Indenização por Evento Danoso. Possibilidade – Constituição de 1988, art. 37, §6º. Compensação de Terra Tradicionais. Impossibilidade – Constituição art. 231 e §§.

1. Do problema Constitucional e de sua Resolução

Em primeiro plano, nos termos dos votos dos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes, a tese do marco temporal, como temos defendido há muito, não tem respaldo no texto constitucional.

Em segundo plano, a indenização pela terra nua não resolve o problema das demarcações de terras indígenas, como proposto no voto do Ministro Alexandre de Moraes, se ela ocorrer dentro do processo de demarcação, de forma prévia e antes mesmo da posse da terra pela Comunidade beneficiária.

Adiantamos, como fundamentaremos em seguida, que sim, **pode haver indenização, mas não pela terra nua, mas tão somente sobre possível evento danoso**



na titulação das terras indígenas a particulares, e por meio de procedimento próprio.

Essa responsabilidade, ademais, tem que recair em face não só da União, mas também sobre demais entes federados que, porventura, titularam terra sabidamente indígena.

Segundo o Ministro Edson Fachin, no seu voto na ACO 1100 sobre o pedido de anulação da demarcação da terra indígena Ibirama La-Klãnõ, a nulidade de títulos incidentes sobre terras indígenas vem da legislação constitucional anterior a 1988 e que “a previsão contida no §6º do artigo 231 da Constituição de 1988 possui conteúdo bastante semelhante àquele já contido na Carta derivada da Emenda nº 1/69, em seu artigo 198, §§ 1º e 2º”:

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

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

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

A previsão do Estatuto do Índio, de 1973, ainda em vigor, também versa sobre a nulidade dos títulos incidentes sobre áreas de ocupação tradicional. Vejamos:

“Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

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

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

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

A Carta Política de 1988 ao circunscrever a previsão sobre os direitos indígenas, em especial sobre o direito de demarcação das terras de ocupação tradicional, além de encravar o indigenato no seu texto, firmou taxativamente que os títulos de propriedade, posses,



ocupações e domínios são nulos de pleno direito. Ou seja, não produz nenhum efeito diante do caráter originário da ocupação indígena. Desse modo, quem ocupa uma terra indígena **nunca possuiu direitos sobre ela.**

Por isso mesmo que a Constituição trata essa ocupação como nula e não anulável, sendo a segunda passível de algum tipo de regularização, enquanto a primeira, não produz nenhum efeito jurídico. Daí que qualquer validação ou legitimação dessas ocupações, é de plano inconstitucional.

Mesmo com a clareza do texto da Constituição de 1988 sobre a nulidade e efeitos jurídicos inexistentes dos títulos de propriedade incidentes sobre terras indígenas, e um sem-número de decisões judiciais, inclusive da Suprema Corte, o Ministro Alexandre de Moraes votou no Tema 1031 pela legitimação das referidas ocupações, numa espécie de sobreposição de direitos, e pelo dever da União em indenizar os ocupantes pela terra nua – o que não se poderia em tempo algum admitir.

O art. 231, no seu § 6º, define da seguinte forma a matéria em análise:

§ 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.**

Veja-se que a previsão constitucional é muito clara e não permite em tempo algum a indenização pela terra nua, já que não existe efeitos da apropriação de terras indígenas. Por isso mesmo que o voto do Ministro vistor no Tema 1031, com a mais devida *vênia*, não tem amparo constitucional. Se houvesse alguma medida indenizatória, **ela poderia ser apenas por evento danoso**, como veremos adiante, **mas nunca pela terra nua.**

Assim foi a proposta de tese oferecida pelo Ministro Alexandre de Moraes:

(...)

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;



IV - Inexistindo a presença do marco temporal CF/88 ou de renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição, **são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada que tem haver por objeto a posse, o domínio, ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena,** ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes, **assistindo ao particular direito à indenização prévia, em face da União,** em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, **tanto em relação à terra nua,** quanto às benfeitorias necessárias e úteis realizadas;

V - Na hipótese prevista no item anterior, **sendo contrário ao interesse público a desconstituição da situação consolidada** e buscando a paz social, **a União poderá realizar a compensação às comunidades indígenas,** concedendo-lhes terras equivalentes às tradicionalmente ocupadas, desde que haja expressa concordância;

(...).

É possível perceber então, a dissonância do voto do ministro vistor com a previsão constitucional, especificamente nos itens IV e V. Por isso mesmo, repita-se, que não é razoável que a Corte adote em sua integralidade a interpretação então oferecida, pois está a afrontar a previsão do §6º do art. 231 da Constituição.

Quanto aos precedentes sobre nulidade de títulos incidentes em terras indígenas, citamos alguns:

Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ 534/2005 e o decreto presidencial de 15-4-2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) **a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231 da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/1988, art. 231, § 6º).** [Pet 3.388 ED, rel. min. Roberto Barroso, j. 23-10-2013, P, DJE de 4-2-2014] – grifei.

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse



em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). [Pet 3.388, rel. min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010] – grifei.

A eventual existência de registro imobiliário em nome de particular, a despeito do que dispunha o art. 859 do CC/1916 ou do que prescreve o art. 1.245 e parágrafos do vigente Código Civil, não torna oponível à União Federal esse título de domínio privado, pois a Constituição da República pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas *res extra commercium*, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando ineficazes, ainda, as pactuações negociais que sobre elas incidam, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas que provocam, por efeito de expressa recusa constitucional, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º). [RMS 29.193 AgR-ED, rel. min Celso de Mello, j. 16-12-2014, 2ª T, DJE de 19-2-2015] – grifei.

Comprovada a histórica presença indígena na área, **descabe qualquer indenização** em favor do Estado. [ACO 362, rel. min. Marco Aurélio, j. 16-8-2017, P, DJE de 3-10-2017.] – grifei.

E, ainda, da decisão de mérito que a Corte tomou na ACO 312/BA, na qual a Funai pleiteava a nulidade dos títulos de propriedade incidentes sobre terras indígenas, temos o seguinte entendimento:

5) A HOMOLOGAÇÃO AUSENTE, DA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA REALIZADA EM 1938, NÃO INIBE O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE RESERVA INDÍGENA NO LOCAL, **ORIGINANDO A IMPOSSIBILIDADE DE SE TER POR VÁLIDOS ATOS JURÍDICOS FORMADOS POR PARTICULARES COM O ESTADO DA BAHIA.**

(...)

7) O RECONHECIMENTO DO DIREITO À POSSE PERMANENTE DOS SILVÍCOLAS INDEPENDENTE DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO NA MEDIDA EM QUE A TUTELA DOS ÍNDIOS DECORRE, **DESDE SEMPRE, DIRETAMENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL.**

(...)

8) A BAIXA DEMOGRAFIA INDÍGENA NA REGIÃO EM CONFLITO EM DETERMINADOS MOMENTOS HISTÓRICOS, PRINCIPALMENTE QUANDO DECORRENTE DE ESBULHOS PERPETRADOS POR FORASTEIROS, NÃO CONSUBSTANCIA ÓBICE AO



RECONHECIMENTO DO CARÁTER PERMANENTE DA POSSE DOS SILVÍCOLAS. A **REMOÇÃO DOS ÍNDIOS DE SUAS TERRAS POR ATOS DE VIOLÊNCIA NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR-LHES O RECONHECIMENTO DA TRADICIONALIDADE DE SUA POSSE**. IN CASU, VISLUMBRA-SE A PERSISTÊNCIA NECESSÁRIA DA COMUNIDADE INDÍGENA PARA CONFIGURAR A CONTINUIDADE SUFICIENTE DA POSSE TIDA POR ESBULHADA. **A POSSE OBTIDA POR MEIO VIOLENTO OU CLANDESTINO NÃO PODE OPOR-SE À POSSE JUSTA E CONSTITUICIONALMENTE CONSAGRADA.**

(...)

9) **NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DE RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMURU-CATARINAPARAGUAÇU, CONFORME DEMARCAÇÃO DE 1938. AQUISIÇÃO A NON DOMINO QUE ACARRETA A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE NA REFERIDA ÁREA INDÍGENA, PORQUANTO OS BENS TRANSFERIDOS SÃO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO (SÚMULA 480 DO STF: Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos artigos 4, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas).**

(...)

13) **AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS QUANTO AOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE E REGISTROS IMOBILIÁRIOS REFERENTES AOS IMÓVEIS ABRANGIDOS PELO ESPAÇO GEOGRÁFICO DEMARCADO EM 1938 E COMPROVADO NESTES AUTOS, TOTALIZANDO APROXIMADAMENTE 54 MIL HECTARES. SOB ESSE ÂNGULO, A AÇÃO FOI JULGADA PROCEDENTE PARA RECONHECER A CONDIÇÃO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE TERRA INDÍGENA SOBRE A TOTALIDADE DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 E TOTALIZANDO CERCA DE 54 MIL HECTARES CORRESPONDENTES À RESERVA CARAMARUCATARINA-PARAGUAÇU, E DECLARAR A NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS NA ÁREA DA RESERVA (STF, ACO 312/BA, Julg. 02.05.2012, Pleno, Rel. Min. Eros Grau) – grifei.**

São inúmeros os precedentes da Suprema Corte que não permitem a validação de títulos de propriedade que incidem sobre áreas de ocupação originária.

Daí que o item IV do voto do Ministro Alexandre de Moraes no Tema 1031, como acima demonstrado, não pode prevalecer da forma como se encontra, porquanto a Carta Constitucional, bem como a jurisprudência da Suprema Corte não admitem tamanha



elasticidade hermenêutica. Se os títulos são reconhecidos como nulos, não produzindo nenhum efeito, essa previsão constitucional não pode ser sobrepujada. Ainda, no acórdão da ACO 312/BA, há sucinto, mas preciso discernimento do caso pelo relator:

Aliás lá [Pet. 3388/RR] se cogita de aproximadamente 1.700.000 ha, ao passo que a terra dos Pataxós não excede 54.000 ha algo como três vírgula dezessete por cento da área de Raposa Serra do Sol. **Na presente ação está em debate, ademais, exclusivamente a nulidade, ou não, de determinados títulos de propriedade.**

6. Observo desde logo que, no Brasil, **disputa por terra indígena entre quem quer que seja e índios consubstancia algo juridicamente impossível.** Pois quando dizemos disputa aludimos a uma oposição entre direitos e, **no caso, ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum** (ACO 312, rel. Min. Eros Grau, fls. 33 do acórdão) – grifei.

Outro grave problema da tese oferecida pelo Ministro vistor é a possibilidade de compensação (V). Não há falar em compensação de áreas onde, por conveniência da União, seja permitida a presença não indígena, em razão de interesse público. Diante da vagueza da terminologia, a tese proposta pelo Min. Alexandre de Moraes assume o risco de se extrair dos indígenas direitos que a Carta de 1988 visou proteger, como são as áreas de ocupação tradicional que contam com canchas de ritos e de sustentação do sagrado; áreas de pesca e coleta, de plantio, perambulação, moradia; áreas de preservação ambiental, etc. Retirar esse direito dos povos indígenas, meramente por interesse público da União, é dissentir do Constituinte Originário, do texto da Constituição e da ciência antropológica, o que seria intangível.

Portanto, trechos da tese, alocados nos pontos IV e V não estão constitucionalmente adequados e carecem ser de pronto afastados.

Nesse sentido, a tese que até então está em completa sonância com o texto da Constituição é a oferecida ao Ministro Edson Fachin. Vejamos:

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

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

II - a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas



atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

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

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

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

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

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

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

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

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

De toda forma, buscando integrar a tese do Min. Edson Fachin com a tese proposta pelo Min. Alexandre de Moraes, **avaliamos que sim seria possível e adequado considerarmos a indenização ao terceiro de boa-fé, porém desde que a indenização se dê por evento danoso e por procedimento próprio.** Para isso, necessário apenas um pequeno incremento nas teses acima transcritas – o que será feito adiante.



Daí que o Ministro Edson Fachin, no seu voto na ACO 1100, assim definiu sobre a nulidade de títulos sobre terras indígenas:

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

Como afirma Deborah Duprat:

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

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

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

Dessa forma, compreende-se que a cadeia dominial de determinada área, por si só considerada, não tem o condão de impedir procedimento demarcatório, diante da existência de direito originário à posse das terras tradicionalmente ocupadas, da proteção constitucional e normativa desse direito, desde antes do período republicano, bem como da consideração de que o texto constitucional reconhece a posse, mas não a constitui, donde não ser possível a existência de posse ou propriedade privada em terras indígenas (ACO 1100, Rel. Min. Edson Fachin, 14.06.23) – grifei.

Essa justificação constitucional serve para dizer que não há nenhum direito de indenização pela terra nua. Entretanto, há uma possível motivação histórica para que ela possa acontecer nos casos de ocupação de boa-fé – que não, repita-se, aquela indenização



pela terra nua. Seria uma espécie de indenização para quem teve um título de propriedade ou a legitimação de uma posse ou ocupação sobre terras indígenas, cedida ou confirmada pelo Estado ou pela União.

Explicamos. Sabido por todos, que muitas terras indígenas foram outorgadas a terceiros, sob o pretexto de serem terras devolutas (vide ACO 362, ACO 366, ACO 304, ACO 365 e ACO 312).

O Ministro Relator das ACOs 362/MT e 366/MT assim definiu, em seu voto, sobre as brutais irregularidades na venda de áreas indígenas como se devolutas fossem, o que se prova que a prática era corriqueira, gerando enormes prejuízos aos indígenas em relação aos seus territórios – o que, em tese, pode gerar o dever de indenizar àqueles que, de boa-fé, tiveram áreas outorgadas sobre terras indígenas:

Não se olvida todo o histórico de graves irregularidades na venda de terras públicas em Mato Grosso, inclusive aquelas tradicionalmente habitadas pelos indígenas. O Pleno do Supremo já teve a oportunidade de enfrentar aspecto do problema no exame da ação cível originária nº 79, relator o ministro Cezar Peluso, acórdão publicado em 3 de junho de 2013, ajuizada pela União em face de inúmeras empresas ditas colonizadoras daquela unidade da Federação, às quais teriam sido concedidas enormes glebas sem autorização do Senado Federal. **Naquela assentada, foi unânime o entendimento no sentido de que diversas terras haviam sido concedidas ao arrepio da Constituição Federal, não apenas ante a larga extensão, mas também por serem, muitas delas, áreas que contavam com histórica presença indígena.** Na ocasião, afirmei:

[...] Presidente, o Estado de Mato Grosso não tenho a menor dúvida acabou transferindo o domínio de áreas à citada Fundação [Fundação Brasil Central]. **E o fez de uma forma, a meu ver, muito, mas muito extravagante, porque a transferência apanhou terras indígenas.** Em várias passagens nos autos leio o parecer da Procuradoria-Geral da República, e talvez por isso mesmo existam na área os conflitos que temos e que ainda vamos resolver -, **está comprovado que houve concessões de terras de tribos indígenas daquela região. Terras indígenas que não seriam do Estado, que seriam da titularidade como todos sabemos da União** (ACO 366, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, acórdão, fls. 7/8) – grifei.

Portanto, não há dúvidas de que em algumas situações as terras indígenas foram vendidas, doadas, alienadas pelos Estados como se fossem de sua propriedade, quando, em verdade, eram terras da União e de ocupação tradicional indígena. Foram justamente os



terceiros de boa-fé que adquiriram terras indígenas nestas situações, que o Min. Vistor, Alexandre de Moraes, buscou resguardar quando apresentou o item IV da tese proposta no Tema 1031. Para o Ministro seria uma forma de compatibilizar direitos indígenas e direitos dos ocupantes de boa-fé, bem como de evitar a promoção de mais uma injustiça e impor ao Poder Público a responsabilização pelos danos causados.

Mas, como poderia a União pagar, na forma de indenização, por uma terra que já é de sua propriedade? Respondemos: isso seria inimaginável, porque essa figura é inexistente e não há nenhuma margem para que o nosso universo jurídico constitucional a admita – com o devido respeito à proposição de tese pelo ministro Alexandre de Moraes, mas ela não é constitucionalmente amoldada ao que dispõe do art. 231, §6º.

Por outro lado, após a demarcação da terra indígena, com a efetivação da posse ao povo interessado, com base no Decreto 1.775/96, nos termos da orientação do art. 231 da Constituição Federal de 1988, entendemos que poder-se-ia, a partir daí, iniciar a contagem do prazo prescricional para pretensão indenizatória por terceiros, de boa-fé, ocupantes de terras indígenas, o que se daria por meio de procedimento próprio – administrativo ou judicial.

No mesmo sentido que apontamos, é o voto do Ministro Edson Fachin na ACO 1100, referente a demarcação da Terra Indígena Ibirama La-Klãnõ, do Povo Xokleng, de Santa Catarina – povo que teve suas terras tradicionais entregues pelo Estado e pela União a terceiros:

A possibilidade de indenização por ato ilícito na venda de terras a *non domino*, em ação própria de natureza eminentemente reparatória, é questão a ser amadurecida pela doutrina e pela jurisprudência, mas *não aparenta colidir, em meu sentir, com a vedação da concessão de indenização pelo fato de encontrar-se a área inserida em terra indígena* (fls. 64 do voto) – grifos no original.

Veja-se, então, que a titulação de terras, em áreas de ocupação tradicional, ademais de não ter gerado efeito algum, criou expectativa de direito em terceiros de boa-fé. Como visto, também, nos termos do que decidido nas ACOs 362/MT e 366/MT, os Estados Federados apanharam terras indígenas, como se devolutas fossem, e transferiram à



particulares – inclusive, também como já por muito provado, por meio de extrema violência em face de comunidades indígenas¹.

Essa expectativa de direito em face de terceiros, por culpa da União e dos entes federados, pode gerar algum direito reparatório – desde que devidamente comprovada a boa-fé. Contudo, essa indenização deve se dar por evento danoso, já que, por culpa dos Estados e da União, as áreas indígenas foram entregues a particulares.

Vejam os o teor do art. 37, § 6º, da CF/88 que ampara a indenização por evento danoso:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na ACO 336/MT, o Ministro Alexandre de Moraes, em 2017, admitiu que não é possível indenização, pela União, seja para os Estados, seja a particulares. Isso porque, segundo o Ministro, a União não poderia pagar por terras que são de sua propriedade. Veja:

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, **consequentemente, 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 (ACO 366, acórdão-voto Alexandre de Moraes, 2017, pg. 22).

E, ainda, o Ministro Relator da ACO 1100 encerra suas razões, ao sustentar que entende possível a indenização por evento danoso (art. 37, §6º, da CF/88), mas que essa espécie de reparação não pode impedir a finalização da demarcação das terras indígenas.

Nessa linha, não há que se falar em indenização prévia, pela União, de um bem seu, um patrimônio constitucionalmente declarado. Se houver causa dada pela União na titulação, tão logo tem responsabilidade. Do contrário, nunca. Do mesmo modo é em relação à posse aos indígenas, que não pode se dar apenas após a aferição indenizatória dos

¹ Vide mais em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/relatorio-figueiredo>. Acesso em 28.08.2023.



particulares envolvidos. A posse aos indígenas tem que ser uma fase anterior ao pleito indenizatório que se daria por mecanismos processuais apropriados, mas nunca por dentro do processo de demarcação.

Vale destacar, ainda, que a legitimação de títulos de propriedade, posses e ocupações a terceiros em áreas indígenas, como propõe o Min. Vistor, numa espécie de sobreposição de direitos (civil sobre o constitucional; particular em face do indígena), além de inadequado frente a Constituição, ela pode, ao invés de ocasionar a paz no campo, acirrar os conflitos, dada a legitimidade de dois direitos onde só caberia o direito originário indígena.

Para arrematar, há que ser defendida a Constituição Federal e, portanto, a tese do ministro Edson Fachin. Fazendo-se justiça, reconhecemos que o voto do Ministro Alexandre de Moraes avança ao romper com o marco temporal, o renitente esbulho e o impedimento de reestudo de terras já demarcadas com algum vício procedimental. Porém, deixa de ser adequado constitucionalmente ao legitimar títulos de propriedade sobre áreas indígenas, especificamente nos itens IV e V da tese proposta pelo Min. Vistor.

2. Da proposta de Tese

Nesse sentido, ousamos propor a seguinte tese para reflexão, de forma a integrar e conformar as teses do vistor e do relator (os grifos são na parte resolutive que oferecemos):

Os direitos territoriais consistem em direito fundamental dos povos indígenas, **constituindo-se como cláusulas pétreas**, e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos:

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

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

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05



de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

IV – Inexistindo a presença do marco temporal ou de renitente esbulho em 1988, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição, e **não sendo válidos e nem eficazes, tampouco produzindo efeitos** os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada que tem haver por objeto a posse, o domínio, ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nela existentes, **assiste ao particular, tão somente, o direito à indenização por evento danoso em face dos entes federados e da União pela titulação, doação ou estímulo ao apossamento de terras de ocupação tradicional, nos termos do art. 37, §6º da Constituição, o que não impede, de imediato, a posse e ocupação destas áreas pelos indígenas;**

V - A aferição da indenização dar-se-á por meio de procedimento próprio, a pedido do particular, onde serão verificadas a boa-fé, a responsabilidade do Poder Público e a extensão do dano, não sendo possível ela ocorrer no âmbito do processo de demarcação;

VI - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

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

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

IX - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

X - Há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente;

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

XII - Aos ocupantes, independente da boa-fé, que se enquadrem como clientela da reforma agrária, é possível opção pelo pronto reassentamento.



A presente proposição de tese, busca constituir caminhos constitucionalmente adequados para a demarcação de terras indígenas e, sendo o caso, para indenização a ocupantes de terras indígenas, quando de boa-fé, **tão somente por evento danoso, sendo equivocado também, a compensação de terras de ocupação tradicional indígena por outras equivalentes, salvo quando de impossível reversão.**

Brasília-DF, 28 de agosto de 2023.

NICOLAS NASCIMENTO

OAB/BA 71.117

PALOMA GOMES

OAB/DF 38.995

RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

OAB/DF 43.179