

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

ALEXANDRE JABUR

**A INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA NAS DEMARCAÇÕES
DE TERRAS INDÍGENAS: MODELOS E TESES EM
DISCUSSÃO**

MANAUS

2014

ALEXANDRE JABUR

**A INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA NAS DEMARCAÇÕES
DE TERRAS INDÍGENAS: MODELOS E TESES EM
DISCUSSÃO**

Artigo científico desenvolvido sob a orientação do Doutor Robério Nunes dos Anjos Filho como tese de conclusão do 26º Curso de Ingresso e Vitaliciamento, como requisito para a obtenção de certificação em curso de especialização, em nível de pós-graduação *Lato Sensu*.

MANAUS

2014

RESUMO

Nos últimos anos, as demarcações de terras indígenas têm enfrentado muita resistência por parte não só dos atingidos mas, também, de representantes do agronegócio, com a intenção deliberada de estagnar o reconhecimento de novas áreas. Uma das propostas ventiladas para diminuir a resistência tem sido indenizar, além das benfeitorias, também a terra nua, tal como feito nas desapropriações, haja vista que muitas das áreas objeto de demarcação estão localizadas em valorizadas zonas atualmente destinadas a atividades agropecuárias, em que pese existir vedação constitucional neste sentido (art. 231, § 6º, CF). O presente trabalho realiza um levantamento histórico da legislação protetiva das terras indígenas, investiga a forma como tem sido executada a política fundiária e estuda o marco constitucional em vigor, assim como os principais modelos e teses que objetivam viabilizar a indenização pela terra nua nos processos de demarcação, analisando criticamente cada uma das propostas, sob o viés da proteção dos direitos indígenas, concluindo que o vigente ordenamento jurídico-constitucional alberga a possibilidade de indenização da terra nua, o que pode conferir maior celeridade aos processos de demarcação e contribuir para a almejada efetividade dos direitos coletivos desta parcela da população.

PALAVRAS-CHAVE

Terra indígena; demarcação; benfeitoria; indenização; terra nua; indígenas; ruralistas; mutação constitucional; responsabilidade objetiva do Estado.

ABSTRACT

In recent years , the demarcation of indigenous lands have faced strong resistance from not only the affected, but also representatives of agribusiness, with the deliberate intention of stalling the recognition of new areas. One of the proposals ventilated to reduce the resistance has been indemnify, beyond the improvements, also the bare ground, as done in expropriations, given that many of the areas object of demarcation are located on reclaimed areas currently dedicated to agricultural activities, despite constitutional seal exists in this sense (art. 231 , § 6 , CF) . This paper conducts a historical survey of the protective legislation of indigenous lands, investigates how land policy has been implemented and studied the constitutional framework in place, as well as the main models and theories that aim to facilitate the compensation for the bare earth in the process of demarcation, critically analyzing each proposal under the protection of indigenous rights bias, concluding that the existing legal - constitutional order houses the possibility of compensation of bare ground, which can give more speed to the demarcation processes and contribute to the desired effectiveness of the collective rights of this portion of the population.

KEY WORDS

Indigenous land; demarcation; improvement; indemnification; bare ground; indigenous; ruralistas; constitutional change; strict liability of the State

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. O DIREITO DOS INDÍGENAS À TERRA NA HISTÓRIA FUNDIÁRIA DO BRASIL: DESCOMPASSO ENTRE A PROTEÇÃO LEGISLATIVA E A REALIDADE	6
3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O AVANÇO NA PROTEÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELO INDÍOS.....	15
4. A INDENIZAÇÃO DE NÃO INDÍGENAS NO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO: MARCO LEGAL, JURISPRUDÊNCIA E PRÁTICA ADMINISTRATIVA.....	17
5. A NECESSIDADE DE SE DISCUTIR A INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA NAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS.....	21
6. MODELOS E TESES PARA A INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA NAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS.....	23
7. CONCLUSÃO.....	34
BIBLIOGRAFIA.....	37

1. INTRODUÇÃO

Em grande parte das vezes em que se aborda a questão indígena no Brasil é quase automática a referência ao tema da demarcação das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios. Isso ocorre diante dos intermináveis conflitos fundiários frequentemente noticiados nos mais diversos meios de comunicação¹, cuja origem pode ser atribuída por um lado, à importância para as comunidades indígenas das suas terras tradicionais e, por outro, à desastrosa política indigenista adotada pelo Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, e toda a sorte de dificuldades em executá-la.

O presente trabalho pretende discutir a possibilidade de indenização da terra nua pelo Poder Público como medida necessária à efetivação do direito dos indígenas às suas terras, avaliando a responsabilidade do Estado pela concessão de títulos de domínio a não indígenas em áreas tradicionalmente ocupadas e que, posteriormente, venham a ser demarcadas pela União.

Para tanto, inicia-se a abordagem pela história fundiária do Brasil, destacando-se os principais diplomas normativos a respeito dos direitos dos indígenas às suas terras, ainda que, na prática, pouco ou nada tenham servido para resguardar esses direitos.

De forma apartada, devido ao inigualável grau de proteção conferido aos indígenas em termos históricos e por ser o marco normativo ora em vigor, analisa-se o artigo 231 da Constituição Federal e o seu conteúdo normativo em termos gerais, para, logo adiante, em tópico próprio, adentrar mais especificamente na questão da indenização decorrente do processo de demarcação, estudando o seu marco normativo, o entendimento jurisprudencial

¹ Atualmente, os conflitos fundiários indígenas variam a depender da região do País a ser analisada. Via de regra, em áreas mais ao Norte, os focos de tensão são em face do Governo Federal e seus empreendimentos, que impactam direta e/ou indiretamente nos territórios tradicionais. Já no Sul, Sudeste, Centro-Oeste e Nordeste a disputa pelo reconhecimento e proteção das terras indígenas comumente envolve particulares, no mais das vezes detentores de títulos de domínio expedidos pelos Estados-membros e que se veem atingidos por processos administrativos de demarcação, objeto principal do presente trabalho. Vale também a menção aos conflitos originados a partir da pretensão do exercício da mineração em terras indígenas, os quais estão presentes em todo o Brasil. A respeito das diversas espécies de conflitos, vide o artigo denominado "Entenda demarcações de terras indígenas e conflitos com proprietários rurais" (*Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1295478-entenda-demarcacoes-de-terras-indigenas-e-conflito-com-proprietarios-rurais.shtml>>. Acesso em: 19 abr. 2014).

e a prática administrativa.

Finalmente, são avaliados os principais modelos e teses que visam conferir validade jurídica à indenização de não indígenas pela terra nua, quando detentores de títulos de domínio e atingidos pela demarcação, trazendo a lume propostas relativas a projetos de emenda à Constituição, projetos de lei, novas interpretações do texto constitucional, medidas administrativas, ações judiciais em curso etc. Alfim, apresentaremos nossas conclusões e opiniões sobre o tema.

2. O DIREITO DOS INDÍGENAS À TERRA NA HISTÓRIA FUNDIÁRIA DO BRASIL: DESCOMPASSO ENTRE A PROTEÇÃO LEGISLATIVA E A REALIDADE

A relação dos indígenas com as suas terras é notada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como uma relação totalmente diversa da estabelecida no bojo da sociedade capitalista, de modo que, nas palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto²,

“viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”): “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e as suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o *status* de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígene transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR, Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Relator: Ministro Carlos Britto, Brasília, 19 mar 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 19 abr 2014.

produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação linguística e social genérica. Nada que sinalize, portanto, documentação dominial ou formação de uma cadeia sucessória. **E tudo a expressar, na perspectiva da formação histórica do povo brasileiro, a mais originária mundividência ou cosmovisão.** (negrito do original.)

Com efeito, observe-se que a doutrina³ destaca que o direito às terras tradicionalmente ocupadas indubitavelmente caracteriza-se como direito fundamental coletivo, ligado “não só à questão da *moradia*, mas também e principalmente à noção de *habitat* e à *identidade coletiva* desses grupos, considerando que a privação da terra é fato que os fragiliza e pode levar ao desaparecimento”. Em poucas palavras, o direito à terra tradicional “*integra o mínimo existencial dos povos indígenas.*”

Ao passo disso, não é difícil perceber que ao longo da História o respeito e garantia deste direito fundamental nunca foi levado a efeito de modo satisfatório.

Segundo caudalosa doutrina que se debruçou sobre a história territorial do Brasil⁴ – destacando-se T. Brandão Cavalcanti, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello e Ruy Cirne Lima – todas as terras primariamente pertenceram à Coroa Portuguesa pelo denominado *direito de conquista*. Nesse sentido, também se destaca que em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal assim entendeu⁵.

Em seguida, com a finalidade de garantir a posse do território recém-conquistado, a Metrópole passou a promover grandes concessões de terras, por meio de cartas de doação e forais, constituindo as capitânicas hereditárias e sesmarias⁶.

3 ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Artigos 231 e 232*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2407.

4 Cf. GALVÃO, Ilmar, *Terras indígenas*. In *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa de 15 anos*. Brasília, STJ, 2005. p. 475.

5 A título de exemplo, veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária 132/MT, Requerente: União. Requeridos: Estado de Mato Grosso e outro. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, Brasília, 04 abr 1973. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265930>>. Acesso em: 19 abr 2014.

6 O instituto das sesmarias, idealizado por Portugal inicialmente para ser aplicado ao seu território, como meio de incrementar a produção agrícola em terras ociosas, foi transplantado

Posto que na vigência desse sistema de ocupação era buscada a colonização portuguesa, foi outorgado um diploma legal de grande relevância para os direitos indígenas. Era o Alvará Régio de 1º de abril de 1.680, o qual previa, nas próprias sesmarias concedidas, a reserva das áreas ocupadas pelos índios, “primários e naturais senhores delas”.

Com essa prescrição legal, reconheceu-se o tão prolapado *indigenato*, isto é, instituto jurídico de raízes lusitanas que “não se confunde com a mera posse. O *indigenato*” – nas palavras de José Afonso da Silva⁷ – “é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito” que os indígenas possuem sobre as terras que ocupam, não dependendo de qualquer legitimação para a sua constituição.

Esse Alvará, inicialmente restrito a parcela do território nacional, foi posteriormente estendido para toda a Colônia através do Alvará de 08 de maio de 1.718, reconhecendo-se definitivamente a todas as etnias o direito originário às suas terras, ainda que anteriormente cedidas a particulares.

Neste particular, especialmente sobre a robustez do instituto do *indigenato* e a sua distinção da posse civilística, são de referência obrigatória as palavras de João Mendes Júnior⁸, ainda hoje válidas:

Não quero chegar até o ponto de afirmar, como P. J. PROUDHON, nos *Essais d'une philos. populaire*, que - "o *indigenato* é a *única* verdadeira fonte jurídica da posse territorial"; mas, sem desconhecer as outras fontes, já os philosophos gregos affirmavam que o *indigenato* é um título *congenito*, ao passo que a *ocupação* é um título *adquirido*. Comquanto o *indigenato* não seja a *única* verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na phase do Alv. de 1º de Abril de 1680, "a primaria, naturalmente e

para o Brasil de maneira nada adaptada à realidade local, acabando por tornar-se um método de criação de grandes latifúndios improdutivos, não fixando os imigrantes à terra e constituindo-se na origem da concentração fundiária brasileira. O fim do regime de sesmarias ocorreu por meio da Resolução n.º 76, de 17 de julho de 1822, todavia, restou indelével as consequências da adoção deste instituto na história fundiária do País. Para mais detalhes, v. LIMA, Ruy, Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

7 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 857.

8 MENDES JUNIOR, João. *Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos*. Ed. fac-similar. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 58-59.

virtualmente reservada", ou na phase de ARISTOTELES (Polit., I, n. 8), - "um *estado* em que se acha cada ser a partir do momento do seu nascimento". Por conseguinte, o *indigenato* não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como facto posterior, depende de requisitos que a legitimem.

O indigena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitue o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurisconsulto PAULO (Dig., titul. *de acq. vel. amitt. possess.*, L. 1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indigena, além desse *jus possessionis* tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como *direto congenito*. Ao *indigenato*, é que melhor se applica o texto do jurisconsulto PAULO: - *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*.

No entanto, se a regulamentação jurídica era clara em vista destes dois Alvarás, no dia a dia lhe faltou dar efetividade. Os livros de história são pródigos em narrar as reiteradas violências praticadas sobre os primeiros habitantes do Brasil, sendo muito comum, em todas as partes do país, a expulsão dos indígenas de suas terras, quando não a matança generalizada de todo aquele que se opunha ao avanço *civilizatório*.

Nessa esteira, Darcy Ribeiro⁹, após trazer a lume um retrospecto histórico, equivalente aos mais notórios genocídios já noticiados, em dois parágrafos, faz primorosa síntese, aplicável a toda 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

9 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.

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.

No século XIX, a regulamentação fundiária como um todo no Brasil era extremamente precária e confusa, tendo avançado pouco desde a época do descobrimento. Diante dessa mixórdia, a lei 601, de 18 de setembro de 1.850, conhecida como Lei de Terras, regulamentada pelo decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1.854, teve o intento de alterar esse panorama.

Relativamente às terras indígenas, não houve nenhuma alteração substancial, com relação ao primitivo Alvará Régio de 1.680. Aliás, houve a ratificação do seu conteúdo. O artigo 3º da Lei de Terras, ao conceituar terras devolutas, inclui as “que não se acharem applicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal” (§ 1º), de onde se extrai que as terras indígenas nunca foram consideradas devolutas, pois reservadas desde a época colonial aos indígenas – sem que tenha havido qualquer revogação – o que pode ser considerado um “uso público nacional”. Afinal, nas sesmarias concedidas ao uso exclusivo dos sesmeiros, o Alvará de 1.680 determinou a reserva da parte habitada pelos índios, “primários e naturais senhores delas”.

Por sua vez, o decreto 1.318 de 1854 foi expresso sobre o tema. No artigo 23 dispôs: “os que tiverem terras havidas por sesmarias e *outras concessões* (...) não tem precisão de revalidação, nem de legitimação, nem de novos títulos...”. Em seguida, nos artigos 72, 74 e 75, determinava que as terras reservadas para a colonização de indígenas, e para eles distribuídas, seriam

destinadas ao seu usufruto, incumbindo as autoridades responsáveis pela discriminação de reservar aquelas onde se localizassem “hordas de selvagens.”

Logo, examinando o principal marco jurídico sobre terras no Brasil, ainda hoje de grande utilidade no enfrentamento de questões fundiárias, percebe-se que houve a continuidade na garantia aos indígenas do seu direito originário à terra, tal qual firmado pelo Alvará Régio de 1.680.

Caminhando um pouco mais, com o fim do regime imperial e início da era republicana, não houve qualquer diminuição da proteção às terras indígenas. Porém, o artigo 64 da Constituição de 1.891, ao atribuir a propriedade das terras devolutas aos Estados-membros iniciou uma série de interpretações equivocadas, sem que tivesse dado azo para tanto¹⁰. Nas palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ilmar Galvão¹¹,

resta insofismável que, ao dispor desse modo, não transferiu a primeira Constituição republicana, aos Estados, os aldeamentos indígenas que não se encontravam extintos e que, portanto, pertenciam aos índios e nem, tampouco, as terras das reservas indígenas, terras públicas que continuaram integrando o patrimônio da União, afetadas ao usufruto deles, visto sobre elas não haver incidido a norma do referido art. 64.

No entanto, como dito acima, muitos Estados-membros não enxergaram a clareza do dispositivo constitucional. A par da espoliação feita por iniciativa própria dos particulares, houve, a exemplo do então Estado de Mato Grosso, a apropriação estatal das áreas, muitas vezes sob o argumento de os indígenas terem-nas abandonado. Ato contínuo, considerando-as devolutas, os Estados passam a aliená-las iniciando uma cadeia dominial viciada que perdura até os dias atuais.

Nesse contexto, com o passar das décadas, os índios foram perdendo mais e mais áreas que deveriam estar reservadas, agora com o aparente amparo do ordenamento jurídico.

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

11 GALVÃO, Ilmar, *Terras indígenas*. In *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa de 15 anos*. Brasília, STJ, 2005. p. 481.

No início do século XX, os índios foram pressionados pelas fortes ondas de expansão agropastoril rumo ao oeste, e inúmeros subterfúgios foram utilizados para expulsá-los. Além da violência comum em toda a história, passou-se também a conceder “aos índios terras em lugares distantes e suas transferências compulsórias para lá, seguidas da ‘legitimação’ da posse de seu antigo território, sob a alegação de abandono”¹².

Registre-se, ainda que haja divergência sobre as razões históricas de sua criação¹³, o advento do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), instituído pelo decreto 8.072, de 20 de julho de 1910 - poucos anos depois alterado para restringir a atuação do órgão à proteção dos indígenas, passando a ser denominado apenas de SPI¹⁴ - em cujas atribuições se inseria a de “garantir a efectividade da posse dos territorios ocupados por indios”. Todavia, em que pese se possa, em um primeiro olhar, imaginar um verdadeiro avanço do Estado brasileiro ao instituir um órgão indigenista, na realidade o próprio ente federal passou a ser responsável e coadjuvante da ininterrupta espoliação territorial em curso.

A título ilustrativo, aponta-se a prática institucionalizada de realizar contato com povos isolados e, ato contínuo, restringir seus territórios a parcelas das áreas tradicionalmente ocupadas ou mesmo promover remoções forçadas, a fim de facilitar o avanço da expansão agropastoril, conforme informa Darcy Ribeiro¹⁵, curiosamente um grande defensor do trabalho do SPI:

Quanto ao primeiro problema [ocupação do território nacional nos bolsões habitados por índios hostis], não há dúvida de que o SPI atendeu plenamente aos seus objetivos e se manteve fiel ao longo de décadas à diretiva de Rondon: "Morrer de preciso for, matar nunca". Graças à sua atuação,

12 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 220.

13 Existem divergências quanto às origens históricas do SPI, havendo críticas à tese defendida por Darcy Ribeiro de que o órgão indigenista teria sido fruto de amplos debates públicos ocorridos entre os anos de 1908 e 1910 a respeito da política a ser adotada em relação aos povos indígenas. V. LIMA, Antônio Carlos Souza. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*. In CUNHA, Manuela Carneiro (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 156.

14 O artigo 118, da lei 3.454, de 06 de janeiro de 1918, transfere ao Serviço de Povoamento atribuições diversas das relacionadas à assistência indígena.

15 RIBEIRO, op. cit., p. 169.

imensas regiões do país, entre as quais se encontram algumas da que hoje mais pesam na produção agrícola-pastoril e extrativa nacional, foram ocupadas pacificamente pela sociedade brasileira; e os índios que as habitavam passaram a viver nos postos indígenas, assentados em pequenas parcelas dos antigos territórios tribais.

Além disso, desde a sua instituição, ainda que fosse defeso o arrendamento de áreas indígenas¹⁶, porquanto resguardado em nível legal o usufruto exclusivo dessas terras às comunidades, há notícias¹⁷ reiteradas dessas práticas, não só como meio de locupletamento ilícito por parte de servidores públicos, mas também para a manutenção das próprias unidades do SPI, prolongando-se por muitas décadas essa prática.

Tendo em vista todos esses problemas, como fruto das discussões havidas na Assembleia Constituinte¹⁸, a Constituição de 1934 fez inserir em seu texto o primeiro dispositivo constitucional a se referir expressamente ao direito dos índios às suas terras¹⁹. Sem necessidade de grandes considerações a respeito, o importante é mencionar que o direito congênito dos índios às suas terras foi recepcionado pela nova ordem jurídica, deixando de ser resguardado apenas pela legislação infraconstitucional e passando à categoria de norma constitucional, âmbito normativo próprio para a positivação de direitos fundamentais. Contudo, a eficácia desta norma constitucional, assim como ocorria desde o Alvará Régio de 1.680 continuava, na prática, nula. Os entes federados pouco ou nada fizeram de efetivo para definitivamente estancar o desrespeito ao direito dos silvícolas à terra, em que pese a existência do SPI.

Seja como for, nessa linha evolutiva do direito originário dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, é relevante mencionar que, em nível

16 Os artigos 7º e 8º do decreto 8.072/1910 expressamente vedavam o arrendamento, a alienação e o gravamento de ônus real em terras ocupadas por índios, cominando a nulidade absoluta a esses atos jurídicos.

17 Cf. LIMA, Antônio Carlos Souza. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*. In CUNHA, Manuela Carneiro (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 164.

18 CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, 1987, apud SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 128.

19 "Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las."

infraconstitucional, a União percebeu a ilícita prática dos Estados-membros em considerar devolutas as áreas reservadas aos indígenas. E, rechaçando veementemente essa prática, inseriu no novo estatuto do SPI a atribuição de “impedir que as terras habitadas pelos silvícolas sejam tratadas como se devolutas fossem, demarcando-as, fazendo respeitar, garantir, reconhecer e legalizar a posse dos índios, já pelos Governos Estaduais ou Municipais, já pelos particulares”²⁰.

Como se deve imaginar, mais uma vez, as boas intenções do legislador não se verificaram na prática, tornando-se repetitivo dizer que a espoliação fundiária continuava a ocorrer, sobretudo, agora, diante de incentivos federais à ocupação dos vazios, no interior do Brasil²¹.

Entretanto, após o advento da Constituição de 1934, em todas as demais Constituições Federais²² permaneceu a previsão do direito dos índios às terras por eles habitadas, em essência, tal qual previu o Alvará Régio de 1.680.

Feita essa breve síntese do panorama jurídico das terras indígenas no

20 Cf. artigo 3º, alínea a, do decreto 736, de 06 de abril de 1936.

21 A conquista do Oeste do Brasil ou Marcha para Oeste foi política de ocupação iniciada pelo Governo de Getúlio Vargas, durante o Estado Novo (1937-1945), e perpetuada nas décadas seguintes. Com esse novo bandeirantismo, “o Brasil se voltaria para si próprio, conquistando uma independência econômica e política através do nacionalismo e apaziguando as diferenças sociais através de uma permanente preocupação com os trabalhadores”, cf. SCHWAB, Maria de Castro. *Nacionalismo, políticas sociais e Marcha para o Oeste nos artigos de Paulo de Figueiredo durante o Estado Novo (1937-1945)*. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, XXV, 2009, Fortaleza. *Anais...* Disponível em <<http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/ANPUH.S25.pdf>>. Acesso em: 19 abr 2014.

22 Constituição Federal 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 Federal de 1946

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

Constituição Federal 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."

Constituição Federal de 1969

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

Brasil, é de meridiana clareza que desde a época colonial a figura do indigenato está presente no ordenamento pátrio. Mesmo diante da Constituição de 1824, cujos artigos nada trazem a respeito, não se percebe qualquer incompatibilidade, tendo sido, inclusive, editada pelo Imperador a Lei de Terras de 1850, em plena consonância com esse direito originário. O mesmo ocorreu na Constituição de 1891, ou seja, nada foi previsto a respeito, porém, por força do artigo 83, as leis do antigo regime continuaram em vigor diante da compatibilidade e da falta de revogação. Adiante, todas as demais Constituições, assim como diversas leis, corroboraram o instituto do indigenato

Note-se, por fim, que a Constituição de 1967 inaugurou a tradição, seguida pelas Constituições subsequentes, de incluir dentre os bens da União as terras indígenas, aprimorando a proteção normativa sobre essa categoria de bem público. Na lição de Carlos Frederico Marés de Souza Filho²³,

era o que faltava para completar a ideia jurídica das terras indígenas: propriedade pública, da União, posse permanente, intransferível e intocável dos índios, no plural. Estava remarcado, refeito e reconceitualizado o direito originário dos povos indígenas sobre as terras que possuíam. Faltava proclamar que este direito é originário: o fez a Constituição de 1988.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O AVANÇO NA PROTEÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELO INDÍOS

Hodiernamente, vige o artigo 231 da Constituição Federal de 1988, aquele que mais claramente explicita o secular instituto do indigenato, inclusive conceituando terras tradicionalmente ocupadas²⁴.

²³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 129.

²⁴ "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."

A positivação do conceito pela Constituição Federal de 1988, se, por um lado, é criticada pela doutrina antropológica pelas restritas balizas que impõe ao trabalho do antropólogo²⁵, por outro, é aplaudida pela doutrina jurídica, por trazer maior segurança à garantia dos índios à terra.

De fato, o grande mérito foi remeter o preenchimento dos quatro requisitos do conceito²⁶ “aos usos, costumes e tradições” da etnia em análise, donde se percebe que a Constituição de 1988 é impar na história constitucional brasileira, pois, para além de albergar o instituto do indigenato, promoveu verdadeira ruptura com a ordem jurídica anterior, especialmente no que se refere ao reconhecimento do direito à diferença, aceitando o relativismo cultural e reconhecendo a multiculturalidade da sociedade brasileira²⁷.

Ademais, o Texto Constitucional colocou o Brasil em absoluta consonância com o vindouro ordenamento jurídico internacional em matéria de direitos indígenas, especialmente em relação à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), celebrada em 27 de junho de 1989²⁸, a qual, além de muitos outros direitos, consagrou a autonomia²⁹ dos povos indígenas e o direito à terra.

Portanto, sem desprezar outros avanços da vigente Constituição na matéria indígena, a consagração do direito à diferença é indubitavelmente um dos maiores, provocando reflexos diretos no resguardo às terras tradicionalmente ocupadas por essas comunidades. Entretanto, persiste o histórico problema de garantir a permanência dos indígenas nas áreas das quais décadas atrás, durante os ciclos de expansão, foram expulsos. E é nesse quadrante que se insere a discussão quanto a necessidade e validade jurídica

25 V. OLIVEIRA, Adolfo. *Antropólogos, estado e povos indígenas em fins do segundo milênio: o fazer antropológico frente à identificação de terras indígenas*. In *Revista AntropHologicas*. Recife, vol. 13, n. 2, ano 6, pp. 83-106, 2002.

26 Os quatro requisitos são: (i) habitação em caráter permanente; (ii) utilização das terras para atividades produtivas; (iii) imprescindibilidade das mesmas para a preservação dos recursos ambientais necessários a bem-estar comunitário; e (iv) necessidade das terras para a reprodução física e cultural do grupo.

27 Cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Artigos 231 e 232*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2403.

28 Definitivamente internalizado através do decreto 5.051, de 19 de abril de 2004.

29 O sentido de autonomia ora adotado não se confunde com o a ele comumente atribuído no Direito Internacional Público, isto é, direito à independência territorial e política, mas sim ao direito de agir, pensar e interagir com a sociedade dominante de acordo com a própria lógica do grupo.

da indenização pela terra nua de não indígenas que de boa-fé ocupam áreas em processo de demarcação.

4. A INDENIZAÇÃO DE NÃO INDÍGENAS NO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO: MARCO LEGAL, JURISPRUDÊNCIA E PRÁTICA ADMINISTRATIVA

Conquanto o processo de demarcação de terras indígenas tenha a sua regulamentação relegada ao âmbito infraconstitucional – mais propriamente ao âmbito infralegal, pois sucessivamente regulamentado por decretos presidenciais³⁰ – seus principais contornos encontram-se no texto constitucional, especialmente nos parágrafos do artigo 231. No que importa ao tema ora abordado, dispõe o parágrafo 6º do referido artigo que:

§ 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.

Da interpretação literal e isolada da parte final do dispositivo extrai-se que é vedado à União indenizar os ocupantes não indígenas pela terra nua, ainda que existam títulos de domínio definitivos outorgados, constituindo-se em exceção apenas as benfeitorias erigidas de boa-fé.

Essa interpretação é coerente com o instituto do indigenato consagrado no texto da Constituição de 1988, segundo o qual o direito à terra tradicionalmente

30 Carlos Frederico Marés de Souza Filho noticia que, até a edição do decreto 1.775, de 08 de janeiro de 1996, que atualmente regulamenta o artigo 19 do Estatuto do Índio, antecederam-no outros quatro: decreto 76.999, de 08 de janeiro de 1976; decreto 88.118, de 23 de fevereiro de 1983; decreto 94.945, de 23 de setembro de 1987; e decreto 22, de 04 de fevereiro de 1991 (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999, pp. 151-152.)

ocupada pelas comunidades indígenas é originário, não derivado de qualquer título, o que, por consequência, acarreta a absoluta nulidade e extinção de qualquer ato cujo objeto seja afastar o domínio da União sobre a área e o usufruto exclusivo das comunidades. Todavia, a irresponsabilidade da União em indenizar tudo o que não for benfeitoria de boa-fé parece ter sido mera opção do legislador constituinte³¹, não possuindo intrínseca relação com o direito fundamental dos indígenas à terra, nem sendo essencial à efetividade do instituto do indigenato.

Na doutrina, a questão da indenização de não indígenas no processo de demarcação nunca foi objeto de grandes considerações. Via de regra³², costuma-se tão somente explicitar a vedação constitucional do dever da União em indenizar a terra nua, sem qualquer juízo de valor quanto ao acerto ou desacerto desta opção constitucional e seus possíveis desdobramentos.

Dignas de registro são as observações da doutrina especializada no direito indigenista, a exemplo de Luiz Fernando Villares³³ e Robério Nunes dos Anjos Filho³⁴.

O primeiro, destacando que a Constituição de 1988 limitou o direito à propriedade privada em face do instituto do indigenato, não permitindo que, mesmo com título definitivo de domínio, haja a apropriação de áreas tradicionalmente ocupadas, tece elogios à opção constitucional pela não indenização da terra nua³⁵, por entender ser *medida de justiça* não reparar

31 Consultando as Atas da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-8, não foi localizada nenhuma fala ou debate a respeito do tema. (BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-8*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 19 abr. 2014.)

32 Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 855; KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010. p. 243; e LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto do Índio: lei n.º 6.001/1973*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 91.

33 VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 136.

34 ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Artigos 231 e 232*. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2425.

35 No mesmo sentido, v. FACHIN, Luiz Edson. *O dever de indenizar os ocupantes de terras indígenas: análise da proposta de emenda à Constituição 409 de 2001*. In SILVA, Letícia Borges e OLIVEIRA, Paulo Celso de (coords.). *Socioambientalismo: uma realidade - homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 181.

aqueles que indevidamente ocupam terras públicas. Ademais, utilizando-se de argumento de ordem prática, entende justificado,

também, o pagamento apenas das benfeitorias de boa-fé diante da perspectiva de que inexistiriam condições orçamentárias para a efetivação do reconhecimento do direito indígena à terra, se fossem garantidas as indenizações por todo o valor da terra e das benfeitorias.

O segundo chama a atenção para o fato de o texto constitucional não vedar que outros entes federados, diversos da União, sejam responsabilizados para fins de indenização de terra nua após a demarcação de terras indígenas:

Estados e Municípios não são mencionados pelo texto constitucional, razão pela qual podem ser demandados judicialmente, por exemplo, caso alienem ou titulem indevidamente terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como se fossem do seu domínio.

Além disso, ressalta não existir qualquer restrição à indenização por “danos materiais, morais ou à imagem decorrentes da *má condução do processo demarcatório ou da retirada dos terceiros que se encontravam na terra tradicional*”.

Por sua vez, na jurisprudência, os Tribunais historicamente vêm interpretando o § 6º do artigo 231 como uma barreira intransponível à indenização pela União da terra nua.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do rumoroso caso da demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, nas palavras do ex-Ministro Ayres Britto, asseverou que

o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal (...) [e] em seu lugar impõe o dever estatal de indenizar os não-índios como intransponível óbice à tentação hermenêutica de se prestigiar o dogma da segurança jurídica em prejuízo dos índios (indenização, todavia, que somente ocorre 'quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé', nos precisos termos do comando final do § 6º do art. 231 da Constituição).

Seguindo a linha da Corte Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça³⁶ e os Tribunais Regionais Federais³⁷, de forma cediça, não reconhecem o direito à indenização pela terra nua em caso de demarcação de terra indígena, embora em recente decisão monocrática³⁸ a Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em *obiter dictum*, tenha feito menção à

possibilidade de que o possuidor de boa-fé de terras de ocupação tradicional indígena ajuíze ação própria de responsabilidade do Estado, a fim de ser indenizado por eventual dano causado pela União ao atribuir títulos de propriedade e alienar imóveis tradicionalmente ocupados por índios. (...) Desta forma, numa ótica de preservação de valores sociais e humanos, que orienta a interpretação da Carta Constitucional, deve-se compreender que o Estado Brasileiro, ao emitir títulos de propriedade privada em terras tradicionalmente habitadas, deve se sujeitar à responsabilização administrativa por seus atos.

Por fim, nesse quadrante normativo, doutrinário e jurisprudencial não é de se estranhar que a Administração Pública, na condução dos processos de demarcação, adote, historicamente, postura terminantemente contrária à indenização além das benfeitorias erigidas de boa-fé. Bastando ater-se à disciplina normativa, nota-se que o decreto 1.775, de 08 de janeiro de 1996³⁹,

36 A título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 15.822/DF, Impetrante: Amauri Palmiro. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, 01 fev 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001895920>. Acesso em: 19 abr 2014.

37 Faz-se uma ressalva para o já superado entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, equiparando equivocadamente o procedimento administrativo de demarcação com uma espécie de apossamento administrativo, vinha deferindo indenizações pela terra nua. Por todos, v. BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível 2006.33.10.003207-2/BA, Apelante: Brasil Colônia LTDA. Apelada: União. Relator: Des. Fed. Jirair Aram Megueriam, Brasília, 17 set. 2013. Disponível em <<http://arquivo.trf1.gov.br/index.php.>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

38 BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). Suspensão de Liminar 2014.03.00.000723-4, Requerente: FUNAI. Requerido: 1ª Vara de Naviraí/MS. Relator: Des. Fed. Newton de Lucca, São Paulo, 23 jan. 2014. Disponível em <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000007234&data=2014-01-22>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

39 "Art. 4º Verificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente."

assim como o seu antecessor, o decreto 22, de 04 de fevereiro de 1991⁴⁰, ao mencionar os ocupantes não indígenas atingidos pela demarcação, apenas determina que estes sejam reassentados, não lhes garantindo a alternativa da indenização pela terra nua.

5. A NECESSIDADE DE SE DISCUTIR A INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA NAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS

Em que pese ter havido uma aparente opção do constituinte pela irresponsabilidade da União quanto à nulidade de qualquer ato que tenha por objeto terras indígenas, algumas circunstâncias têm levado indígenas, ruralistas e setores do governo a pensarem em alternativas, cujo objetivo é aumentar o valor das indenizações aos atingidos por demarcações ou até mesmo indenizá-los pela terra nua⁴¹, a fim de diminuir obstáculos nos processos de demarcação e conferir maior efetividade aos direitos fundiários dos indígenas.

Como dito acima, mesmo faltando dar plena efetividade aos direitos desta parcela da população, não há paralelo na história do Brasil de um período em que tenha havido um avanço tão significativo na garantia dos direitos das comunidades indígenas, tal qual após o advento da redemocratização e da promulgação da Constituição de 1988. Com efeito, segundo dados oficiais da Fundação Nacional do Índio - FUNAI⁴², atualmente existem 426 terras indígenas definitivamente regularizadas, isto é, com todas as etapas do

40 "Art. 4º Durante o processo de demarcação, o órgão fundiário federal procederá ao reassentamento de ocupantes não-índios, podendo para tanto firmar convênio como o órgão federal de assistência ao índio.

Parágrafo único. O órgão fundiário federal dará prioridade ao reassentamento de ocupantes não-índios cadastrados pelo grupo técnico, obedecidas as normas específicas."

41 Apesar de ser simplista, a visão de que é imprescindível discutir e incorporar indenizações pela titulação indevida de áreas incidentes em terras indígenas é alardeada como grande solução para os conflitos entre índios e ruralistas. A respeito, v. RODRIGUEZ, Alex. *Índios, fazendeiros e MPF defendem indenização integral como solução*. Agência Brasil, Brasília, 07 jun 2013. Disponível em <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-07/indios-fazendeiros-e-mpf-defendem-indenizacao-integral-como-solucao-para-conflitos>>. Acessado em 19 abr 2014.

42 FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

processo administrativo de demarcação concluídas, ao passo que existem 117 em processo de demarcação e outras 128 em estudos preliminares, prévios à constituição do grupo técnico e ao início do processo.

Desse universo de áreas ainda pendentes de regularização, muitas, senão a maior parte delas, encontram-se em regiões do país já com significativo povoamento, comumente em áreas onde o agronegócio está sedimentado ou de expansão agrícola. Assim sendo, não é difícil imaginar que a pretensão estatal de reconhecer e demarcar terras indígenas, no atual marco normativo, doutrinário e jurisprudencial, em que não se indeniza a terra nua, gere profundas resistências dos atingidos, principalmente quando detêm títulos de domínio expedidos pelo Estado-membro ou até mesmo pela União.

Nesse contexto, havendo cada vez mais um movimento ruralista organizado e economicamente forte⁴³, duas são as estratégias de defesa daqueles que se sentem prejudicados pelos processos de demarcação.

A primeira é a via judicial, seja individual ou coletiva, visando impugnar todo e qualquer ato tendente à demarcação de uma terra indígena, mormente com a alegação de que a área em estudo é de domínio privado, resguardada por títulos de domínio definitivos, o que comumente leva à paralisação dos estudos por ordem judicial, até o trânsito em julgado das demandas, postergando a conclusão de um processo de demarcação para além de 20 a 30 anos, diante da complexidade dos casos e da notória morosidade da Justiça.

A segunda é a ofensiva política, liderada pela crescente bancada ruralista que a todo custo - ultrapassada a batalha pela reforma do Código Florestal - vem tentando barrar a ampliação das terras indígenas no Brasil e alterar os marcos legais do processo para, entre outros, incluir em nível constitucional e infraconstitucional a obrigatoriedade da União indenizar também a terra nua, tal

43 "Segundo a Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA), 120 deputados federais e 13 senadores integram a bancada ruralista, perfazendo 23,4% da Câmara e 16% do Senado. (...) A bancada, considerada por analistas o mais poderoso grupo de interesse no Parlamento brasileiro, vale-se de alianças com outras agremiações no Congresso para promover uma agenda que inclui, entre suas principais bandeiras, o perdão às dívidas de agricultores, a expansão de terras cultiváveis no país e a oposição à ampliação de Terras Indígenas." (FELLETT, João. *Maior lobby no Congresso, ruralistas controlam 1/4 da Câmara*. BBC Brasil. Brasília, 24 mai. 2012. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120524_ruralistas_abre_jf.shtml>. Acesso em: 19 abr. 2014.)

qual ocorre em casos de desapropriação e de terras de remanescentes de quilombos.

Portanto, no hodierno panorama da questão fundiária indígena no Brasil, de fato, há que se repensar o dogma da não indenização pela terra nua ou, ao menos, instituir alguma forma efetiva de compensação daqueles que, de boa-fé, estejam ocupando terras indígenas, sobretudo com base em título de domínio emitido pelo Poder Público, seja em prestígio ao princípio da segurança jurídica, seja para garantir celeridade e efetividade aos direitos coletivos dos indígenas à terra tradicional.

6. MODELOS E TESES PARA A INDENIZAÇÃO DA TERRA NUA NAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS

A primeira e talvez mais óbvia forma de superar o dogma da falta de indenização pela terra nua nas demarcações de terras indígenas é a alteração do artigo 231 da Constituição Federal, pela via da emenda constitucional, visando mudar a redação do seu § 6º ou incluir um novo parágrafo tratando do tema.

A despeito de outras tentativas de alteração do Texto que não lograram êxito, atualmente tramita no Senado a Proposta de Emenda Constitucional 71 de 2011, de autoria do Senador Paulo Bauer, a qual almeja tornar anulável - e não mais absolutamente nulos - os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas⁴⁴, permitindo expressamente que a União indenize, pelo valor da terra nua, os detentores de títulos de domínio expedidos regularmente pelo Poder Público até a data da promulgação da vigente Constituição (05 de outubro de 1988).

Sem adentrar nas minúcias deste projeto e dos seus substitutivos - ainda em discussão na Casa - assim como outros que porventura venham a ser apresentados, o que é importante consignar para os fins deste trabalho é a

44 BRASIL. *Proposta de Emenda à Constituição 71 de 2011*. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101237>. Acesso em: 21 abr. 2014.

constitucionalidade de se promulgar eventual emenda à Constituição tendente a ampliar a indenização para além das benfeitorias de boa-fé.

Veja-se que a vigente vedação à indenização não se caracteriza como cláusula pétrea, haja vista não se subsumir a nenhuma das quatro hipóteses prescritas nos incisos do § 4º, do artigo 60 da Constituição, sendo, portanto, juridicamente válida tal alternativa. Ao mesmo tempo, alterar o texto constitucional para responsabilizar a União e/ou os Estados-membros pela emissão de títulos de domínio sobre áreas hodiernamente reconhecidas como indígenas vai ao encontro do instituto da responsabilidade objetiva do Estado, e prestigia o valor da segurança jurídica.

Explicitando a constitucionalidade material da proposição que visa a permitir a indenização pela terra nua nas demarcações, vale reproduzir trecho do Parecer⁴⁵ do Senador Luiz Henrique, ao analisar a PEC 71 de 2011, pela sua aplicabilidade a esta e a outras proposições análogas, *in verbis*:

O argumento de que a nulidade e a extinção dos títulos dominiais não podem gerar efeitos indenizatórios não se sustenta diante do próprio § 6º do art. 231 da Constituição, que permite a indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. Ou seja, o fundamento jurídico para indenizar a posse da terra nua em boa-fé é o mesmo que a Constituição admite para as benfeitorias, e não pode ser mitigado pela leitura seletiva do comando constitucional.

Mas não é só: cuida-se, substancialmente, de compreender que a responsabilidade estatal, aqui, não decorre **nem** da declaração do caráter da terra indígena **nem** da nulidade dos atos jurídicos decorrente desse procedimento, mas sim, do dano causado pelo Estado a terceiros de boa-fé como consequência da expedição de títulos de domínio ou legitimação de posse em favor deles.

A reparação a cargo do Estado baseia-se no art. 37, § 6º, do texto constitucional – que impõe às pessoas jurídicas de direito público o dever de responder pelos danos que seus

45 BRASIL. *Parecer n.º de 2013*. Brasília: Senado Federal. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131098.pdf>>. Acesso em: 21.abr. 2014.

agentes, nessa qualidade, tenham causado a terceiros –, e em princípio elementar de direito civil, segundo o qual devem as partes, na presença de dano, receber reparação e ser devolvidas ao estado anterior.

No caso, o Estado, ao emitir títulos e legitimar posses de áreas posteriormente declaradas indígenas, tratou a terra, equivocadamente – no que fez incorrer em erro milhares de famílias – como se *bem dominical* (isto é, sem destinação pública específica) fosse, tornando os atos correspondentes dignos de credibilidade, como, aliás, ocorre, por presunção, com todos os atos de Estado.

Verificam-se presentes, pois, os elementos caracterizadores da responsabilidade estatal e hábeis a deferir a reparação em favor dos prejudicados (...).

Não ignoramos que esses atos de titulação sejam nulos por força da dicção do § 6º do art. 231 da Constituição. Disso não pode decorrer, porém, que os cidadãos que neles depositaram confiança, e com base neles se viram estabelecidos por anos naquilo que imaginavam ser sua propriedade, fiquem completamente desamparados e sem possibilidade de reclamar proteção ao ordenamento. Se o ato administrativo é injurídico e por sua própria desconformidade com as normas deve ser excluído do mundo do direito, a reparação dos danos por ele deixados é providência que se impõe.(...)

Assim, e sem ferir a já cristalizada prevalência dos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, impõe-se reconhecer que há pessoas que adquiriram terras de boa-fé, nelas viveram e trabalharam, e têm a justa pretensão de ser indenizadas pelo mesmo Estado que amparou e promoveu tais atos, sob pena de arcarem sozinhas com todo o ônus de um processo histórico que envolve muitas partes. (negrito do original.)

Sem embargo, critica-se tal proposta de emenda à constituição e outras análogas por atribuir toda a responsabilidade pela indenização à União. Sob

esse ponto de vista, em complementação aos argumentos acima transcritos, se o fundamento da responsabilidade estatal é a emissão de títulos de domínio, naturalmente, o ente emissor é que deve se responsabilizar primordialmente pela indenização e não a União de forma indiscriminada.

Embora a reforma constitucional pareça ser a medida mais adequada para superar a vedação constitucional inscrita no artigo 231, § 6º, existem também projetos de lei que visam regulamentar a indenização de não indígenas pelas demarcações, tanto no que se refere às benfeitorias erigidas de boa-fé, quanto à terra nua⁴⁶. Ocorre que impor à União, por via infraconstitucional, a responsabilidade pela indenização da terra nua em qualquer caso acarretaria clara colisão com o atual texto constitucional, principalmente quando a titulação da área tenha sido feita pelo Estado-membro, o que sói a acontecer na grande maioria das vezes.

Dessa forma, em que pese os vários projetos de lei neste sentido, tal alternativa soa inconstitucional, por não se poder atribuir à União responsabilidade exclusiva pelo esbulho praticado em detrimento dos indígenas, contrariando de uma só vez o § 6º, do artigo 231 e o § 6º do artigo 37 do Texto Maior.

Ultrapassado o âmbito legislativo, encontram-se em debate na área técnica dos órgãos responsáveis pela condução e decisão dos processos de demarcação de terras indígenas propostas para, de alguma forma, aumentar a indenização a ser ofertada aos titulares de áreas demarcadas e, assim, reduzir a resistência e a litigiosidade - que não raro resultam em morte de indígenas - almejando conferir maior celeridade às demarcações e à implementação dos direitos indígenas.

Uma das propostas alardeadas e defendidas pelos não indígenas é a desapropriação, por interesse social, de modo que os atingidos seriam previamente indenizados em dinheiro pela terra e benfeitorias construídas.

Todavia, diante do atual contexto normativo, a desapropriação por interesse social é inaplicável para terras tradicionalmente ocupadas. O artigo

46 Entre outros, destaca-se o PL 2.471/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados (BRASIL. Projeto de Lei 2.471. Brasília, Câmara dos Deputados. 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=377873>. Acesso em: 19 abr. 2014.)

26 da lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, de fato, prevê que a "União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios", porém, seu parágrafo único, prescreve claramente que as "áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas".

Isso implica que conquanto seja possível a criação de reservas indígenas, mediante desapropriação, aquisição ou permuta de áreas, estas devem ser previamente atestadas como espaços não tradicionalmente ocupados, pois, caso sejam, por imposição da própria Constituição Federal, além de se constituírem em bens da União, precisam ser demarcados e resguardados, como terras indígenas. Logo, a constituição de reservas indígenas é instituto jurídico compatível com o atual ordenamento constitucional, mas relegado a situações distintas das terras tradicionais (art. 231, § 1º, CF), mormente nos casos em que a legítima titularidade seja privada, donde se conclui pela impropriedade da alternativa para a resolução da questão em exame⁴⁷.

Por razões um tanto quanto semelhantes, é descabida a compra ou a permuta pela União de áreas que tenham a tradicionalidade da ocupação indígena reconhecida. Para afastar tais propostas, basta ter em mente que por força do artigo 20, inciso XI, da vigente Constituição, as terras indígenas são bens da União, integrando seu patrimônio, sendo teratológico que alguém queira adquirir algo que já é seu de direito.

De outro bordo, solução válida parece ser, mesmo sem alteração do texto constitucional, o pagamento de indenização pela União ou pelos outros entes federados por danos causados diante da emissão indevida de títulos de propriedade a terceiros de boa-fé atingidos por demarcações de terras indígenas.

Note-se que tal solução se baseia em processo informal de mudança da

47 Neste sentido é o entendimento da Advocacia-Geral da União exarado através do Parecer AGU AC-48, aprovado pelo Presidente da República, publicado e, portanto, vinculante para a toda a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993. (BRASIL. *Parecer AGU AC-48*. Brasília, Advocacia-Geral da União, 2006. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B2262A8EF-4FB7-4ECE-AA31-B7F6241347D6%7D&ServiceInstUID=%7BD6C72126-D51F-49AD-8AE2-B973CA502326%7D>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

Constituição - comumente referenciado pela doutrina⁴⁸ como *mutação constitucional* - que consiste em (i) atribuir heterodoxa interpretação ao texto constitucional; (ii) sem que isso implique em ofensa ao espírito e à letra da Carta; e (iii) obviamente, sem promover qualquer emenda ao seu texto⁴⁹.

Nesse sentido, a proposta ora ventilada decorre de interpretação evolutiva e sistemática do artigo 231, § 6º, cuja compreensão isolada não tem contribuído para a duração razoável dos processos de demarcação. Dessa forma, em face das atuais circunstâncias políticas e sociais supracitadas, é conveniente e consentâneo com o espírito constitucional construir interpretação da Constituição que, atribuindo ao Poder Público a responsabilidade por seus pretéritos atos ilícitos (titulações indevidas), finalmente, facilite o desenvolvimento e a conclusão dos processos de demarcação, objetivando a concretização do direito dos índios às suas terras.

É importante esclarecer e frisar de antemão que o fundamento da reparação (fato administrativo) não é o ato de demarcação - e conseqüentemente o reconhecimento da nulidade absoluta dos títulos de propriedade incidentes sobre a terra indígena - o que infringiria o disposto no artigo 231, § 6º, da Constituição Federal. Diversamente, o foco recai sobre o ato estatal de titulação de área que venha a ser reconhecida como indígena e, portanto, ilícito.

Ora, se um ente público, seja ele federal, estadual ou municipal, pertencente quer à administração direta ou indireta, conferiu aparência de legitimidade e legalidade à ocupação de não indígenas - v.g expedindo títulos -, é de todo aplicável a regra da responsabilidade extracontratual do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, mediante a comprovação dos seus pressupostos,

48 Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986. p. 11.

49 "Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre *reforma constitucional* e *mutação constitucional*; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas". (Idem, *Ibid.*, p. 9.)

quais sejam: (i) um fato administrativo; (ii) o dano; e (iii) o nexo de causalidade⁵⁰. De forma geral, no caso das demarcações, tais pressupostos estarão preenchidos quando (i) houver titulação de área que venha a ser reconhecida como indígena; (ii) haja a diminuição do patrimônio ou ofensa moral daquele que for atingido pela demarcação; e (iii) seja aferida a causalidade entre o fato e o dano.

A respeito do *quantum* a ser fixado a título de indenização, por óbvio, isso dependerá do caso concreto. Contudo, vislumbra-se a possibilidade tanto de o valor ficar abaixo do preço de mercado da terra nua quanto acima, haja vista, por exemplo, na primeira hipótese, a conveniência de descontar os danos ambientais causados pelo então ocupante da área demarcada, e, na segunda hipótese, cumular ao valor da terra nua eventuais danos morais ou outras despesas comprovadas pelo prejudicado.

Esta alternativa ora em discussão revela-se juridicamente viável, pois não depende de qualquer alteração constitucional, ao contrário, tão somente depende da fiel aplicação de preceitos constitucionais e legais que regulam a responsabilidade extracontratual do Estado, podendo, inclusive, sem a necessidade de procedimento judicial, a Administração regulamentar o devido processo legal administrativo de reparação de danos.

Aliás, é interessante observar que a responsabilidade do Estado por titulação indevida, de longa data, vem sendo reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵¹, como no caso do Estado do Paraná que emitiu títulos de domínio em terras devolutas da União, localizada em faixa de fronteira, os quais, posteriormente, vieram a ser declarados nulos, gerando aos particulares direito à indenização, com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição.

Por outro lado, reconhece-se que existe forte resistência da União e, principalmente, dos Estados-membros em assumir a responsabilidade pela

50 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. pp. 519 et. seq.

51 Por todos, v. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 175.287/PR, Recorrente: Gerdalina Juvina Marochi. Recorrido: Estado de Paraná. Relator: Ministro José Delgado, Brasília, 13 mar 2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=175287&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 abr 2014.

titulação de áreas hoje reconhecidas como indígenas, principalmente diante do ônus financeiro que essa opção acarretará.

Entretanto, é digno de menção que a alternativa ora em comento, foi antevista pelo Parecer CEP/CGLEG//CONJUR/MJ n.º 136/2010⁵² - aprovado no âmbito do Ministério da Justiça, porém ainda não vinculante para Administração Pública Federal - o qual, ao analisar especificamente os casos de concessão de títulos de domínio pela União, reputou-os ilícitos e, outrossim, com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição, conclui pela possibilidade do

pagamento da indenização, no valor da terra nua, desde que restem atendidos os seguintes requisitos: a) terra supostamente dominical tenha sido transferida onerosa ou gratuitamente pela União Federal a terceiro, por meio de escritura pública ou outro documento público idôneo que comprove a posse plena, justa e de boa-fé, b) a propriedade alienada em momento posterior seja demarcada e homologada pelo Presidente da República como terra indígena...

Calcado neste Parecer e reputando juridicamente válida, assim como extremamente importante a via da indenização baseada na responsabilidade objetiva do Estado para a efetivação dos direitos indígenas, o Ministério Público Federal, pioneiramente, veio a propor ação civil pública⁵³ voltada à garantia do território tradicional da etnia Guarani, pedindo a condenação da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA na obrigação de indenizar os atingidos pela demarcação de terra indígena, diante da emissão e da legitimação de títulos de propriedade expedidos nos idos da década de 70 do século passado, os quais deram início a cadeia dominial viciada na origem, por recaírem sobre a hoje reconhecida Terra Indígena Yvy Katu, ainda em vias de demarcação.

Cabe observar que a iniciativa relativa à propositura da citada ação civil pública se encontra em consonância com enunciado da 6ª Câmara de

52 CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Parecer CEP/CGLEG/CONJUR/MJ n.º 136/2010*. Brasília. 2010.

53 Ação civil pública n.º 0001503-41.2012.4.03.6006, em trâmite perante a 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Dourados, MS.

Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (sobre populações indígenas e comunidades tradicionais), editado durante o XIII Encontro Nacional, realizado em junho de 2013, com o seguinte teor: “É possível o pagamento de indenização aos ocupantes de terras indígenas (possuidores ou não de títulos) com base no princípio da proteção à confiança legítima. O cabimento e os limites de aplicação desse princípio serão analisados casuisticamente”⁵⁴.

Apesar de a ação ainda não ter sido objeto de pronunciamento judicial definitivo, a sua propositura bem demonstra que, no atual contexto das demarcações, o Estado brasileiro tende a ser cada vez mais acionado e cobrado pela quebra do dever de confiança que incutiu nos cidadãos de boa-fé, por ter legitimado a permanência destes em áreas de usufruto exclusivo de comunidade indígenas⁵⁵, que nunca foram bens dominicais, bem como deverá ser compelido a tomar todas as atitudes que estejam ao seu alcance para conferir maior eficácia aos direitos dos indígenas sobre seus territórios.

Mesmo envolvendo vultuosas somas de recursos públicos, entende-se que a via da reparação é inevitável e desejável a um país que, segundo a sua Constituição, almeja a construção de uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos", sob pena de, ao se tentar perseguir a concretização dos direitos indígenas, não apenas deixar de atingir esse objetivo com a máxima efetividade como, ainda, prejudicar cidadãos de boa-fé e dar ensejo a uma maior resistência social ao reconhecimento dos direitos desta parcela da população brasileira.

Por último, mas não menos importante, há ainda a alternativa de instituição de fundos públicos destinados a, entre outras finalidades, ressarcir os atingidos por demarcações de terras indígenas.

Conforme tangenciado linhas acima, a grande resistência dos Estados-membros em reconhecer a responsabilidade pela emissão de títulos de domínio em áreas que recentemente tenham sido demarcadas reside no ônus

54 6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. *Informativo jurídico*. Brasília, jul 2013. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/informativo_juridico/docs_informativo_juridico/2013/4a-edicao-do-informativo-juridico-2013>. Acesso em: 21 abr. 2014.

55 Como inclusive visto acima neste trabalho, no tópico denominado “O direito dos indígenas à terra na História fundiária do Brasil: descompasso entre a proteção legislativa e a realidade”.

financeiro de ter de arcar com eventuais indenizações, haja vista que muitos imóveis rurais se encontram em regiões cujo valor da terra é alto. Com efeito, prefere-se negar o caráter indígena da área demarcada a ter de ressarcir os atingidos pela demarcação.

Contudo, com o aumento da violência no campo e a ineficácia da estratégia, surge a ideia de capitalizar os Estados-membros, mediante a criação de fundos específicos, permitindo que, com aportes oriundos do erário estadual e federal, assim como de origem privada, existam recursos que, se não forem suficientes para ressarcir integralmente os atingidos pelas demarcações, possam ao menos complementar a indenização pelas benfeitorias construídas pelos ocupantes de boa-fé, compensando-os pela perda da área ocupada.

Nesta senda, tem-se a notícia de que o Estado do Mato Grosso do Sul, através da lei 4.164, de 07 de fevereiro de 2012, criou o Fundo Estadual de Terras Indígenas (FEPATI), objetivando a captação de recursos financeiros para “indenização das terras atingidas por demarcação, em áreas reconhecidas de ocupação tradicional por comunidades indígenas, aos possuidores com justo título e de boa fé”. As receitas do FEPATI são constituídas de transferências da União e do Estado, de auxílios, de subvenções e de outras contribuições de entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, além de contribuições de empresas interessadas etc. Porém, até o presente momento, não se tem notícia da efetiva utilização do fundo, embora mostre-se auspiciosa a alternativa.

Ressalva-se, desde logo, que se tais fundos se destinam à indenização de áreas tituladas pelo Estado-membro as suas receitas constitutivas não podem ser exclusivamente ou primordialmente originárias do erário da União, haja vista a vedação contida no artigo 231, § 6º, da Constituição Federal.

Todavia, não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade na hipótese da instituição, por lei, de programa de auxílio aos Estados-membros, com o aporte de recursos federais, mediante o preenchimento de determinados requisitos, para a finalidade de regularização fundiária de áreas indígenas, sobretudo considerando que, se a União tem o dever de demarcar terras indígenas,

decerto deve colaborar com os demais entes para promover a paz social no campo.

Explicando um pouco melhor este dever da União, veja-se que é expresso no artigo 231 da Constituição Federal a sua atribuição em demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas. Diante da reconhecida complexidade e morosidade histórica em cumprir tal tarefa, não se olvida que o ato demarcatório acarreta consequências a não indígenas de boa-fé, fato que levou o Poder Executivo a prever no artigo 4º, do decreto 1.775 de 08 de janeiro de 1996, que regulamenta o processo de demarcação, o reassentamento de pessoas que sofreram extrusão pelo órgão fundiário federal, isto é, o INCRA, além da indenização pelas benfeitorias de boa-fé.

Com efeito, conquanto na maior parte dos casos não se vislumbre responsabilidade direta da União pela ocupação de não indígenas em áreas que venham a ser demarcadas, é inegável que a sua demora histórica na identificação e delimitação de terras indígenas, aliado ao dever de cooperação insito ao pacto federativo, torna constitucionalmente adequado que a lei preveja a sua participação financeira em fundo destinado a arcar com a reparação de não indígenas que tiveram seus títulos de domínio declarados nulos, frisando-se que há a necessidade de os Estados-membros também reconhecerem a sua parcela de responsabilidade e o ônus financeiro decorrente.

Portanto, gize-se que sem um esforço e cooperação dos entes federados será muito difícil superar os atuais conflitos nas demarcações de terras indígenas e, mais importante, avançar na efetivação de direitos fundamentais.

7. CONCLUSÃO

“Em matéria de demarcação e fiscalização de terras indígenas, o Estado brasileiro é extremamente devedor, pois a situação geral das terras indígenas em número revela morosidade, conflitos e violência”⁵⁶.

56 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório dos Trabalhos da Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, 2013. p. 28. Disponível em:

Esse excerto, extraído de Relatório confeccionado pelo Conselho Nacional de Justiça - após os trabalhos de Comissão instituída com a finalidade de conhecer e avaliar a grave situação dos indígenas de Mato Grosso do Sul, especialmente da etnia Guarani - retrata de forma simples, mas suficiente, o descaso do Brasil, desde a sua formação até os dias atuais, no que concerne à efetivação do direito dos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas. E o prognóstico, infelizmente, não é dos melhores.

De 2011 a meados de 2014, foram editadas apenas nove portarias declaratórias pelo Ministério da Justiça e homologadas pela Presidência da República apenas onze terras indígenas⁵⁷, o que torna lícito concluir que o atual governo é o menos efetivo na história recente do Brasil em termos de demarcações.

Acrescente-se a esse quadro dois outros fatos que corroboram a visão de menosprezo do Poder Executivo aos direitos indígenas: o primeiro é a edição da Portaria AGU 303, de 16 de julho de 2012⁵⁸, que torna vinculante para a Administração Federal as condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet. 3.388/RR, entre outros, impedindo a revisão de limites de terras indígenas já demarcadas, salvo em casos de nulidade absoluta ou vício insanável, obstando o Estado de reparar seus próprios erros quanto à correta dimensão de áreas de ocupação tradicional; o segundo é a insistência em alterar a regulamentação do próprio processo de demarcação⁵⁹, introduzindo no grupo técnico de identificação e delimitação setores do governo que não tratam e tampouco possuem expertise antropológica.

<http://www.cnj.jus.br/images/relatorio_indios_ms.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2014.

57 Cf. INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Demarcações nos últimos seis governos*. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/demarcacoes-nos-ultimos-governos>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

58 BRASIL. *Portaria 303, de 16 de julho de 2012*. Brasília: AGU, 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>>. Acesso em: 21 abr. 2014. A vigência desta Portaria encontra-se momentaneamente suspensa, até que a Consultoria-Geral da União se manifeste sobre o acórdão dos embargos de declaração opostos na Pet. 3.388/RR, publicado pelo Supremo Tribunal Federal (v. BRASIL. *Portaria 27, de 07 de fevereiro de 2014*. Brasília: AGU, 2014. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/02/2014&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=96>>. Acessado em: 21. abr. 2014.)

59 BRASIL. *Minuta de Portaria*: Estabelece instruções para a execução do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas de que trata o Decreto no 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Brasília: Ministério da Justiça. 2013. Disponível em: <<http://www.rets.org.br/sites/default/files/d1775-portariaregulamentadora.pdf>>. Acesso em 21. abr. 2014.

Some-se a isso as constantes ofensivas oriundas do Poder Legislativo, capitaneadas pela *bancada ruralista*, cuja mais contundente investida é a inconstitucional Proposta de Emenda à Constituição 215 de 2000⁶⁰, a qual almeja transferir o ato de homologação de demarcações de terras indígenas para o Congresso Nacional, transmutando em político um ato de natureza técnica e subjugando os interesses de uma minoria étnica aos interesses dominantes.

Nesse cenário, é importante dizer que o tema ora em debate - indenização da terra nua aos não indígenas atingidos por processos de demarcação - não é panaceia para a questão indígena no Brasil, já que o cerne do problema é a cobiça e o controle do acesso às terras públicas (terras indígenas, unidades de conservação e congêneres)⁶¹.

Mesmo assim, a despeito de propostas que tendem a diminuir o grau de proteção ao direito fundamental dos indígenas à terra, entende-se que mudanças no marco normativo da demarcação são necessárias e a indenização da terra nua, ao contrário das demais, é benéfica por (i) chamar o Poder Público à responsabilização por atos ilícitos praticados no passado; e (ii) ter o condão de diminuir, em alguma medida, a resistência às demarcações, acelerando a conclusão dos respectivos processos.

A alteração do texto constitucional ou a promulgação de lei permitindo expressamente a indenização, embora possam conferir maior clareza e evitar resistência por parte da Administração Pública e do Judiciário, não se revelam imprescindíveis, cabendo lembrar ainda que, como visto no presente estudo, a segunda hipótese é inconstitucional. Mediante simples esforço exegético, a fim de interpretar sistematicamente a Constituição, conjugando os seus artigos 37, § 6º e 231, § 6º, é possível conferir validade jurídica ao pagamento de

60 BRASIL. *Proposta de emenda constitucional 215 de 2000*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

61 A respeito, v. declarações de Manuela Carneiro da Cunha (CHIARETTI, Daniela. *Cresce disputa pelas terras dos índios no país*. In *Valor Econômico*, 17 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3520062/cresce-disputa-pelas-terras-dos-indios-no-pais>>. Acesso em 21 abr. 2014 e MENDONÇA. Daniel. *Dilma cede à pressão dos ruralistas e rifa os direitos indígenas, diz antropóloga da USP*. In *Folha de S. Paulo*, 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1310677-dilma-cede-a-pressao-dos-ruralistas-e-rifa-os-direitos-indigenas-diz-antropologa-da-usp.shtml>>. Acesso em: 21 abr. 2014.)

indenizações além das benfeitorias de boa-fé, desde que o responsável seja o ente público que titulou a área. Dessa forma, deve ficar claro que o fato administrativo considerado para fins de indenização será a indevida alienação e titulação da terra indígena e não o seu ato de reconhecimento.

Nada obstante, é extremamente válida a iniciativa de instituição de fundos públicos para capitalização dos entes responsáveis pelo pagamento da indenização pela terra nua - na maior parte das vezes, Estados-membros - com a participação até mesmo da União. Entretanto, entende-se que tal participação demanda previsão em lei, com a intenção de regular as hipóteses, formas e condições da participação da União, deixando claro que a finalidade de seu aporte de recursos é cooperar com a minimização dos conflitos agrários e a regularização fundiária das terras indígenas e seu entorno, sob pena de camuflar-se evidente burla ao disposto no § 6º, do artigo 231 da Constituição.

Portanto, o reconhecimento pelo Estado e sua responsabilização pelos erros históricos quanto à execução da política indígena é o meio de construção de uma sociedade que dê real significado ao direito à diferença.

BIBLIOGRAFIA

6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO. *Informativo jurídico*. Brasília, jul 2013. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/informativo_juridico/docs_informativo_juridico/2013/4a-edicao-do-informativo-juridico-2013>. Acesso em: 21 abr. 2014.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Artigos 231 e 232*. In. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-8*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 19 abr. 2014.

BRASIL. *Minuta de Portaria*: Estabelece instruções para a execução do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas de que trata o Decreto no 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Brasília: Ministério da Justiça. 2013. Disponível em: <<http://www.rets.org.br/sites/default/files/d1775-portariaregulamentadora.pdf>>. Acesso em 21. abr. 2014.

BRASIL. *Parecer AGU AC-48*. Brasília, Advocacia-Geral da União, 2006. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B2262A8EF-4FB7-4ECE-AA31-B7F6241347D6%7D&ServiceInstUID=%7BD6C72126-D51F-49AD-8AE2-B973CA502326%7D>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

BRASIL. *Parecer n.º de 2013*. Brasília: Senado Federal. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/131098.pdf>>. Acesso em: 21.abr. 2014.

BRASIL. *Portaria 27, de 07 de fevereiro de 2014*. Brasília: AGU, 2014. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/02/2014&jornal=1&pagina=3&totalArquivos=96>>. Acessado em: 21. abr. 2014.

BRASIL. *Portaria 303, de 16 de julho de 2012*. Brasília: AGU, 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/596939>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei 2.471. Brasília, Câmara dos Deputados. 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=377873>. Acesso em: 19 abr. 2014.

BRASIL. *Proposta de emenda constitucional 215 de 2000*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 15.822/DF, Impetrante: Amauri Palmiro. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Castro Meira, Brasília, 01 fev 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001895920>. Acesso em: 19 abr 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 175.287/PR, Recorrente: Gerdelina Jovina Marochi. Recorrido: Estado de Paraná. Relator: Ministro José Delgado, Brasília, 13 mar 2006. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=175287&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 19 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária 132/MT, Requerente: União. Requeridos: Estado de Mato Grosso e outro. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro, Brasília, 04 abr 1973. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265930>>. Acesso em: 19 abr 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR, Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerida: União. Relator: Ministro Carlos Britto, Brasília, 19 mar 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/pet3388CB.pdf>>. Acesso em: 19 abr 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CHIARETTI, Daniela. *Cresce disputa pelas terras dos índios no país*. In *Valor Econômico*, 17 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3520062/cresce>>.

disputa-pelas-terras-dos-indios-no-pais>. Acesso em 21 abr. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório dos Trabalhos da 'Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul'*. Campo Grande, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/relatorio_indios_ms.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2014.

ENTENDA demarcações de terras indígenas e conflitos com proprietários rurais. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/06/1295478-entenda-demarcacoes-de-terras-indigenas-e-conflito-com-proprietarios-rurais.shtml>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *O dever de indenizar os ocupantes de terras indígenas: análise da proposta de emenda à Constituição 409 de 2001*. In SILVA, Leticia Borges e OLIVEIRA, Paulo Celso de (coords.). *Socioambientalismo: uma realidade - homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho*. Curitiba: Juruá, 2007.

FELLET, João. *Maior lobby no Congresso, ruralistas controlam 1/4 da Câmara*. BBC Brasil. Brasília, 24 mai. 2012. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120524_ruralistas_abre_jf.shtml>. Acesso em: 19 abr. 2014.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad. 1986.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

GALVÃO, Ilmar, *Terras indígenas*. In *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa de 15 anos*. Brasília, STJ 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Demarcações nos últimos seis governos*. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/demarcacoes-nos-ultimos-governos>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

LIMA, Antônio Carlos Souza. *O governo dos índios sob a gestão do SPI*. In

CUNHA, Manuela Carneiro (org.). *História dos índios no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto do Índio: lei n.º 6.001/1973*. Salvador: JusPodivm, 2011.

LIMA, Ruy, Cirne. *Pequena história territorial do Brasil*. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954.

MENDES JUNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. Ed. fac-similar. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MENDONÇA, Daniel. *Dilma cede à pressão dos ruralistas e rifa os direitos indígenas, diz antropóloga da USP*. In *Folha de S. Paulo*, 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1310677-dilma-cede-a-pressao-dos-ruralistas-e-rifa-os-direitos-indigenas-diz-antropologa-da-usp.shtml>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

OLIVEIRA, Adolfo. *Antropólogos, estado e povos indígenas em fins do segundo milênio: o fazer antropológico frente à identificação de terras indígenas*. In *Revista Antrophologicas*. Recife, vol. 13, n. 2, ano 6, pp. 83-106, 2002.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RODRIGUEZ, Alex. *Índios, fazendeiros e MPF defendem indenização integral como solução*. Agência Brasil, Brasília, 07 jun 2013. Disponível em <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-07/indios-fazendeiros-e-mpf-defendem-indenizacao-integral-como-solucao-para-conflitos>>. Acessado em: 19 abr 2014.

SCHWAB, Maria de Castro. *Nacionalismo, políticas sociais e Marcha para o Oeste nos artigos de Paulo de Figueiredo durante o Estado Novo (1937-1945)*. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, XXV, 2009, Fortaleza. *Anais...* Disponível em <<http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/ANPUH.S25.pdf>>. Acesso em: 19 abr 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 128.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009.