JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

PARECER

A CONSULTA

MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, Professora Titular Aposentada da FFLCH da USP, SAMUEL RODRIGUES BARBOSA, Professor da Faculdade de Direito da USP, a Associação Juízes pela Democracia, o CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, o INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, a ORGANIZAÇÃO INDIO É NÓS, e o CENTRO DE ESTUDOS AMERÍNDIOS da USP, honrando-me com o pedido de um parecer jurídico, expõem o seguinte:

"Considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam;

"Considerando que a proteção dos direitos desses povos sobre suas terras foi introduzida em nível constitucional em 1934, repetida em todas as Constituições seguintes, e já existia desde a legislação colonial;

"Considerando que o STF decidiu que "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

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente" (Ementa da Pet 3.388/RR - Raposa Serra do Sol, item 12, trecho);

"Considerando que no mesmo acórdão, o STF ementou que "11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2 O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios." Ementa da Pet 3.388/RR - Raposa Serra do Sol, item 11, trechos);

"Considerando que a Colenda Segunda Turma do STF, no ARE 803.462-AgR/MS, ementou o seguinte entendimento sobre o "esbulho renitente": "Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou como desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada";

"Considerando que a Comissão Nacional da Verdade (CNV) constatou inúmeras graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas, inclusive genocídio, e reconheceu a "responsabilidade [do Estado brasileiro], por ação direta ou omissão, no esbulho das terras indígenas ocupadas ilegalmente no período investigado e nas demais graves violações de direitos humanos que se operaram contra os povos indígenas articuladas em torno desse eixo comum." E que a CNV traçou uma série de recomendações para o Estado brasileiro, dentre elas a demarcação, desintrusão e recuperação ambiental das terras indígenas como "a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988[1]";

"Considerando que em diversas ações judiciais discute-se a questão jurídica da correta interpretação do "esbulho renitente" de terras indígenas e do "marco temporal" da ocupação dos indígenas de suas terras;

"Levamos à sua apreciação a presente consulta mediante os seguintes quesitos:

1. Qual a correta interpretação do instituto do "esbulho renitente" à luz do reconhecimento dos direitos originários sobre as terras indígenas pela Constituição de 1988? É correta a interpretação restritiva de esbulho renitente como controvérsia possessória judicializada? Para interpretar as hipóteses de esbulho renitente, é necessária a comprovação de resistência física dos índios à data da promulgação da Constituição? Tendo em vista as conclusões do relatório da CNV, é passível de ser qualificado juridicamente de esbulho renitente a desocupação forçada dos indígenas de suas terras no passado recente?

2. É correto interpretar a atual Constituição como se ela tivesse limitado os direitos originários dos povos indígenas às suas terras ao estado da ocupação em 5 de outubro de 1988, impedindo demarcações para etnias que só conseguiram retornar a suas terras tradicionais depois dessa data?

3. No caso do RMS n.º 29542, a 2.ª Turma do STF anulou a Portaria n.º 3.508/2009, do Ministério da Justiça, que ampliou a "Terra Indígena Porquinhos" (MA). A fundamentação da decisão considerou (i) que deveria ser aplicada automaticamente a condicionante da vedação de ampliação de Terras Indígenas, estabelecida para o caso da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol (PET n.º 3388), (ii) bem como que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no artigo 54 da Lei n.º 9.784/1999 impediria a referida ampliação da Terra Indígena. Em sua avaliação, estão corretos os referidos entendimentos? Segundo sua interpretação da Constituição Federal, há vedação de ampliação de Terras Indígenas? Haveria distinção de entendimento sobre a referida questão quando a Terra Indígena a ser ampliada foi demarcada antes da entrada em vigor na Constituição Federal de 1988? Aplica-se o referido prazo prescricional?"

---

1 BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Relatório. Brasília: CNV, vol. II, 2014. p. 253-254.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

A resposta sintética ao final a esses quesitos requer considerações sobre a natureza dos direitos constitucionais dos índios, bem como análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que têm gerado inquietação nas comunidades indígenas.

1. Natureza dos direitos constitucionais dos índios

1. Os problemas postos pela consulta terão que ser resolvidos a partir da definição da natureza dos direitos dos índios, o que, previamente, exige um pequena referência histórica sobre sua evolução.

2. Embora a definição constitucional dos direitos indígenas[2] seja coisa recente, a verdade é que o direito dos índios foi reconhecido e perfeitamente firmado durante o período colonial por meio de diversos alvarás, cartas régias e provisões expedidas pelos monarcas portugueses, de que dá notícia João Mendes Júnior.[3] Foi ainda no período colonial que se criou o primeiro texto legal que fundamentou o direito dos índios especialmente sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, qual seja a Carta Régia de 30/7/1611, depois o Alvará de 1º de abril de 1680, que reconheceu o direito de posse permanente das terras ocupadas pelos índios, o *indigenato*. A Lei de 6.6.1775 também o reconheceu ao determinar que, na concessão de sesmarias, se respeitassem o direito dos índios, *primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas*.

3. Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, em seu art. 129: "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las", regra que foi repetida nas demais Constituições.

4. Finalmente, veio a Constituição de 1988 que incorporou esses princípios no seu art. 231. Abandonou a tese da incorporação dos índios à comunhão nacional, até porque reconhece

---

[2] Sobre a evolução constitucional dos direitos indígenas, cf. Gilmar Mendes, *Domínio da União sobre as Terras Indígenas, Parque Nacional do Xingu*, Brasília, 1988, p. 56s. Trata-se, nesse volume, da reprodução da contestação apresentada pela União na Ação Cível Originária n. 362 (Rel. Min. Djaci Falcão) proposta pelo Estado do Mato Grosso. Gilmar Mendes, então Procurador da República, quando os Procuradores da República exerciam também as funções de Advogados da União. A peça é brilhante e prova os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, isso antes da Constituição de 1988. Pena é que ultimamente, como Ministro do Supremo Tribunal Federal o autor venha tomando outro rumo.

[3] Cf. *Os Indígenas do Brasil seus Direitos Individuais e Políticos*, São Paulo, Hennis Irmãos, 1912, pp. 29s.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

5. Como se nota, os direitos dos índios às terras por eles tradicionalmente ocupadas preexistem ao próprio reconhecimento constitucional, porque entranhadamente à sua existência comunitária. Nesse sentido, pode-se dizer que são *direitos naturais*, porque coexistentes com o próprio ser das comunidades indígenas e que o sistema constitucional, desde a Constituição de 1934, acolheu como forma de direito constitucional fundamental, direitos humanos fundamentais dos índios que têm, para eles um valor de sobrevivência física e cultural, tanto quanto têm para todos nós os direitos humanos consagrados nos documentos constitucionais e declarações internacionais.

6. Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os *direitos de propriedade* e os *direitos originários*. Declara-se, em primeiro lugar, que *essas terras são bens da União* (art. 20, XI) como uma forma de propriedade vinculada com o fim de garantir os *direitos originários* dos índios sobre elas; assim, consagra uma relação jurídica fundada no *instituto do indigenato*, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no art. 231, § 2°, da Constituição.

7. Repita-se: esses direitos são *direitos fundamentais dos índios*, que podem ser classificados na categoria dos *direitos fundamentais de solidariedade*, tal como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Direitos de solidariedade*, porque têm, ao mesmo tempo, uma dimensão "individual" e uma dimensão "coletiva", uma vez que concernem à pessoa humana: o *índio* como tal, assim como a coletividades humanas: as comunidades indígenas.[4] São direitos supraestatais e, pois, direitos absolutos, natureza essa que lhes confere a garantia de permanência, pois não podem ser eliminados.

8. Diante disso é que se pode dizer que são ilegítimas algumas das diretrizes ou condicionantes estabelecidas no julgamento da ação popular identificada como Petição 3.388, sobre a demarcação da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol*, conforme veremos mais adiante.

---

[4] Sobre a categoria dos direitos humanos de solidariedade, cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, "Derechos de Solidariedad", em Asdrúbal Aguiar Aranguren e outros, *Estudios Básicos de Derechos Humanos* I, San José, CR, IIDH, 1994, pp. 63s. e José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 551s.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

9. É a partir dessa compreensão dos direitos dos índios que se lamenta a decisão da Segunda Turma do STF no caso do RSM 29.087/DF, relativo às terras da etnia Guarani-Kaiowá no Mato Grosso do Sul. Neste caso, o Relator, Min. Ricardo Lewandovski negou provimento à segurança por entendê-lo medida impróprio por falta de direito líquido e certo, já que o direito pleiteado dependia de realização de provas. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, abriu divergência, para conceder a segurança, por entender que o direito líquido e certo estava devidamente provado. A maioria da Turma seguiu a divergência.

A decisão, enfim, concluiu pela desnecessidade de instrução probatória, por entender que os dados estão inseridos no laudo antropológico que subsidiou o processo administrativo. E daí passa a analisar o laudo, sublinhando as partes que, segundo os votos vencedores, provavam a ausência de índios nas terras, para concluir que "[os] excertos do lauto antropológico afastam quaisquer dúvidas sobre a anterior ocupação indígena da região na qual está inserido imóvel rural do Recorrente."

No entanto, desprezaram-se as passagens do laudo que favorecem aos índios, tais como:

"A maioria das pessoas com mais de trinta anos que compõem essa parentela [dos Guyraraoká] nasceram em Guyraroká e guardam uma viva memória do território e da vida comunitária que aí desenvolviam. (...)

"As informações levantadas junto aos índios dão conta da concentração expressiva de população Kaiowá residindo na terra reivindicada em caráter permanente até o início da década de 1940". Foi desprezada a passagem do laudo que mostra por que não existia índio, como esta:

"Os Kaiowá só deixaram a terra devido às pressões que receberam dos colonizadores que conseguiram os primeiros títulos de terras na região. A ocupação da terra pelas fazendas desarticulou a vida comunitária dos Kaiowá, mas mesmo assim muitas famílias lograram permanecer no local, trabalhando como peões para os fazendeiros". O laudo afirma que nos anos 40 as pressões dos fazendeiros que começam a comprar as terras na região tornaram inviável a permanência dos índios no local.

Pesquisa e relatório da Comissão Nacional da Verdade-CNV comprovam que a política de expulsão dos índios de suas terras executada pelo Estado brasileiros no período de 1946-1988 pode ser exemplificada, inicialmente por meio do que ocorreu no Mato Grosso do Sul e

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

no oeste do Paraná com os índios Guarani—Kaiowá e Ava-Guarani, precisamente os de que trata a decisão comentada.

Narra o relatório que os índios Guarani-Kaiowá foram "jogados à força em caminhões, sendo suas casas queimadas" e "relocados à força numa área" diminuta demarcada pelo SPI-Serviço de Proteção dos Índios. "Documentos do SPI (1946-1947) mostram que os Kaiowá da região de Dourados e Rio Brilhante comunicaram-se reiteradamente com o SPI para pedir auxílios diante do avanço dos colonos, sem obter sucesso". "Nos anos de 1950, aos indígenas [Kaiowá] restaram sete lotes da CAND (Colônia Agrícola Nacional de Dourados), nos quais eles resistiram pelas décadas seguintes".

Esses fatos não foram sequer questionados na decisão em apreço, e, no entanto, eram fatos dependentes de provas que tornavam não líquido e certo o pedido do mandado de segurança. A decisão, para conceder a segurança, preferiu não tomar conhecimento de fatos graves que levaram o STJ a denegar a segurança como medida inapropriada.

2. Marco temporal de ocupação

10. "Marco temporal de ocupação das terras indígenas pelos índios" é um dos conceitos questionáveis estabelecidos pelo acórdão proferido no processo da Pet. 3.388 sobre as *Terras Indígenas Raposa da Serra do Sol*, questionável em primeiro lugar porque fixado pretorianamente de modo arbitrário como sendo a data da promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Questionável também por ter dado ao conceito uma dimensão normativa com aplicação geral a todos os casos de ocupação de terras indígenas.

11. Vejamos como a ementa do acórdão enuncia o conceito:

> "11.1. **O marco temporal de ocupação**. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine: ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam.

12. Juntaram-se aqui dois conceitos que, na forma como estão sendo entendidos, são nitidamente espoliadores dos direitos fundamentais dos índios: o *marco temporal em*

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

5.10.1988 e o *renitente esbulho*. Vamos ocupar-nos agora do primeiro, deixando o segundo para o tópico seguinte deste parecer.

13. Diz o texto que "A Constituição Federal trabalhou com data certa, a de sua promulgação a 5 de outubro de 1988". Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com essa data, se ela nada diz a esse respeito nem explícita nem implicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do art. 231 sobre os direitos dos índios autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o caput do art. 231, ver-se-á que dele se extrai coisa muito diversa. Vejamos:

> *"São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer espeitar todos os bens".*

Se são "*reconhecidos*... os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", é porque já existiam antes da promulgação da Constituição. Se ela dissesse: "são conferidos, etc.", então, sim, estaria fixando o momento de sua promulgação como marco temporal desses direitos.

14. Mas não foi isso que a Constituição estabeleceu. Já disse e reafirmo:

> "A Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o conseguiu num limite bem razoável. Não alcançou, porém, um nível de proteção inteiramente satisfatório. Teria sido assim, se houvera adotado o texto do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, reconhecidamente mais equilibrado e mais justo. É inegável, contudo, que ela deu um largo passo à frente na questão indígena",[5] reconhecendo direitos fundamentais dos índios e suas comunidades.

O ponto importante nos textos constitucionais "e que deve ser aqui salientado – como notado por Manuela Carneiro da Cunha - é que se trata do reconhecimento da posse imemorial dos índios, de seus títulos anteriores aos de quaisquer outros ocupantes, e não uma proteção transitória, apenas assegurada aos índios enquanto o exigisse seu estado de vulnerabilidade. Ou seja, pela facilidade com que podem ser lesados, os índios são protegidos pela tutela. Mas seus direitos à terra independem claramente dessa tutela, na medida em que são fundamentados na sua condição de seus primeiros donos. É o que fica claro nos comentários

[55] Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38ª, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 870.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

que Temístocles Cavalcanti, o futuro autor do Estatuto do índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), faz sobre o artigo da Constituição de 1946".[6]

15. Mostra isso que a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388. O termo "marco" tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limites territoriais. Em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia situação nova na evolução de algo. Pois bem, o documento que deu início e marcou o tratamento jurídico dos direitos dos índios sobre suas terras foi a Carta Regia de 30 de julho de 1611, promulgada por Felipe III, nos seguintes termos:

> *"os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer*".

Aqui temos inequivocamente *um marco temporal* – o reconhecimento jurídico-formal - dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam.

16. Outro *marco* nessa continuidade histórica está no reconhecimento constitucional daqueles direitos. Por que, neste caso, temos um marco temporal? Porque se dá àqueles direitos uma nova configuração jurídico-formal, retirando-os das vias puramente ordinárias para consagrá-los como direitos fundamentais dotados de supremacia constitucional. Isso, como visto, se deu com a *Constituição de 1934*, cujo art. 129 os acolheu numa síntese expressiva essencial:

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

As demais Constituições deu continuidade a essa consagração formal até à Constituição de 1988 que acrescentou o reconhecimento de outros direitos, como se pode ver do ser art. 231. Mas, no que tange aos direitos originários sobre as terras indígenas, a Constituição de

---

[6] Cf. *Os Direitos do Índio*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987, pp. 93 e 94.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

1988, não inovou, porque, no essencial, já constavam das Constituições anteriores, desde a de 1934.

Então, se há um marco temporal a ser firmado este é o da data de promulgação da Constituição de 1934, qual seja *16 de julho de 1934*, que, por primeiro, deu consagração constitucional a esses direitos e garantia de sua proteção efetiva. Isso não significa que se exija a presença física dos indígenas na área exatamente nesta dada como requisito essencial para a caracterização da tradicionalidade da ocupação, pois, por qualquer motivo independente de sua vontade podiam estar afastados dela na data referida.

A Constituição de 1988 é importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas não é o marco, e deslocar esse marco para ela é fazer um corte na continuidade da proteção constitucional dos direitos indígenas, deixando ao desamparo milhares de índios e suas comunidades, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão proteção aos direitos indígenas. Vale dizer: é contrariar o próprio sistema constitucional, que deu essa proteção continuadamente. Romper essa continuidade significa abrir brechas para a usurpação dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, como provam decisões como a que foi prolatada no RMS 29 087, como já deixei consignado antes.

Mesmo assim, para bem realçar esse corte prejudicial aos direitos dos índios, vou transcrever uma passagem do voto do Min. Gilmar Mendes, *in verbis*:

> "Importante foi a reafirmação de marco do processo demarcatório, a começar pelo *marco temporal de ocupação*. O objetivo principal dessa delimitação foi procurar dar fim a disputas infindáveis sobre as terras, entre índios e fazendeiros, muitas das quais, como sabemos, bastante violentas".

Fica claro, por esse texto, que o objetivo do marco estabelecido não é a proteção dos direitos dos índios, ainda que essa proteção seja uma exigência da Constituição, que até *determina competir à União demarcar as terras, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*. A Constituição o diz no caput do art. 231, mas o Supremo Tribunal Federal diz o contrário em última instância. Fica claro também que o objetivo enunciado é o de dar fim a disputas infindáveis sobre as terras não pelo cumprimento da regra constitucional que manda proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, ou seja, não pela coibição e repressão aos usurpadores, mas pela cassação dos direitos dos índios sobre elas. Fica claro ainda, segundo

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

esse voto, que os conflitos entre índios e fazendeiros devem ser resolvidos em detrimento dos direitos dos índios, sem se levar em conta as normas constitucionais que os protegem!

Essa é a consequência da fixação arbitrária do marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição de 1988 e não da Constituição de 1934, repita-se a primeira a reconhecer os direitos dos índios e, portanto, o marco real da proteção constitucional desses direitos.

3. Renitente esbulho

17. A situação calamitosa para os índios com a fixação do marco temporal de ocupação na data da promulgação da Constituição de 1988 se agrava consideravelmente com o conceito de *renitente esbulho* dado pelo julgado do caso da *Terra dos índios Raposa Serra do Sol*, conforme a seguinte disposição estabelecida na sua ementa:

> "11.2. **O marco da tradicionalidade da ocupação.** É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índio".

Acoplaram-se aí dois conceitos detrimentosos dos direitos originários dos índios, como já disse: a fixação do marco de ocupação na data da Constituição de 1988, e não da data da promulgação da Constituição de 1934, como uma interpretação coerente e sistemática recomendaria, e o conceito de esbulho renitente.

18. O que mais destoa da interpretação dos direitos fundamentais dos índios, os direitos originários sobre suas terras, é a compreensão que o Supremo Tribunal Federal vem dando ao renitente esbulho, desde decisão tomada pela Segunda Turma no julgado do Agravo no Recurso Extraordinário 803462/MS:

> "Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada".

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

19. Aí se vê a conjugação dos dois conceitos, pelos quais se subtraem os direitos dos índios em favor de usurpadores de suas terras. Há vários absurdos anti-índios nessa configuração do renitente esbulho.

O *primeiro*, bastante sutil, é esse modo de exprimir os termos do conceito: *renitente esbulho* em vez de *esbulho renitente*, pondo o destaque na qualificadora, para irrogar os ônus sobre a *renitência*, com o que impõe aos índios esbulhados a obrigação de provar os fatos. O segundo, e grave, é a utilização do conceito de esbulho num contexto que não lhe cabe, como veremos, como se se tratasse de um conflito de posse do direito civil. O *terceiro* é essa ideia de que o conflito, mesmo iniciado no passado, tem que persistir até o marco temporal: quer dizer, forja-se um marco temporal deslocado para o último elo da cadeia jurídico-constitucional que reconheceu os direitos indígenas, deixando ao desamparo os direitos que as Constituições anteriores reconheceram, e daí se exige que os índios sustentem um conflito ao longo do tempo, inclusive na via judicial, para que os seus direitos usurpados sejam restabelecidos. O *quarto* é essa exigência de que o conflito se materialize, pelo menos, *por uma controvérsia possessória judicializada*, como se se tratasse de uma disputa dentre dois possuidores tutelados pelo direito civil, mas os indígenas não são possuidores nesse sentido. É uma torção semântica calamitosa essa de tratar o *indigenato*, ou seja, os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam, como se se tratasse de posse do direito civil.

De fato, o *esbulho* é um instituto do direito possessório civil, considerado o ato pelo qual o "possuidor" é privado da posse que lhe é arrebatada pelo esbulhador. Oras, a terras dos índios são congenitamente possuídas, e sua relação com elas é de direito constitucional, pelo instituto do *indigenato*, e não do direito civil.

O que mais choca, nessa concepção civilista, é que nem ela é aplicada convenientemente, porque só é utilizada naquilo que favorece o usurpador das terras indígenas. Por exemplo, não se aplica o conceito de posse justa do art. 1200 do Código Civil, ou seja, aquela "que não for violenta, clandestina", quando há até Ministros que reconhecem a usurpação violenta das terras indígenas, como esta passagem do voto do Min. Ricardo Levewandovski na confirmação do seu voto no RMS29087:

> "Nós sabemos que o que está havendo, hoje, em todo o Brasil, lamentavelmente, é um novo genocídio de indígenas, em várias partes do país, em que os fazendeiro,

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

criminosamente, ocupam terras que eram dos índios... e os expulsam *manu militari*, e depois os expedientes jurídicos, os mais diversos – depois de esgotados os expedientes, evidentemente, ilegais e até criminosos -, acabam postergando o cumprimento desse importante dispositivo constitucional", qual seja o § 4º do art. 231 da Constituição, *in verbis*:

> "*As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*".

Dispositivo esse que está sendo anulado, inutilizado, pela aplicação do conceito de renitente esbulho na forma formulada, sobretudo, pela Segunda Turma do STF.

20. Não é só. Deslocar o marco temporal para a data da promulgação da Constituição de 1988 retira, com uma penada, os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas que as Constituições anteriores, desde 1934, lhe reconheceram e confirmaram.

Igualmente na concepção civilista do renitente esbulho, os seus intérpretes não tomam conhecimento de normas do Código Civil em favor dos índios. Não é adequado aplicar regras do Código Civil sobre a posse como se está fazendo com essa concepção civilista; pior ainda quando seus intérpretes o empregam parcialmente, ou seja, só naquilo que favorece os usurpadores dos direitos indígenas, desprezando regras benéficas aos usurpados, como o art. 1.201 do Código Civil sobre a posse de boa-fé, que diz:

> "*É posse de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa*".

Ora, os usurpadores de terras indígenas não podem desconhecer a pertinência dessas terras às comunidades indígenas e que elas são inalienáveis e indisponíveis, o que constitui "obstáculo que impede a aquisição da coisa". Não pode haver boa-fé na ocupação de terras indígenas, porque, em relação a elas, não há possuidor não-índio com justo título de que fala o parágrafo único do art. 1.201 do Código Civil, para se ter "presunção de boa-fé". Pois, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição, *são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras que se refere esse artigo.*

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

O voto condutor da decisão do RMS29087 tem uma passagem que reconhece fatos que se encaixam bem na situação jurídica aqui apontada, mas, lamentavelmente, tirou deles consequências contra os direitos dos índios despojados de suas terras objeto daquele mandado de segurança. *In verbis*:

> "Pedi vista dos autos por reconhecer a gravidade da situação fundiária há muito instaurada no Estado do Mato Grosso do Sul, conduzindo ao acirramento do conflito entre índios e proprietários rurais, detentores de títulos cuja cadeia dominial remonta ao século passado e cuja origem se tem na transmissão onerosa, ou não, pelo Poder Público de extensas glebas de terra como meio de fomentar o desenvolvimento do centro-oeste do país".

Bem se sabe que esse movimento de outorga de terras públicas no centro-oeste se deveu ao malsinado art. 64 da Constituição de 1891, dispositivo que gerou alguma controvérsia e até consequências não autorizadas, ao declarar *pertencer aos Estados as terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios*. Diante desse dispositivo, alguns Estados começaram a estabelecer disposições sobre legitimação de posse, reconhecimento de domínio, discriminações das terras indígenas como se fossem devolutas. Com certeza não havia boa fé nesses procedimentos, porque terras ocupadas pelos índios certamente não eram, nunca foram, nem são devolutas. João Mendes Júnior o demonstrou nos termos seguintes:

> "Aos Estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do *indigenato*, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de Abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, § 1º, do Decr. De 1854..."[7]

É essa a origem espúria da "cadeira dominial' referida no voto, que, em vez de fundamentar uma decisão a favor dos índios, serviu para decidir a favor dos usurpadores. Não estou dizendo que todos ali foram usurpadores. Mas essa era uma questão de provas, que não se quis fazer.

O que é curioso é que, nesse mandado de segurança, que tinha por objeto a *Terra Indígena Guarany-Kaiowá*, a decisão foi prolatada em favor dos usurpadores fundada

[7] Cf. ob. cit., p. 62.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

precisamente no conceito de renitente esbulho que entendeu não ter ocorrido, a despeito de reconhecer que "[o] agravamento do conflito fundiário envolvendo índios e não-índios na região tem ido noticiado regularmente pelos veículos de comunicação, que relatam a crescente hostilidade entre índios e proprietários/posseiros e denunciam atos barbárie ali havidos." Quer isso dizer, houve ali a caracterização de conflitos, ou seja, renitência dos índios aos usurpadores de suas terras, como se reconhece na passagem do voto acima transcrita. Ou seja, os índios foram renitentes aos esbulhos. E isso é bastante para configurar o renitente esbulho, segundo o conceito da Segunda Turma do STF, configurado por um conflito materializado por *circunstâncias de fato*, reconhecido na passagem transcrita do referido voto.

21. Voltemos a assinalada torção semântica, consistente em conceber a ocupação das terras dos índios como posse do direito civil, como é a utilização do conceito de esbulho possessório, como se se tratasse de um conflito possessório.

22. Já escrevi e reafirmo, nesta oportunidade, que os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direito originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6.6.1755, firmara o princípio de que nas terras outorgadas a particulares seria *sempre* reservado o direito dos índios que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro.[8] O *indigenato* não se confunde com a mera posse. É um direito congênito, enquanto a mera ocupação é título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si, "não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação possessória* depende de requisitos que a legitimem... Só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque, como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono.[9]

Ora, a posse de não-índio sobre terras indígenas nunca pode ser legitimada, porque, nos termos da Constituição, é nula, de nenhum efeito; isso porque essas terras são indisponíveis e inalienáveis (art. 231, §§ 4º e 6º)

23. Essas considerações, só por si, mostram que a relação entre o índio e suas terras não se rege pelas normas do direito civil. Essa relação extrapola da órbita puramente privada,

[8] Cf. João Mendes Júnior, *Os Indígenas do Brasil, seus Direitos Individuais e Políticos*, São Paulo, Typ. Hennies Irmãos, 1912, p. 57.
[9] Idem, pp. 58 e 59.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

porque não é e nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional, porque nele se consagra a ideia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que tradicionalmente ocupa.

A ocupação das terras tradicionalmente pelos índios *não é simples posse* regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela *possessio ab origine* que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio.[10] Por isso, é que João Mendes Júnior lembra que a relação do indígena com suas terras não era apenas um *ius possessionis*, mas também um *ius possidendi*, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como *habitat* no sentido visto antes.

Essa ideia está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a ideia essencial de *permanência*, explicitada pela norma constitucional.

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam à sua *posse permanente*, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, *para sempre*, ao seu *habitat*.

O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à *posse permanente* das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, §§ 1º e 2º, da Constituição independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico.

24. Outra coisa que a concepção do renitente esbulho torce é a compreensão dos direitos dos índios, sobretudo quando estabelece as condicionantes da configuração do esbulho. Os julgados do Supremo fundados nessa concepção reconhecem os conflitos entre índios e não-

[10] Cf. Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1971, p. 494, trad. de Ary dos Santos.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

índios, mas nunca reconhecem a sua fonte, que é a invasão, a grilagem ou a usurpação das terras dos índios. Mas, às vezes, se sente nas entrelinhas que os julgadores entendem que os índios é que provocam o conflito. O esbulho é praticado pelos não-índios, de sorte que os ônus do conflito e sua solução deveriam recair nesses esbulhadores e não sobre os índios, quando exige deles que, mesmo iniciado no passado, sua resistência persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. Vale dizer, requer-se dos índios um comportamento típicos dos não-índios no que tange à luta pelos seus direitos, não se levando em conta que os direitos dos índios não são dos indivíduos como tal mas da comunidade e que os índios e as comunidades indígenas são sujeitos ao regime tutelar de competência da União (Lei 6.001, de 1973, art. 7º).). Tutela essa que, no entanto, sofreu modificação no que tange sua legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos no termos do art. 232 da Constituição: "O índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos".

25. Por último, cabe destacar três pontos metodológicos que mostram os desvios semânticos dessa concepção de renitente esbulho que distorcem o sentido das normas constitucionais protetivas dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam.

25.1. *Primeiro*. Essa concepção desvia o foco dos direitos indígenas, interpretando as normas jurídico-constitucionais como se fossem destinadas comunidades de não-índios, por isso quer que os índios e suas comunidades ajam como se vivessem no mundo dito civilizado; é isso que quer dizer aquela exigência de que para caracterizar o esbulho de suas terras pelos não-índios o conflito tem que materializar-se "por uma controvérsia possessória ajuizada". Ora, as regras da Constituição sobre os direitos indígenas têm a natureza de direito protetivo de minorias e, portanto, devem ser compreendidas na conformidade do contexto de vivência dessa minoria. "A Constituição é um texto, um texto normativo, um texto jurídico, por isso, sua interpretação – ou seja, a captação de seu sentido, a descoberta das normas que esse contexto veicula – também se submete às relações de contexto". Ora, o contexto da vivência confere às normas jurídicas destinadas à proteção indígena um sentido compatível com essa vivência. É isso que se extrai do enunciado do art. 231 da Constituição, quando reconhece aos

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições juntamente com o reconhecimento de seus direitos originários sobre as terras ocupadas por eles e suas comunidades.

25.2. *Segundo* desvio metodológico é a compreensão dos conflitos sobre as terras indígenas como "um conflito possessório de direito civil", como se se tratasse de um conflito entre dois indivíduos sobre a posse de um bem, como se fosse uma disputa entre dois fazendeiros, uma disputa individualista. Não é isso que se dá; não é uma disputa de natureza possessória, porque os índios, como observado, não tem uma posse nesse sentido do direito privado. Os direitos dos índios não são de natureza individualista, porque os direitos originários sobre as terras é um direito comunitário no sentido de que as comunidades indígenas é que são primariamente titulares desses direitos; os índios gozam desses direitos como integrantes das respectivas comunidades. É um fenômeno já observado por Jhering ao discorrer sobre as comunidades gentílicas, onde "os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos. E este direito se distinguia do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas indiviso e inalienável e indissoluvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade".[11] É por causa dessa dupla dimensão, ao mesmo tempo, individual e comunitária, que inclui os direitos dos índios entre os direitos fundamentais de solidariedade.[12]

25.3. *Terceiro*. Não se compadece com a Constituição essa concepção de que o esbulho não se refere ao passado, pois enquanto a comunidade usurpada existir os direitos às suas terras perduram, porque a Constituição, art. 231, § 4°, declara que *são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis*. Aquela concepção constitui, pois, uma forma de extinção pretoriana de direitos imprescritíveis, em afronta à Constituição. Vale dizer, pois, que a comunidade despojada de suas terras pelos não-índios tem direito a elas retornar a qualquer tempo e isso deve ser garantido pelo Poder Público, inclusive o Poder Judiciário, que tem o dever de proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios, nos termos do caput do art. 231 da Constituição.

4. Vedação de ampliação de terras indígenas demarcadas

[11] Cf. *L'Esprit du Droit Romain*, T. 1°, §17, 3ª ed., Paris, 1886, p. 204.
[12] Cf. José Afonso da Silva, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, pp. 551s.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

26. O voto do Relator no julgamento do caso da *Terra Indígena Raposa Serra do Sol* fez agregar aos respetivos fundamentos salvaguardas institucionais, segundo ele, "ditadas pela superlativa importância histórico cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas para a parte dispositiva da decisão".

Esse acréscimo importou em duas diferenças básicas: a) introduziram-se condicionantes que a Constituição não autoriza; b) e, ao transferir dos fundamentos para o dispositivo da decisão, pretendeu-se dar força de julgado às salvaguardas, sem levar em conta que elas vão muito além das balizas do Supremo Tribunal Federal, com pretensão de validade geral e, assim, aplicação a processos futuros. Quer dizer, o fato de o voto do Ministro Relator dizer, como é dos princípios processuais e constitucionais: "*a presente ação tem por objeto tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol*", não tem impedido ao Tribunal, sobretudo por sua Segunda Turma, de aplicar as tais condicionantes a outros processos.

27. A Procuradoria-Geral da República, percebendo a extrapolação legal e constitucional do julgado, impugnou-o por meio de agravo de declaração, sustentando, com razão, que "os princípios democráticos e da divisão de poderes impõem limites para esta atividade normativa do STF, que foram ostensivamente ultrapassadas no caso".

Ao julgar os embargos, o Ministro Luís Roberto Barroso tentou justifica-lo e suavizá-lo, dizendo que a decisão não é vinculativa, mas, por outro lado, afirmou que "o acórdão ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País". Com a devida vênia do eminente Ministro, um acórdão só ostenta força moral e persuasiva quando se conforma aos ditames legais e sobretudo constitucionais, pois é dessa conformidade que extrai sua força de convicção. Quando a decisão extrapola seus limites, e alberga questões inconstitucionais não pode ostentar força moral e persuasiva. O estranho, nesse caso, é que, em vez de declarar o acórdão inconstitucional e fazer a sua revisão para conformá-lo aos ditames da ordem jurídica-constitucional, os Ministros tentam justificá-lo e, ao apelar para essa força moral, acabam reafirmando-o por cima da Constituição.

28. Entre as condicionantes está aquela prevista na letra "r" do item II do dispositivo do acórdão que *veda a ampliação da terra indígena já demarcada*. Essa condicionante foi aprovada por maioria apenas, porque três Ministros a rejeitavam: a Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Eros Grau e o Ministro-Relator Carlos Ayres Britto, e o fizeram porque não viram fundamentos para ela.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Com toda razão, primeiro, porque não está nas atribuições do Supremo Tribunal Federal interferir no mérito de ato de competência do Poder Executivo, como é a demarcação de terras indígenas, nem decidir dos limites dessa competência. Quando o caput do art. 231 declara que cabe à União demarcá-las, remete ao Poder Executivo federal porque se trata de ato concreto e individual. Isso mesmo é estabelecido no art. 19 do *Estatuto do Índio*, instituído pela Lei 6.001, de 19.12.1973, *in verbis*:

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

29. Além disso, o que é fundamental é que a Constituição, no caput do art. 231, garante aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam. Então onde houver terras indígenas nessas condições, a demarcação é obrigatória. Os índios têm direito à demarcação de suas terras na sua totalidade. Esses direitos preexistem ao ato de demarcação, por isso mesmo a demarcação é reconhecida até pelo próprio Supremo Tribunal Federal como meramente declaratória. Ora, então, se forem indígenas as terras confinantes com terras já demarcadas, corre-lhes o direito à ampliação da demarcação até cobrir as áreas que ficaram fora da demarcação original. Isso não pode ser proibido, porque é um direito inalienável. É lícita, pois, essa ampliação. O que não é lícito é a ampliação da demarcação sobre terra não-indígena, sobre terras de propriedade privada fundada em título legítimo.

30. Uma importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, interpretando corretamente o art. 231, §§ 1º e 6º, da Constituição julgando o MS29542 ementou que a existência de propriedade, devidamente registrada, não inibe a FUNAI de investigar e demarcar terras indígenas, pois são nulos os atos translativos de propriedade sobre essas terras, e o mais importante é a decisão constante do item 6, segundo a qual *a interpretação sistemática e teleológica da ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988 permite concluir que o processo administrativo de demarcação de terras indígenas que tenha sido levado a termo em data anterior à promulgação da Constituição vigente pode ser revisto.* Apesar disso, não conheceu do mandado de segurança por entender que a questão não poderia ser dirimida por essa via, por demandar instrução probatória.

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, contudo, reformou essa decisão por entender ter ela desrespeitado a condicionante de vedação de ampliação da demarcação de terras demarcada estabelecida no acórdão da Pet 3.388. Quer dizer, os próprios Ministros do STF declaram que as salvaguardas ou condicionantes não são vinculantes de outros juízos ou tribunais, mas quando um tribunal as contraria eles mesmos invocam as determinações do acórdão para impor decisão contrária.

O caso era exatamente o da ampliação de demarcação da terra indígena Porquinhos das Canelas demarcadas na década de 1970. O voto condutor do STJ entendeu que a diretriz contida no voto-vista do Min. Menezes Direito sobre a vedação de ampliação de terra indígena demarcada não se aplicava ao caso, porque a demarcação original se deu antes de 5.10.1988 sob a égide do regime constitucional anterior, quando a orientação era no sentido de proceder à demarcação de terras indígenas em *limite inferior* àquele correspondente à ocupação tradicional, porque o intuito era integrar o índio à comunhão nacional daí a legitimidade de revisão da demarcação realizada anteriormente. Este é um argumento bem ponderável, que a Segunda Turma do Supremo, como visto, rejeitou.

É um bom argumento, mas não é o fundamental. O que legitima a ampliação, primeiro é que a demarcação se insere no conjunto de direitos dos índios: segundo, se esse direito não foi realizado na demarcação original é que o direito foi insuficientemente reconhecido, logo a insuficiência deve ser coberta pela ampliação. Enfim, se a demarcação original não abrangeu toda a terra indígena da área, ela é viciada por não ter cumprido o que se impõe à União no caput do art. 231 da Constituição. É, pois, obrigação desta corrigir a falha expedindo uma demarcação revisora que amplie a área demarcada até os limites externos das terras indígenas. Isso vale para toda e qualquer ampliação antes ou depois da Constituição de 1988.

Mas, quanto à ampliação de terras demarcadas antes da Constituição de 1988, o que garante a sua legitimidade, além do direito mencionado acima, é a imprescritibilidade dos direitos sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios conjugada com a nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o art. 231 da Constituição. Quer dizer, se os direitos persistem, a ampliação da demarcação é rigorosamente obrigatória.

Vale, pois, dizer, em resumo: os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente precedem à demarcação delas, que essa demarcação é um direito

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

dos índios constitucionalmente estabelecido, que esse direito à demarcação só será totalmente satisfeito quando abrange todas as áreas por onde se estendem aquelas terras. Logo, sempre que a demarcação cobrir limites inferiores a essas terras, seus ocupantes têm direito a correção para que a demarcação abranja a totalidade da área. Isso vale tanto para as demarcações realizadas posteriormente à data da promulgação da Constituição de 1988 como para as realizadas antes, porque, se os direitos precedem à demarcação, os índios continuam a ter direitos originários sobre a parte das terras que ficou fora da demarcação, porque essas terras são *inalienáveis* e *indisponíveis* e os direitos sobre elas *imprescritíveis* (art. 231, § 4°) e porque são nulos, não produzindo nenhum efeito, eventual ocupação, domínio ou posse de não-índio que porventura tenha recaído sobre elas. Essa imprescritibilidade constitucionalmente estabelecida afasta a incidência da regra prevista no art. 54 da Lei 9.784, de 1999, invocada no caso em apreço. Independentemente disso, o citado dispositivo só se aplica nas relações obrigacionais entre União e administrados, em que o ato administrativo a ser anulado gere efeitos favoráveis para os destinatários. Não é disso que se trata no caso de revisão da demarcação para ampliá-la. Primeiro, não se trata de anulação do ato existente, mas de sua retificação. Segundo, isso não constitui efeito favorável aos destinatários, os índios, porque se trata de compor direito preexistente ao ato a ser revisto, a demarcação.

***

5. Respostas aos quesitos

31. À vista do exposto, podemos passar a responder sinteticamente os quesitos da consulta.

Ao 1° quesito

À luz do reconhecimento dos direitos originários sobre as terras indígenas pela Constituição não é correta a interpretação do instituto do "renitente esbulho", aos conflitos que envolvem terras indígenas. Pois, esses não são conflitos tipicamente possessórios na forma caracterizada pelo direito civil, porque a ocupação indígena de suas terras não é uma mera posse como tal conceituada no direito civil. Os índios as ocupam com fundamento no indigenato, ou seja, com base nos direitos originários sobre ela, de sorte que quando o não-

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

índio se apossa dessas terras, ele não retira apenas a posse dos índios sobre elas, mas um conjunto de direitos que integram o conceito de indigenato.

Independentemente disso, ainda assim, não é correta a interpretação restritiva de esbulho renitente como controvérsia possessória judicializada; primeiro, porque a controvérsia não é tipicamente possessória pelo que se viu acima, ou seja, não é uma disputa individual em que um possuidor retira a posse do outro, pois os direitos ordinários dos índios sobre a terra, como visto no correr deste parecer, não pertence a eles como indivíduos, mas às comunidades indígenas; demais os índios e as comunidades indígenas antes da Constituição de 1988 não tinham legitimidade processual, pois estavam sujeitas ao regime tutelar, de sorte que exigir deles o cumprimento de ônus, qual seja a defesa das terras que ocupam, que são de propriedade da União, e que, pela sua situação de tutelado, não podem cumprir, é desconhecer que o direito se interpreta em relação ao contexto em que incide, sem levar em conta que a Constituição lhes garante também sua organização social, costumes e tradições. Demais, os direitos constitucionais dos índios são de natureza protetiva de minorias, e como tal devem interpretado sempre de modo favorável aos beneficiários, não se lhes impondo ônus fora de sua situação vivencial.

Ao 2º quesito

Não, não é correto interpretar a atual Constituição como se ela tivesse limitado os direitos ordinários dos povos indígenas às suas terras ao estado da ocupação em 5 de outubro de 1988, impedindo demarcação para etnias que só conseguiram retornar a suas terras depois dessa data.

A questão posta pelo quesito se prende ao conceito de *marco temporal*, ficado pelo acórdão da Pet. 3.388 na data da promulgação da Constituição e 1988, ou seja, *5 de outubro d 1988*. Não, não é correta a fixação de um marco temporal coincidente com a data da promulgação da Constituição de 1988, como ficou amplamente demonstrado no correr deste parecer.

O termo "marco" tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limite territorial. Em sentido temporal, como é o caso, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia algum fato evolutivo. O documento que marcou o início do reconhecimento jurídico-formal

JOSÉ AFONSO DA SILVA
Advogado
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

dos direitos dos índios foi a Carta Régia de 30 de junho de 1611, promulgada por Fellipe III, que firmou o princípio de que os índios são senhores de suas terras, "sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstias ou injustiça alguma.

Aqui temos inequivocamente um marco temporal: o reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam. Outro marco nessa continuidade histórica está no reconhecimento constitucional desses direitos, porque, neste caso, temos um marco temporal? Porque se dá àqueles direitos uma nova configuração jurídico-formal, retirando-os das vias puramente ordinárias para consagrá-los como direitos fundamentais dotados de supremacia constitucional. Isso se deu com a Constituição de 1934, cujo art. 129 os acolheu numa síntese essencial. Demais Constituições deu continuidade a essa consagração até à Constituição de 1988 que acrescentou outros direitos, como se pode ver do art. 231. Mas, no que tange aos direitos originários sobre terras indígenas, foi a Constituição de 1934 que marcou seu início. Portanto, se há um marco temporal a ser assinalado este o da data da promulgação da Constituição de 1934, qual seja *16 de julho de 1934 (cf.* item 16 supra).

A Constituição de 1988 é muito importante na continuidade desse reconhecimento constitucional, mas é o último elo da cadeia; portanto, não é o marco, e deslocar o marco temporal da data da promulgação da Constituição de 1934 para ela corresponde a fazer um corte violento nessa continuidade, deixando milhares de índios e suas comunidades ao desamparo, o que, no fundo, é um desrespeito às próprias regras e princípios constitucionais que dão garantia aos direitos indígenas.

Ao 3º quesito

Não, na minha avaliação não está correta a condicionante que determina a vedação de ampliação de terras indígenas já demarcadas. Não há nada na Constituição que sufrague esse entendimento.

Vale, pois, dizer, em resumo: os direitos originários dos índios sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente precedem à demarcação delas, que essa demarcação é um direito dos índios constitucionalmente estabelecidos, que esse direitos à demarcação só será totalmente satisfeito quando abrange todas as áreas por onde se estendem aquelas terras. Logo, sempre que a demarcação cobrir limites inferiores a essas terras, seus ocupantes têm direito a correção para

que a demarcação abranja a totalidade da área. Isso vale tanto para as demarcações realizadas posteriormente à data da promulgação da Constituição de 1988 como para as realizadas antes, porque, se os direitos precedem à demarcação, os índios continuam a ter direitos originários sobre a parte das terras que ficou fora da demarcação, porque essas terras são *inalienáveis* e *indisponíveis* e os direitos sobre elas *imprescritíveis* (art. 231, § 4°) e porque são nulos, não produzindo nenhum efeito, eventual ocupação, domínio ou posse de não-índio que porventura tenha recaído sobre elas. Essa imprescritibilidade constitucionalmente estabelecida afasta a incidência da regra prevista no art. 54 da Lei 9.784, de 1999, invocada no caso em apreço. Independentemente disso, o citado dispositivo só se aplica nas relações obrigacionais entre União e administrados, em que o ato administrativo a seu anulado gere efeitos favoráveis para os destinatários. Não é disso que se trata no caso de revisão da demarcação para ampliá-la. Primeiro, não se trata de anulação do ato existente, mas de sua retificação. Segundo, isso não constitui efeito favorável aos destinatários, os índios, porque se trata de compor direito preexistente ao ato a ser revisto, a demarcação.

É o parecer.

OAB/SP 13 417
RG 1 410 813-6
CPF 032 588 748-91