



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – POPULAÇÕES INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

NOTA TÉCNICA Nº 01/2018-6CCR

AÇÃO CIVIL ORIGINÁRIA (STF) Nº 304

1) Relatório

Trata-se de Ação Cível Originária ajuizada pela Agropecuária Serra Negra Ltda, em 11 de novembro de 1981, contra a União Federal e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), pretendendo a indenização das áreas contidas nos limites da "Reserva Indígena Parabubure", criada por força do Decreto nº 84.337/79, sem que tenha havido a desapropriação.

Inicialmente, foi proposta ação de indenização na Justiça Federal no Estado do Mato Grosso. Citado, o Estado do Mato Grosso assumiu no feito na posição de litisconsorte ativo e aditou a petição inicial.

Com a contestação, o MM. Juiz Federal declinou sua competência para o Supremo Tribunal Federal, por entender configurado conflito de interesses entre a União e o Estado do Mato Grosso.

A FUNAI, em sua contestação, arguiu a declaração incidental de nulidade do título de domínio em que se fundou a demanda inicial, tendo em vista incidir em “terras de posse imemorial dos índios Xavante e, assim sendo, não poderia ser expedido pelo estado, face à proteção Constitucional.”

Alegou, ainda, inépcia da inicial, dada a inexistência de pedido certo; carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, por considerar que o título dominial que embasou a ação padecia de vício original, uma vez que foi expedido por quem não tinha o poder de dispor das terras (Estado de Mato Grosso) e, no mérito, a sua improcedência.

Realizada perícia antropológica, às fls. 2128/2414, comprovou-se a **“ocupação imemorial dos Xavantes em todo o vale do rio Couto Magalhães onde se encontra inserida a área em litígio.”**

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, datado de 6 de dezembro de 2001, destacou a necessidade de se saber a quem verdadeiramente pertencia a referida área de terra, se à União ou ao referido Estado-membro.

Defendeu que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não são terras devolutas, mas sim “incorporam-se em definitivo ao patrimônio da União por força de disposição contida no artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal”, sendo “nulos o título aquisitivo apresentado pela autora no qual constava o Estado do Mato Grosso como original titular”.

Ao final, **manifestou-se pela improcedência da ação cível originária e pela procedência do pedido incidental de declaração de nulidade do título aquisitivo de**

propriedade apresentado pela autora.

É o relato essencial.

2 Fundamentos

2.1 Do Conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas

De início, é importante destacar que a presença, de forma ininterrupta, dos índios Xavante na região remonta a pelo menos 1951, sendo que, em 1955, se aproximaram definitivamente do posto de do Serviço de Proteção aos Índios (fls. 706/709). Nesse sentido, cinge-se a controvérsia ao conceito de terra tradicionalmente ocupada pelos índios, conforme previsto no art. 231 da Constituição da República, o que será tratado, essencialmente, sob as luzes da farta e sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conforme bem ensina o professor José Afonso da Silva, “a questão da terra se transforma no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas”¹.

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

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

A Constituição de 1988, de forma extremamente consciente, preferiu a terminologia “tradicionalidade” à “imemorialidade”, de modo a expressar que o elemento central para a definição de terra indígena é o modo de ocupação tradicional, e não propriamente que haja presença dos índios no local desde tempos remotos.

Em se tratando de direito fundamental, a interpretação da concepção de terra indígena deve se pautar pela máxima efetividade, de modo a conferir todas as potencialidades que a Constituição visou garantir ao titular do direito e a plena realização de seus objetivos, evitando-se, assim, qualquer tipo interpretação tendente a esvaziar, eliminar ou reduzir o direito.² A máxima efetividade, numa constituição emancipatória como a nossa, se alia ao pluralismo cultural e étnico, de modo a garantir que a interpretação seja aberta às múltiplas formas de concepção de mundo e às múltiplas formas de vida, tendo por centralidade a relação indissociável da identidade do grupo com as suas terras³.

E o § 1º do art. 231 da CR/88 cuidou de deixar claro o intuito de estabelecer um conceito de terra indígenas que abarcasse a pluralidade de grupos étnicos presentes no Brasil, que, de acordo com o Censo 2010, chega ao número de 305 etnias. Cada uma delas se relaciona com a terra de um jeito que lhe é peculiar. Ao enunciar que a ocupação não se limita à habitação ou à presença física - mas também abrange as atividades produtivas, a preservação

1 Silva, José Afonso da. **Os direitos indígenas e a Constituição**. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 286.

3 CIDH, Mayagna (SUMO) Awas Tinni Vs Nicaraguá. No julgamento, a Corte assim se manifestou: “a contribuição antropológica do Século XX deixou claro que as culturas indígenas têm um vínculo muito particular com a terra secular de seus antepassados, na qual cumprem seu ciclo vital e onde buscam alcançar sua plenitude humana espiritual e material”.

ambiental e os espaços necessários à reprodução física, cultural e espiritual do grupo –, a Carta Magna objetiva viabilizar que todos esses grupos tenham condições plenas de viver, fazer e criar, conforme seus usos, costumes e tradições: o que foi chamado, pelo Ministro Ayres Brito, de *mundividência indígena*.

A configuração de tais áreas, para além da habitação constante e permanente, pode ser norteada por fatores: 1) econômicos (áreas utilizadas para atividades produtivas e de subsistência, como a pesca, a coleta, o cultivo, etc); 2) ecológicos (região deliberadamente não explorada, com fim de garantir o equilíbrio ambiental da região); 3) culturais (terras necessárias à reprodução física e cultural do grupo – como os cemitérios, espaços sagrados e destinados à prática de rituais e manifestações culturais); e 4) demográficos (ligados à sua organização social e econômica, inclusive para crescimento do grupo).⁴ Tal entendimento é, de longa data, acolhido no âmbito da Corte Suprema brasileira, como se extrai do voto do Min. Victor Nunes Leal, proferido no RE 44.585 (11/10/64), que tinha também por litigante o Estado do Mato Grosso:

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

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, o sentido civilista dos silvícolas, trata-se de *habitat* de um povo.

A identificação da terra indígena está, portanto, imbricada com a noção de ***identidade coletiva*** do grupo, pois é a partir dela que se define como os índios se relacionam com suas terras. A Constituição incumbiu, então, à União a identificação, a delimitação e a demarcação das terras indígenas, que devem ser executadas conforme a presença peculiar de cada etnia e sua própria cosmovisão (endógena ou intraétnica)⁵. Para tanto, a metodologia utilizada é a antropológica, aliada a estudos de natureza etnohistórica, sociológica, geográfica, cartográfica, ambiental, entre outras.

O estudo ***antropológico é fundamental para se demonstrar concretamente o (não) atendimento dos pressupostos constitucionais para se concluir se a área é (ou não) tradicionalmente ocupada***. Isso ficou muito claro no voto condutor do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.338), da lavra do Min. Carlos Ayres de Britto:

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

(...)

Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio “tradicionalmente”, grafado no caput do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, áreas indígenas são demarcadas para servir, concretamente, de habitação permanente dos índios de uma determinada

4 Bandin, Luiz Armando. Arquivos do Ministério da Justiça. Ano 51, nº 190, jul/dez-2006. Pgs.127 a 141.

5 STF, PET. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. **Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social.** Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma convivência empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, **não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.** (Grifamos),

etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (parágrafo 1º do art. 231. Do que decorre, inicialmente, o sobredireito ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução físico-cultural dos índios.

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

É, assim, imperativo que, sempre, seja garantido o desenvolvimento completo dos estudos para identificação da ***terra tradicionalmente ocupada***, pois é só com ele que se define se há ocupação, bem como se a área foi (ou é) objeto de esbulho. A mera existência de título e/ou posse, de boa ou de má-fé, ***jamaís pode ser vista como obstáculo ao prosseguimento dos estudos da Fundação Nacional do Índio***, atual instituição responsável pelos estudos de delimitação e identificação de terras indígenas.

No caso concreto, o laudo pericial antropológico elaborado no curso do processo demarcatório, segundo o qual “o estabelecimento dos limites das Reservas Indígenas Culuene e Couto Magalhães, posteriormente incluídos na atual Reserva indígena Parabubure nada mais foi do que respeitar o direito indígena, direito este reclamado e reivindicado pelos protestos e pelas posições belicosas dos Xavante na defesa de suas terras tomadas pelos não-índios”, ***expurgou qualquer dúvida quanto à tradicionalidade da área, aferindo que a presença indígena na região onde está inserida a área sub judice.***

Portanto, a natureza jurídica de todas essas áreas é de **terra tradicionalmente ocupada** e, ***consequentemente, bem da União, sendo absolutamente descabido o pleito indenizatório, de modo que a improcedência da demanda se torna impositiva.***

2.2 Do regime jurídico-constitucional das terras indígenas enquanto bens da União – incidência de nulidade sobre títulos eventualmente existentes

O art. 231 da Constituição da República não deixa margem para dúvidas acerca da natureza jurídica do ato de demarcação: é ato de reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras, portanto, sem natureza constitutiva, sendo da União o dever de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou por inúmeras vezes, incluindo uma das últimas vezes que a Corte se debruçou sobre o tema, **em 2012 (e após o Caso Raposa Serra do Sol)** no caso Caramuru-Catarina- Paraguaçu:

O reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional. (ACO 312/BA, Ementa)

A Ministra Rosa Weber também fez questão de registrar que a posse não é condição, é garantia:

Ou seja, na minha leitura, a posse não é condição e está garantida a eles, em função de toda a necessidade de preservação da identidade indígena, de toda principiologia constitucional no que tange às terras indígenas. (ACO 312/BA)

A Constituição inclui (seguindo as constituições anteriores) as terras

tradicionalmente ocupadas pelos índios no rol de bens da União (art. 20, XI), declarando nulos e extintos quaisquer títulos sobre elas existentes (art. 231, §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.

É importante assinalar que, embora a Carta de 1988 tenha sido a mais avançada e garantista no reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras, ela não representa marco inaugurador do tratamento da matéria. Desde 1934 a proteção às terras indígenas é albergada em sede constitucional⁶. Tal amparo foi não apenas preservado nas constituições seguintes, mas sucessivamente potencializado, alcançado seu clímax na Constituição da República de 1988⁷. Portanto, ante a ausência de vácuo normativo-constitucional no tratamento da matéria, qualquer título emitido sobre tais áreas, pelo menos desde 1934, é nulo de pleno direito, pois foi emitido contra a ordem constitucional vigente.⁸

Mesmo antes, a legislação infraconstitucional já protegia os direitos dos índios sobre suas terras. A Carta Régia, de 30 de julho de 1611, foi o primeiro documento que reconheceu aos índios os direitos sobre as terras, ao passo que o Alvará de 1º de abril de 1680¹⁰ também afirma o direito de posse sobre as terras permanentemente ocupadas pelos índios. A Lei de 6 de junho de 1755 determinou que fossem respeitadas, na concessão de sesmarias, os direitos dos índios, “primários e naturais senhores das terras por ele ocupadas”.

Já no século XIX, a Lei 601 (Lei de Terras), de 18 de setembro de 1850, determinou a reserva de terras para os índios¹¹, consolidando entre nós a teoria do indigenato.

6 “CR/34 - Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. Permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

7 CR/37 - 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. CR/46 - Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. CR/67 - 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. CR/69 - Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

8 Art. 20. São bens da União: XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

9 MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946, tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 467- 468.

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

11 Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a coloniação dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, e assento de estabelecimentos publicos: 3º, para a construção naval. Art. 24, § 1º, “Que estão sujeitas à legitimação: as posses que se acharem em poder ocupante, não tendo outro título senão a sua ocupação”

Conforme ensina o insigne jurista João Mendes Junior:

O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., tit., de aq. vel. amitt. posses., L. 1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indígena, 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 direito congenito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: - quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit.

Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de ocupante (art. 3º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a ocupação, como titulo de aquisição, só póde ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma apprehensio rei nullis ou rei derelictae. (confiram-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras dos indios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como res nullius, nem como res derelictae; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquillo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo immediato de dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado.

O art. 24 do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, explicando o pensamento da Lei, claramente define, no § 1º, que, em relação 'às posses que se acharem em poder de primeiro occupante', estão sujeitas à legitimação aquellas 'que não têm outro titulo senão a sua occupação'. Esse § 1º do art. 24 do cit. Decr. de 1854 reconhece, portanto, a existencia de primeiro occupante que tem titulo distincto da sua occupação. E qual póde ser esse primeiro occupante, com titulo distincto da sua occupação, senão o indígena, aquelle que tem por titulo o indegenato, isto é, a posse aborigene? O Decr. de 1854 repetiu desse modo o pensamento do Alv. de 1º de Abril de 1680: 'quer se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Indios, primarios e naturaes senhores das terras'.

Há, pois, outras reservas que não supõem posses originarias ou congenitas: essas são as das terras devolutas, que destinam-se, na fôrma da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, art. 12, à colonisação, assim como à fundação de povoações, abertura de estradas e quaesquer outras servidões publicas, assim como à construcção naval. A colonisação de indigenas, como já ficou explicado, supõe, como qualquer outra colonisação, uma emigração para immigração; e o proprio regulamento n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, no art. 72, declara reservadas das terras devolutas, não só as terras destinadas à colonisação dos indigenas, como as terras dos aldeamentos onde existem hordas selvagenes. Em summa, quer da letra, quer do espirito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras possuidas por hordas selvagens estaveis: essas terras são tão particulares como as possuidas por occupação legitimavel, isto é, são originariamente reservadas da devolução, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1680, que as reserva até na concessão das sesmarias.¹²

A história constitucional (e também infraconstitucional) no tratamento das terras indígenas não pode ser ignorada, **sob pena de se legitimar atos de violência e de esbulho** cometidos em face do próprio direito então vigente. A redação da Constituição de 1988 é claramente a mais protetiva desses direitos e jamais poderia ser utilizada contra o titular de seu direito e em favor de quem agiu sob o manto da ilegalidade/inconstitucionalidade, usurpando as terras indígenas. Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Suprema sempre resguardou o direito dos índios às suas terras, e a própria decisão da Raposa Serra do Sol (PET 3388/RR) reiterou, por diversas vezes, que atos de esbulho (mesmo que provocados pelo Estado) não podem constituir direito.

12 MENDES Jr. João. **Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos**. Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, pp.58-60.

A redação da Constituição foi objeto de destaque no Ministro Ayres Britto, no julgamento da ACO 312, em que fez questão de ressaltar o conteúdo absolutamente especial do art. 231, inclusive confrontando com o tratamento das terras indígenas sob o pálio da Constituição de 1967:

Apenas vou dizer que também me manifesto na linha dos votos já proferidos, com a ressalva, com o devido respeito ao voto, do voto do Ministro Marco Aurélio. A Constituição de 1967, pelo seu artigo 185, como que antecipa o espírito tutelar e promocional da atual Constituição no que tange à questão indígena, quando diz no artigo 185. O Ministro Peluso retratou muito bem quando falou da semântica da posse, não no sentido ortodoxamente civil, mas no sentido heterodoxo de Direito Constitucional. Diz, aqui, o disposto no artigo: Art. 186. "É assegurada aos silvícolas a posse permanente" - e disse bem o Ministro César Peluso que não é uma posse preexistente, que tinha que ser permanente - "das terras que habitam e reconhecido seu direito ao usufruto exclusivo" - etc. A habitação, aqui, é uma semântica também própria que faz conciliar, ou até que faz sobrepor ao instituto da presença física, o instituto da resistência psicológica. Porque, muitas vezes, os índios não estão ali numa determinada área porque foram escorraçados, mas eles reagem, eles resistem, historicamente, e ficam nas cercanias da terra de que foram, pela violência, expulsos, atestando o seu ânimo de recuperação daquela terra, que não foi abandonada. Porque uma coisa é dizer: todas essas terras foram dos índios. E nós vamos devolver aos índios? Não, aquelas terras que os índios abandonaram, deixaram, espontaneamente, evidentemente que não tem mais a ver com essa proteção constitucional, mas ali onde a permanência do índio não se dá por efeito de um esbulho, de uma violência, de um ato de até muitas vezes de extermínio físico, aí não, o espírito da Constituição não é esse, o espírito da Constituição é ao mesmo tempo tutelar e promocional. Nós sabemos que o tutelar, o protetivo, significa impedir o *minus*, impedir a redução, o rebaixamento, o descenso. A norma promocional possibilita o *plus*, o ascenso, a evolução, a afirmação da personalidade e até da cidadania. A Constituição contém normas que são tanto protetivas como promocionais desses segmentos historicamente experimentadores ou padecentes de desvantagens, de humilhações, como o segmento das mulheres, dos negros, dos índios, dos deficientes físicos, dos homoafetivos e assim por diante.

Eu também encontrei aqui, Ministro Peluso, ainda no voto de Vossa Excelência, a comprovação testemunhal, documental, por laudo pericial, por estudos antropológicos, de que a área questionada nesse limite dos 54.105 (cinquenta e quatro mil, cento e cinco) hectares, essa área é indígena. E sobre essa área indígena foram expedidos, ilicitamente, inconstitucionalmente, títulos de propriedade, títulos de domínio, são esses títulos que nós estamos aqui a anular.

Pronto, me parece que isso resume a questão, no voto de Vossa Excelência, no da Ministra Rosa Weber e de todos os outros, com exceção do Ministro Marco Aurélio. O Ministro Luiz Fux não votou, propriamente, mas emprestou sua valiosíssima colaboração, no plano teórico, do equacionamento jurídico da causa.

A questão indígena - eu já concluo - há de ser compreendida num contexto rigorosamente constitucional. A Constituição atual - disse bem o Ministro Celso de Mello - é tão preocupada com a questão indígena, que nem diz: fica assegurado aos índios ou é assegurada a posse ou é outorgado o direito. Não, a Constituição usou de uma linguagem única, não vi em nenhuma outra passagem da Constituição essa linguagem. O que disse a nossa Lei maior?

"São reconhecidos aos índios", não são outorgados. A outorga de direitos obedece à lógica do doravante, daqui para a frente; a lógica do reconhecimento, "são reconhecidos", obedece a outro critério, é uma lógica do "desde sempre", quando se reconhece um direito a alguém, mais do que se outorgar, está se proclamando que aquele direito pré-existe à própria Constituição: são reconhecidos; isso é muito mais do que são outorgados aos índios. Aí vem sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, que é a mundividência indígena, tudo isso. (...)

“, É que, para o índio, volto a dizer, a terra não é um bem *intra commercium*, não é um objeto redutível à pecúnia e passível de transação, a terra para os índios é um

totem horizontal, é um espírito protetor, é um ente, mantendo com ele, o índio, uma relação umbilical, porque ela carrega consigo, a terra indígena, essa noção de atemporalidade, porque nela, para o índio, estão presentes a ancestralidade, a coetaneidade e a posteridade. Quer dizer, é diferente, por isso que a Constituição proíbe a remoção dos índios de suas terras. Só admite a remoção em caráter excepcional por autorização do Congresso Nacional e por modo temporário, porque o índio tem, na sua terra, um vínculo que nós não conseguimos ter com o nosso patrimônio. O patrimônio nosso, uma casa, uma fazenda, uma conta bancária, é material; para o índio, é muito mais do que material, é imaterial, é a alma dele que está ali. A terra é uma alma, é um princípio espiritual. Por isso que a semântica da ocupação e da habitação, são palavras referidas pela Constituição, é uma semântica diferenciada, porque é anímica, é psíquica, não é simplesmente física. Então, sem compreender essa mundividência indígena encampada pela Constituição, fica muito difícil interpretar os textos jurídicos. (Voto do Ministro Ayres Brito na ACO 312/BA. Destacamos)

No mesmo sentido, o Ministro Eros Grau ressaltou, no caso Raposa Serra do Sol, a proteção das terras indígenas contra qualquer ato de esbulho:

As terras indígenas são de propriedade da União, porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui --- propriedade da União --- resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras --- leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete --- são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. (PET 3388/RR)

Todos esses argumentos demonstram a impropriedade de se tratar qualquer tipo de marco temporal em desfavor dos índios, que possuem a proteção da posse exclusiva desde o império, e, em sede constitucional, a partir de 1934. A renovação do reconhecimento nas cartas constitucionais supervenientes está, sempre, a reforçar o regime jurídico das terras indígenas, e não a desconstituí-lo. A interpretação, portanto, de se buscar identificar a terra indígena como apenas aquela ocupada em 5 de outubro de 1988 teria o condão de legitimar um ato de esbulho que feriu, ao tempo de sua prática, a própria ordem constitucional (e também infraconstitucional) então vigente.

Assim, a nulidade sobre tais títulos persiste, especialmente agora, sob a vigência da Constituição de 1988, a mais protetiva e emancipatória. Na linha que se sustenta, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência reiterada no sentido que, por conflitarem com a ordem constitucional, mesmo os títulos anteriores à 1934 seriam nulos:

A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas “nos termos em que a lei determinar”, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem “ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, tomo VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira (Comentários à Constituição Brasileira, 1983, p. 731/732), Paulino Jacques (A Constituição Explicada, 1970, p. 195) e Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, 1970, p. 346).” (MS 20.575, relator Min. Aldir Passarinho, DJ 21.11.86)

Atribuir força desconstitutiva à promulgação da Constituição da República **viola mesmo a exegese literal do seu art. 231, § 6º**, que, ao prever a possibilidade de

indenização pelas benfeitorias de boa-fé, termina por reconhecer a possibilidade de presença de não-indígena, na data de sua promulgação, sem que isso tenha qualquer sentido de desnaturar os **direitos originários** sobre suas terras. Afinal, apenas com um título e com a posse poderia haver benfeitoria de boa-fé a ser indenizada. O marco levaria a incoerência lógica que anula qualquer interpretação minimamente razoável do dispositivo.

Seja qual for a interpretação que a Corte resolva conferir à noção de terras tradicionalmente ocupadas, há que se ter no horizonte que tais áreas são (no mínimo desde 1934, para se considerar apenas o tratamento em sede constitucional) de natureza pública e dotadas de destinação especial (a posse exclusiva dos índios), o que termina por qualificar por ilegítima qualquer titulação em favor de terceiros, pois, como se sabe, tais bens são **imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis**. E são bens públicos da **União**, o que afasta qualquer interesse dos estados. Há tempos, a Suprema Corte vem decidindo nesse sentido, como se extrai do seguinte trecho do voto vencedor do Min. Ilmar Galvão:

“[...] Com efeito, demonstrado, ao revés, que se estava, em 1938, diante de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, já não se poderá aceitar, pacificamente, a solução apontada pelo eminente Relator, ainda que se comungue do entendimento, por ele esposado, de que a norma constitucional não teve o efeito de publicizar áreas já incorporadas ao domínio particular, nem de transferir para a União terras do domínio dos Estados. Pela singela razão de que, nesse caso, as terras em questão nunca teriam saído do domínio da União, havendo nele permanecido, vinculadas que se achavam à satisfação de direitos indígenas, direitos esses reconhecidos desde famoso Alvará de 1º de abril de 1680, como originários, resultantes de uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial. Não poderiam, por isso, ser confundidas com as terras devolutas atribuídas aos Estados pela Constituição de 1891, sendo irrelevante, para tanto, eventual desafetação superveniente, em especial quando operada, como neste caso, por iniciativa não dos próprios índios, mas de outrem, como admitido na impetração. Nessa última hipótese, forçoso é convir, careceria de legitimidade a alienação feita pela unidade federada, inaugurando a cadeia sucessória exibida pelos impetrantes, cuja desconsideração, por parte da FUNAI, estaria justificada não por eventual efeito desconstitutivo que se pudesse atribuir à norma constitucional, mas pela circunstância – nela declarada pelo próprio legislador constituinte, tal a importância por ele emprestada a tema anteriormente relegado a segundo plano – de serem públicas e federais ditas terras, consequentemente **res extra commercium**, insuscetível de alienação pelos governos estaduais ou por particulares.” (STF – MS n. 21.575/MS – Tribunal Pleno - Rel. p/ acórdão Min. ILMAR GALVÃO – DJ 17/06/94, p. 15707).

Ainda que se chegasse à conclusão de que a terra se tornou devoluta¹³ por

13 Tal possibilidade é utilizada apenas *ad argumentandum tantum*, pois, conforme muito bem ressaltou o Min. Gilmar Mendes no seu artigo aqui multicitado, é absolutamente inapropriado tratar as terras indígenas como devolutas, de modo que jamais saíram do domínio da União: “Sob o império de 1891 já não se afigurava pertinente considerar como **devoluta** as terras ocupadas pelos indígenas. Em erudita conferência proferida na antiga Sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios, nos idos de 1902, não podiam ser tratadas como se devolutas fossem. Faz-se mister registrar o seu magistério, **verbis**: (...)”

Aos Estados ficaram as terras devolutas: ora, as terras do indigenato, sendo 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 Dec. De 1854: as terras reservadas para o colonato dos indígenas passaram a ser sujeitas às mesmas regras que as concedidas para o colonato de imigrantes, salvo as cautelas de orphanato em que se acham os índios: as leis estadoaes não tiveram, pois a necessidade de reproduzir as regras dos arts. 72 a 75 do Dec. n. 1318 de 30 de janeiro de 1854’. (...) Evidentemente, **as terras vagas** ou **devolutas** não se confundem as **áreas reservadas**. É o que ensina com proficiência o emérito publicista, **verbis**: ‘Grande importância tinham também as áreas reservadas – **reservas** – que a lei constituía, umas vezes em benefício das populações indígenas para que nelas livremente habitassem e fizessem suas culturas, em geral divagantes, ou criassem seus gados, outra vezes reservas para colonização, para proteção da Natureza – florestais, zoológicas,

abandono **voluntário**, a aferição da legitimidade de qualquer destinação e de eventuais títulos sobre tais áreas deve ser objeto de cautela extrema, especialmente quando a emissão de títulos se deu pelo estado-membro, e não pela União¹⁴, uma vez que é desta o domínio e só ela poderia aliená-las. O título emitido por outra unidade federativa continuaria sendo transação sobre bens de terceiro e, portanto, absolutamente inválido.

Ressalte-se, ainda, que, desde a Constituição de 1891, a legislação (Lei nº 601/1850, Decreto-Lei nº 9.760/46, Lei nº 3.081/56 e Lei nº 6.383/76) contempla o procedimento discriminatório como pressuposto para o reconhecimento do domínio sobre as terras devolutas, do que não se desincumbiu de comprovar o autor.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, revisitou essa história e, pelo voto da lavra da Ministra Carmem Lúcia, reafirmou que os direitos originários sobre as suas terras, garantidos na Constituição de 1988, estão aliados à natureza de terras de domínio da União desde 1680, que jamais foram transferidos aos estados.

*Mas não é possível desconsiderar o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que **as terras ocupadas pelos índios certamente não eram devolutas, não havendo falar, portanto, de sua integração ao patrimônio dos Estados**”*. (ACO 312/BA, Voto da Min. Carmem Lúcia, p. 117) (Grifamos)

No mesmo sentido, o Min. Relator, Eros Grau, demonstra a relação histórica do art. 231 com o Alvará Régio de 1680, sendo decorrência direta do instituto do indigenato:

O que pretendo neste ponto afirmar é que hoje, ao reconhecer aos índios direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o artigo 231 da Constituição do Brasil consubstancia desdobramento normativo do Alvará de 1º de abril de 1680. (ACO 312/BA, Min. Rel. Eros Grau)

É claro, portanto, que os títulos emitidos sobre terras indígenas **são nulos de pleno direito**, seja porque a Constituição assim previu expressamente (art. 231, § 6º, o que também estava disposto de forma expressa na Constituição de 1967), seja porque a própria emissão do título no pretérito violou a Carta (repita-se desde 1934) então vigente, pois deu destinação diversa do comando constitucional. Desse modo, estando o título em confronto com a própria Carta Constitucional, tampouco é razoável se falar em direito adquirido, como afirmou o ilustre Ministro Gilmar Mendes:

Tendo a Constituição declarado a nulidade dos títulos dominiais existentes sobre áreas habitadas por indígenas, nos termos estabelecidos em lei federal, não se há de invocar a proteção Constituição aos direitos adquiridos (CF, art. 153, § 3º) e ao direito de propriedade (CF, art. 153, § 22 e 5º), na espécie.

À evidência, não pode haver direito adquirido à propriedade de terras habitadas por indígenas, em face da regra expressa no art. 198, da Lei Maior. Como se sabe, é de nenhuma valia a invocação do princípio do direito adquirido contra norma constitucional. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência da Excelsa Corte, tal como se vê no voto proferido pelo eminente Min. Moreira Alves, no RE 94.413(...)¹⁵

biomárfitas, formando parques nacionais – ou para exploração pecuária, aproveitamento hidráulico ou fins turísticos”.

14 Na verdade, pouco importaria que fosse a própria União a titular indevidamente tais terras, pois, como soa óbvio dizer, os direitos fundamentais buscam proteger o cidadão inclusive (e especialmente) frente a violações praticadas pelo próprio do Estado. No caso dos índios, como demonstraram as investigações da Comissão Nacional da Verdade e também dos relatos constantes do Relatório Figueiredo, a União, por meio do extinto Serviço de Proteção ao Índio (SPI), foi a maior responsável pelas mais diversas atrocidades em face dos indígenas, incluindo praticas de tortura e remoção forçada de suas terras.

15 Mendes, Gilmar Ferreira. **Terras ocupadas pelos índios**. Revista de direito público n. 86, abril-junho de

De resto, vale notar que o princípio de direito adquirido não subsiste diante de preceito que disciplina a existência ou a extinção de instituto jurídico, visando aos efeitos e ao conteúdo jurídico de determinada situação(...)

Da mesma forma, a regra constante do art. 153, § 22, ou do art. 5º, da CF, não pode emprestar fundamento à pretensão do eventual litigante, porquanto é a própria Lei Maior que consagra a insubsistência de qualquer **título de propriedade** sobre as áreas de posse permanente dos silvícolas (CF, art. 4º, IV, e 198). Tenha-se presente que as regras constantes dos arts. 198 e 4º, IV, da Lei Maior, contêm, em verdade, uma declaração de extinção da propriedade em terras habitadas em caráter permanente pelos silvícolas. Não há, pois, como afastar a incidência imediata e geral, com a alegação adquirido ou de situação jurídica consolidada.¹⁶

Para conclusão deste tópico, pedimos vênia para tomar de empréstimo as conclusões do ilustre Ministro Gilmar Mendes de seu artigo, que muito bem definem o regime das terras públicas destinadas ao usufruto exclusivo dos índios:

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

Esse foi o entendimento adotado pela Excelsa Corte no julgamento da ACO 323/MG, em que foi declarada a nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena, da qual os índios foram removidos para a "Fazenda Guarani". Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, a partir do voto condutor do Min. Rel. Francisco Rezek, definiu que o marco a ser considerado na oportunidade era o de 1934, **verbis**:

Esta circunstância material comprovada por perícia culminou por ver-se chancelada pelo direito constitucional superveniente – de 1934 em diante – a consagrar a posse indígena e o domínio da União, nos termos do que estabeleceram, pela ordem cronológica, "o art. 12, 1º, da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras);

1988, p. 120.

16 Ibidem., p. 125.

os artigos 72, 73 e 75 do decreto nº 1.318, de 1854; o art. 83 da Constituição de 1891; o art. 1º do Decreto nº 5.462, de 10 de dezembro de 1920 do Estado pública lavrada de Minas Gerais; a escritura de Imóveis em 15 de dezembro de 1920 e levada ao Registro de Imóveis em 23 de maio de 1939; o art. 10, §§ 1º e 2º do Decreto-Lei nº 5.484, de 1928; o art. 129 da Constituição 1934; o art. 154 da Constituição de 1937; o art. 216 da Constituição de 1946; o art. 189 da Constituição de 1967: os artigos 40 IV, e 198 e §§, da Emenda Constitucional nº 1º, de 1969; os artigos 22, parágrafo único, 25 e 62, § 1º, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio).

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

No mesmo sentido, não sendo as terras tradicionalmente ocupadas de destinação exclusiva à posse dos índios e de propriedade, melhor sorte não socorre o pleito do Estado do Mato Grosso, pois tais terras **são de propriedade da União**, não cabendo se falar, *in casu*, **em desapropriação indireta**.

Além disso, recentemente, no último dia 16 de agosto, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou, conjuntamente, as Ações Cíveis Originárias (ACOs) 362 e 366, nas quais o Estado do Mato Grosso requeria indenização por desapropriação indireta em ações ajuizadas, em situação muito similar ao do presente caso.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, nos votos proferidos nas ACOs 362 e 366, destacou a existência fraude de títulos de terras públicas no Estado de Mato Grosso, o qual já foi objeto de exame da ACO 79¹⁷, ajuizada pela União em face de inúmeras empresas ditas “colonizadoras”, tendo o Pleno do STF entendido, conforme acórdão publicado em 3 de junho de 2013, que “diversas terras haviam sido concedidas ao arrepio da Constituição Federal, não apenas ante a larga extensão, mas também por serem, muitas delas, áreas que contavam com histórica presença indígena.”

No mais, ratificou todos os argumentos trazidos na presente Nota Técnica, julgando improcedente o pleito do Estado do Mato Grosso.

2.3. Da natureza constitucional da posse e das múltiplas formas de esbulho e resistência

Sem prejuízo de todas as considerações já expostas, que demonstram cabalmente a continuidade no tratamento da proteção constitucional desde 1934, o que encontra forte ressonância na jurisprudência do Supremo, uma premissa fundamental ainda deve ser estabelecida: assim como o processo de definição e identificação das terras indígenas é essencialmente endógeno e intraétnico, de modo a estabelecer a posse indígena conforme sua cosmovisão própria, o esbulho, caso se mostre necessário, também deve ser assim aferido.

A Constituição de 1988 garantiu e reconheceu a pluralidade dos modos de viver, fazer e criar, não só dos indígenas (art. 231, § 1º), mas também de outros grupos minoritários (art. 216, II). Dessa forma, embora não se conceba que um ato de esbulho em face de terras indígenas possa se converter em direito em favor esbulhador, caso essa Corte

17 Naquela oportunidade, o Ministro Marco Aurélio de Mello assim se manifestou: “Em várias passagens dos autos – leio o parecer da Procuradoria-Geral da República, e talvez por isso mesmo existam na área os conflitos que temos e que ainda vamos resolver –, está comprovado que houve concessões de terras de tribos indígenas daquela região. Terras indígenas que seriam não da titularidade do Estado, que seriam da titularidade – como todos sabemos – da União.”

Suprema insista em considerar a noção de esbulho renitente, ela necessariamente deve se pautar pela diversidade cultural e pelas características do próprio grupo, o que igualmente exigirá prévio estudo antropológico. E tal premissa é válida para o processo demarcatório e também para o processo judicial em que a matéria seja discutida, sob pena de se impor um modelo etnocêntrico de discussão, em que somente os modos de resistência do grupo dominante são considerados.

No caso Raposa Serra do Sol, o Min. Ayres Brito reconheceu que o renitente esbulho não se dá exclusivamente por eventual conflito de natureza possessória, mas pela **resistência** e pela **afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo**. Ou seja, o vínculo com a terra cessado, o que se extrai a partir da própria dinâmica relacional do grupo indígena envolvido, há que se reconhecer a presença do esbulho renitente.

A própria noção de posse e esbulho aqui deve ser revisitada a partir da Constituição, de modo a reconhecer a pluralidade dos modos de vida dos grupos envolvidos. A Convenção 169 da OIT também assim exige:

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

Conforme bem ressalta Deborah Duprat, recorrendo a James Scott:

De resto, há povos indígenas para os quais o conflito e a violência são muito penosos, às vezes até insuportáveis. Aliás, James Scott chama atenção de que, para a maioria dos grupos historicamente subordinados, as pequenas guerrilhas silenciosas, travadas em seu cotidiano, costumam ter um impacto bem maior do que rebeliões, revoltas e levantes de larga escala. Ele tem em mente armas comuns, tais como, o “corpo mole”, a dissimulação, a submissão falsa, as sabotagens, os saques, os incêndios premeditados, a ignorância fingida, a fofoca, etc.¹⁸

No Supremo Tribunal Federal, a necessidade de se ter em conta o grupo e a forma peculiar de ocupação e de esbulho foi muito bem expressada em recentíssima decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli:

A documentação constante dos autos, portanto, parece indicar que para a identificação da tradicionalidade da ocupação Guaraní há que se considerar que a dinâmica relacional desse grupo indígena com a TI Jaraguá não se dá apenas pela sua efetiva presença no local quando do advento da Constituição, mas sobretudo pela sua relação simbólica com a terra, da qual o grupo indígena muitas vezes se afastou pela presença dos colonizadores, sem contudo perder o vínculo com o que chama de mundo original.¹⁹

Em linha idêntica ao posicionamento do eminente Ministro Dias Toffoli, a Corte Interamericana, no caso da Comunidade Indígena Sawahoyamaxa Vs Paraguai²⁰, já

18 Duprat, Deborah. O **marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde**. Pgs. 38-39.

19 STF - MS 33821/DF (Dje 28/10/2016, publicação em 03/11/2016). Voto no mesmo sentido foi proferido também no MS 32.709 (Dje 19/02/2014, publicação em 20/02/2014)

20 “131. (...)la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca, recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier outro elemento característico de su cultura.. 132. considerase, además,

decidiu que, tendo em vista a natureza única de relação que os índios desenvolvem com suas terras, persiste o direito de reaver seus territórios enquanto permanecerem os laços espirituais e culturais do grupo.

Assim, *ad argumentandum tantum*, caso seja afirmado qualquer tipo de marco temporal, é absolutamente necessário que a definição de posse e esbulho leve em conta a natureza constitucional (e não civil) do institutos, albergando todos os tipos de vínculo com a posse, o que se define a partir de laudo antropológico que leve em conta os costumes, as tradições e os modos de vida do grupo envolvido.

3) Conclusão

Em conclusão, espera-se da Corte Constitucional, guardiã última da dignidade da pessoa humana e dos direitos das minorias, a reafirmação da proteção dos direitos fundamentais originários dos índios sobre suas terras, afastando a pretensão indenizatória, dada a natureza de bem público federal da área sob litígio.

É a Nota.

Brasília, de

de 2018.

Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral da República
Coordenador da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Antônio Carlos Alpino Bigonha

Subprocurador-Geral da República
Membro da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Rogério de Paiva Navarro

Subprocurador-Geral da República
Membro da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Felício Pontes Jr.

Procurador Regional da República
Membro da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Eliana Peres Torelly de Carvalho

Procuradora Regional da República
Membro da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

João Akira Omoto

Procurador Regional da República
Membro da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Gustavo Kenner Alcântara

Procurador da República
Secretário Executivo da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

Márcia Brandão Zollinger

Procuradora da República
Coordenadora do Grupo de Trabalho Demarcação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão

que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia em las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan. 133. Como se desprende del capítulo de Hechos Probados del presente fallo (supra párr. 73.70), los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya, a pesar de que han perdido la posesión y tienen prohibido ingresar a las tierras en reivindicación, continúan realizando actividades tradicionales en ellas y aún consideran dichas tierras como propias”