

PARECER

Terras Indígenas, “marco temporal”, indenização e “compensação de terras”: análise crítica do voto do Ministro Alexandre de Moraes no RE nº 1.017.365

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. A Consulta. 1.2. Resumo das teses do parecer. 2. A proteção constitucional do direito às terras indígenas. 2.1. Regime constitucional das terras indígenas, identidade étnica, meio ambiente e emergência climática. 2.2. O direito às terras indígenas como direito fundamental: caráter contramajoritário, interpretação expansiva, vedação à proteção deficiente e proibição do retrocesso social. 3. Segurança jurídica sem seletividade: ato jurídico (im)perfeito e proteção da confiança legítima. 3.1. Segurança jurídica para todos – inclusive indígenas. 3.2. Não há ato jurídico perfeito se ele viola a ordem jurídica vigente no momento da sua prática. 3.3. Proteção da confiança legítima: análise sempre casuística. 4. A possível indenização devida pelo Poder Público. 4.1. Impossibilidade do pagamento de indenização prévia do valor da terra nua na demarcação: o texto constitucional como limite do intérprete. A alternativa da reparação de danos por violação da confiança legítima. 4.2. Eventual indenização aos particulares não pode ser prévia. Efetividade do direito dos povos indígenas às suas terras, duração razoável do processo, dever constitucional de celeridade nas demarcações. Prioridade invertida na proposta de tese. 5. Descabimento da compensação aos indígenas pela concessão de “terras equivalentes”. 6. Resposta aos quesitos.

1. Introdução

1.1. A Consulta

Consulta-me a Comissão Arns, por intermédio da professora Manuela Carneiro da Cunha e do professor Oscar Vilhena Vieira, acerca da proposta de tese formulada pelo Min. Alexandre de Moraes no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, em que se discute o Tema de Repercussão Geral nº 1.031: *“Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.”*

Narra a Consulente que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet. nº 3.388), estabeleceu condicionante para a demarcação de terras indígenas, consistente no chamado “marco temporal” da ocupação: para fazerem jus ao direito às terras tradicionais, os indígenas deveriam estar ocupando a área a ser demarcada na data da promulgação da Constituição de 88. Conforme consta na ementa do acórdão, “[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 tradicionalmente ocupam”.¹ No citado julgamento, afirmou-se ainda que a exigência da ocupação na data da promulgação da Constituição não seria aplicável no caso de “renitente esbulho” da área por não indígenas: *“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”*.

Afirma a Consulente que decisão posterior da Segunda Turma do STF, ao aplicar o conceito de renitente esbulho, estabeleceu que, para a sua caracterização, dever-se-ia comprovar a persistência de efetivo conflito possessório sobre as terras, por ocasião da promulgação da Carta de 88. Tal conflito poderia ser evidenciado pelas circunstâncias de fato da época, ou por ação judicial que já tramitasse naquela data: *“Renitente esbulho não pode ser confundido com a ocupação passada ou desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para configuração do esbulho, situação de efetivo conflito possessório*

¹ STF. Pet nº 3.388, Tribunal Pleno, Min. Carlos Britto, DJe 01/07/2010.

*que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato, ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”.*²

Diz a Consulente que o decidido no julgamento do caso Raposa Serra do Sol – seja sobre a tese do marco temporal, seja sobre as dezenove condicionantes – não gerou eficácia contra todos, nem efeitos vinculantes, como decidiu a própria Corte, em sede de embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido naquele processo.³

Nesse cenário, foi interposto o RE nº 1.017.365, “*em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina*”. O tema de fundo do processo envolve diretamente o requisito do marco temporal, uma vez que os indígenas afetados, integrantes do povo Xokleng, foram violentamente expulsos da área em discussão antes da promulgação da Constituição de 88, e não a ocupavam naquela data. Foi reconhecida a repercussão geral do referido Recurso Extraordinário, por acórdão unânime do Supremo Tribunal Federal,⁴ que, assim, terá a oportunidade de equacionar a controvérsia relativa à aplicação do marco temporal, em decisão revestida de eficácia para todos.

Informa a Consulente que o RE nº 1.017.365 começou a ser julgado pelo Plenário Virtual do STF, ocasião em que o relator, Min. Edson Fachin, apresentou denso voto no sentido da inaplicabilidade do marco temporal para demarcação de terras indígenas. No seu voto, também se afirmou que a proteção dos direitos territoriais das populações indígenas independe da configuração de renitente esbulho. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho da tese de repercussão geral proposta pelo Min. Edson Fachin:

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

² STF. ARE nº 803.462-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 11/02/2015.

³ STF. Pet nº 3.388-ED, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 04/02/2014.

⁴ STF. RE nº 1.017.365-RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 11/04/2019.

outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;

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

No referido voto, o Min. Edson Fachin afastou a possibilidade de pagamento, pela União Federal, de indenização aos não indígenas, pela perda da propriedade ou posse – afora as benfeitorias feitas de boa-fé –, tendo em vista o texto constitucional, o caráter originário do direito territorial dos indígenas, bem como a nulidade dos títulos dominiais incidentes sobre as suas terras. Contudo, o voto deixou em aberto a possibilidade de pagamento de indenização por ato ilícito, de quem tenha sido prejudicado por venda a *non domino* de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas. É ver-se:

“Outro aspecto referente ao dispositivo em comento, e que decorre da nulidade dos títulos dominiais, é a impossibilidade de se pleitear indenização em face da União, em razão da nulidade ou da extinção do título proprietário ou possessório, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

A possibilidade de indenização por ato ilícito na venda de terras a non domino, em ação própria de natureza eminentemente reparatória, é questão a ser amadurecida pela doutrina e pela jurisprudência, mas não aparenta colidir, em meu sentir, com a vedação da concessão de indenização pelo fato de encontrar-se inserida em área indígena. No entanto, em hipótese alguma pode haver impedimento à finalização da demarcação administrativa, com a extrusão dos particulares da terra demarcada sem qualquer direito de retenção pela terra nua, ou prejudicar o exercício dos direitos possessórios das comunidades indígenas com fundamento no artigo 231 do texto constitucional.”

O julgamento virtual do RE nº 1.017.365 foi interrompido por pedido de destaque do Min. Alexandre de Moraes. Com a retomada presencial do julgamento, o Min. Nunes Marques apresentou voto – não divulgado ao público – em sentido oposto ao do Min. Edson Fachin, sustentando a validade do requisito do marco temporal para demarcação de terras indígenas.

Aberta a divergência, o Min. Alexandre de Moraes pediu vista do processo. Ao devolvê-lo para continuidade do julgamento presencial, S. Exa. proferiu voto em que propôs tese de repercussão geral alternativa às duas correntes então em disputa. De acordo

com o voto – cujo inteiro teor também não foi divulgado ao público –, a proteção dos direitos originários dos povos indígenas sobre as suas terras não depende do marco temporal ou da configuração de renitente esbulho. Contudo, quando tais hipóteses não estiverem caracterizadas, deve haver proteção à segurança jurídica dos ocupantes não indígenas, com o respeito aos atos e negócios jurídicos que tenham praticado, incidentes sobre as áreas em questão. Por isso, a **União Federal** deve pagar a eles **indenização prévia**, não apenas das benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé, como também do valor da própria **terra nua, em dinheiro ou em títulos da dívida agrária**. Outra alternativa nesse caso seria, quando **presente o interesse público na manutenção de situação consolidada, a concessão aos indígenas, pela União Federal, de outras terras equivalentes**, com o objetivo de manter a **paz social**, e desde que **com a concordância da comunidade originária afetada**. Confira-se os seguintes trechos da sua proposta para a tese de repercussão geral:

“III – a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, ou da configuração do remitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente a data da promulgação da Constituição.

IV – inexistindo a presença do marco temporal (CF/88) ou de remitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente a data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada, que tem a ver por objeto a posse, o domínio ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, ou exploração das riquezas, dos solos, rios e lagos nela existentes. Assistindo ao particular direito a indenização prévia em face da União, em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, tanto em relação a terra nua quanto as benfeitorias necessárias e úteis realizadas.

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

Após a apresentação desse voto, o Min. André Mendonça pediu nova vista dos autos, comprometendo-se a devolvê-los para julgamento com presteza, diante da iminente aposentadora da Min. Rosa Weber e do prazo de 90 dias estabelecido no Regimento Interno do STF (art. 134, redação dada pela Emenda Regimental nº 58/2022).

Afirma a Consulente que entidades representativas dos povos indígenas já se manifestaram contrariamente à tese de repercussão geral proposta pelo Min. Alexandre de Moraes. Nessa linha, em nota oficial, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, entidade nacional de representação dos povos indígenas do país, registrou:

“3. Num primeiro momento, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou um posicionamento contrário à tese do ‘marco temporal’. Porém, em seguida, ele apresenta uma proposta ‘alternativa’, com objetivo de realizar uma ‘conciliação’, que na prática, diminui a proteção constitucional do Direito Originário dos Povos Indígenas sobre suas Terras de ocupação Tradicional. A tese arguida pelo Ministro Alexandre de Moraes pode garantir os direitos dos produtores rurais e invasores de boa fé. Em outras palavras, na mesma ocasião em que o Ministro Alexandre de Moraes se diz contrário ao ‘marco temporal’, ele apresenta dois impedimentos, que irão dificultar muito a demarcação das Terras Indígenas, não solvendo o passivo histórico das demarcações de terras, muito menos trazendo paz social no campo.

[...]

3.2.1. Ora, essa proposta desconsidera por completo os Direitos Territoriais Indígena estabelecido na Constituição Federal, assim como a relação dos Povos Indígenas com as suas Terras Originárias, que são indispensáveis para a própria manutenção de seus costumes, línguas, tradições, identidades e à conservação dos seus modos de vida. Em outras palavras, a própria sobrevivência das comunidades indígenas está intimamente vinculada ao seu território de origem, de modo que se trata de uma relação espiritual, não tendo nada a ver com a mera aquisição do direito de usar a Terra.

[...]

6. Por fim, conclui-se que a proposta do Ministro Alexandre de Moraes prejudica a proteção do Direito Constitucional Indígena. Além do mais, coloca sob os Povos Indígenas o peso de suportar os erros históricos cometidos pelo próprio estado brasileiro, na medida em que a garantia dos Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas sob suas Terras de ocupação Tradicional passarão a depender da existência de recursos financeiros por parte do estado brasileiro.

6.1. Se prevalecer a proposta feita pelo Ministro Alexandre de Moraes, os Povos Indígenas ‘ganham, mas não levam’. Ou, na linguagem popular, trata-se de ‘passar gato por lebre’, vez que ao mesmo tempo em que o Ministro Alexandre de Moraes se diz contrário ao ‘marco temporal’, ele apresenta impedimentos, que irão dificultar muito a demarcação das Terras Indígenas.”

Diante desse contexto, a Consulente formulou os seguintes quesitos:

a) O item IV da proposta de tese de repercussão geral formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 é compatível com a Constituição de 1988?

b) Pode-se cogitar do pagamento de alguma indenização aos ocupantes não indígenas de terras indígenas em que não estejam caracterizados os requisitos do marco temporal ou do renitente esbulho? No caso de resposta afirmativa, quais os fundamentos para esse pagamento, e como ele poderia ocorrer, sem afronta à Constituição Federal?

c) O item V da proposta de tese de repercussão geral formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365 é compatível com a Constituição de 1988?

d) Caso seja reconhecido algum direito à indenização aos ocupantes de boa-fé não indígenas, tal direito poderia afetar as demarcações de terras indígenas já concluídas?

1.2. Resumo das teses do parecer

Cabe adiantar, muito brevemente, a compreensão externada no parecer, de que o voto do Min. Alexandre de Moraes trouxe à baila uma preocupação legítima com a proteção da segurança jurídica dos não indígenas que, de boa-fé, tenham sido atraídos pelo Poder Público para áreas tradicionalmente ocupadas por povos originários, e nelas estejam vivendo por muitas décadas, às vezes por sucessivas gerações. Contudo, as soluções propostas no voto são inadequadas e incompatíveis com a Constituição, gerando graves danos aos direitos dos povos indígenas, à própria segurança jurídica e à proteção do meio ambiente.

Com efeito, a indenização da terra nua na demarcação foi expressamente vedada pelo poder constituinte, em regra clara e inequívoca (art. 231, § 6º, CF). O seu pagamento prévio às demarcações tornaria o gozo dos direitos territoriais dos indígenas dependente de gastos vultosos, em ambiente de escassez de recursos. Isso geraria enormes atrasos, quando não a inviabilização de demarcações, e nessa matéria o Estado brasileiro já se encontra em gravíssima mora (art. 67 ADCT). O suposto caráter prévio da indenização

exprime uma inversão de valores constitucionais: primeiro, protege-se o direito do branco, com o pagamento de indenização cabal pela perda dos seus interesses patrimoniais; só depois se busca garantir os direitos territoriais dos indígenas, que têm natureza existencial, pois indissociáveis da sua identidade.

Tal sistema, além de afetar severamente os povos indígenas, prejudicaria também o meio ambiente, em cenário de emergência climática, já que os povos originários são os verdadeiros guardiões das florestas. Ademais, a inovação sugerida, se acatada, geraria o risco de anulação de demarcações anteriores em que não houve o pagamento da referida indenização, comprometendo a segurança jurídica.

Contudo, existe a possibilidade de pagamento de indenização ao particular, caso configurados os pressupostos de incidência do princípio da proteção da confiança legítima. Tal princípio incide quando o Estado, em ato ilegal, mas com aparência de bom direito, cria uma expectativa para o particular, que, de boa-fé, atua com base nessa expectativa. Porém, a expectativa é posteriormente frustrada pelo Poder Público. Essa indenização, contudo, não será prévia à demarcação, não obstando o pleno e imediato gozo do direito à terra pela comunidade indígena. Ela será devida pelo ente público que, de modo irregular, tenha criado, por ações e omissões, a expectativa no particular. Esse ente público nem sempre é a União. O cabimento da indenização deverá ser aferido caso a caso, em ação judicial ou processo administrativo próprio, e não no âmbito do procedimento demarcatório.

Já a compensação, com troca de terras por outras “equivalentes”, além de também proibida pela Constituição (art. 231, § 5º), não se sustenta, diante da natureza espiritual da relação dos indígenas com o seu território tradicional, o que torna a respectiva área absolutamente infungível. Ademais, diante da sua absoluta vagueza e fluidez, os critérios do “interesse público” e da “paz social”, empregados no voto, não são suficientes para assegurar a mínima proteção aos direitos indígenas, inclusive porque podem ser manejados, no futuro, por autoridades que não tenham qualquer compromisso com tais direitos – e a história do país, inclusive a recente, evidencia que esse risco não pode ser menosprezado. A exigência de concordância do grupo afetado tampouco afasta os problemas dessa solução, seja porque os direitos territoriais indígenas são indisponíveis (art. 231, §

4º), seja porque, em cenário de graves dificuldades, as comunidades poderiam ver-se praticamente forçadas a aceitar a troca, para terem acesso a alguma terra – mesmo uma que não corresponda à sua identidade étnica.

Esses pontos e objeções serão expostos com maior profundidade ao longo do parecer. Inicialmente, serão firmados os pressupostos teóricos sobre os dois temas centrais suscitados pelo voto do Min. Alexandre de Moraes: proteção constitucional das terras indígenas e garantia da segurança jurídica. Esses temas serão abordados de forma instrumental, nos limites do que interessa ao parecer. Em seguida, serão examinadas separadamente cada uma das inovações sugeridas pela proposta de tese apresentada. Ao final, os quesitos formulados serão devidamente respondidos.

Antes disso, porém, cabe uma rápida nota: ao longo de séculos, os indígenas brasileiros vêm sendo violentados, oprimidos, expulsos de suas terras. Lamentavelmente, esses processos persistem até hoje, apesar do que dispõe a Constituição de 88. Nesse cenário, é eloquente que o tema em debate não seja a indenização devida pelo Estado aos indígenas, por tantas e tão graves violações de seus direitos fundamentais, ou pela inadmissível demora nas demarcações das suas terras, mas aquela devida aos brancos, que indevidamente ocuparam os seus territórios tradicionais.

2. A proteção constitucional do direito às terras indígenas

2.1. Regime constitucional das terras indígenas, identidade étnica, meio ambiente e emergência climática

A Constituição de 88 conferiu robusta proteção aos direitos dos povos indígenas. Embora a Assembleia Constituinte de 1987/88 não tenha contado com nenhum representante indígena, os povos originários brasileiros se fizeram presentes naquela arena política,⁵ e contribuíram para a promulgação de um texto razoavelmente avançado na matéria. Dois pontos sobressaem nesse tratamento constitucional. Eles são interrelacionados, mas, para fins didáticos, é possível descrevê-los separadamente.

⁵ Cf. Carolina Ribeiro Santana e Thiago Mota Cardoso. Os direitos territoriais indígenas à sombra do passado. *Revista Direito e Práxis*, vol. 11, n° 01, 2020, p. 89-116.

Em primeiro lugar, a Carta de 88 abandonou a perspectiva assimilacionista até então vigente – fortemente impregnada pelo colonialismo e pelo racismo –, que concebia os povos indígenas como coletividades em estágios inferiores de civilização, que deveriam com o tempo se “integrar à comunhão nacional”. Enquanto isso não ocorresse, com a plena absorção dos indígenas pela sociedade capitalista, o Estado deveria lhes garantir alguns direitos transitórios, exercendo sobre eles uma tutela paternalista.⁶

A visão da Carta de 88 é radicalmente diferente. Ela não repetiu, por exemplo, o dispositivo que previa a *“incorporação do índio à comunhão nacional”*, que constara em todos os textos constitucionais republicanos anteriores (salvo o de 1937). Partindo do reconhecimento e da valorização do pluralismo étnico e cultural brasileiro, a Constituição busca não apenas assegurar direitos fundamentais aos povos indígenas, como também empoderar essas comunidades étnicas, tratando-as como sujeitos da sua própria história, e portadoras de contribuições extremamente relevantes para a sociedade brasileira. A Constituição se abre à interculturalidade, com a valorização da diversidade e da diferença.⁷ Nessa linha, ela assegura o direito dos povos indígenas a manter a sua *“organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”* (art. 231, *caput*, CF/88), e reconhece a sua legitimidade ativa para defender em juízo os seus direitos e interesses (art. 232, CF/88). O ponto foi destacado pelo Ministro Edson Fachin, em seu voto no RE nº 1.017.365: *“a Constituição de 1988 rompe com um paradigma assimilacionista, que pretendia a progressiva integração do índio à sociedade nacional – e branca – a fim de que deixasse paulatinamente a condição indígena, para um paradigma de reconhecimento e incentivo ao pluralismo sociocultural e ao direito de existir como indígena”*.

Essa mudança de perspectiva se alinha ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, que também abandonou o assimilacionismo, pelo menos a partir da Convenção 169

⁶ Nesse sentido, destacou Manuela Carneiro da Cunha: *“Instalou-se no senso comum a ideia de que os índios gozam de privilégios (e não de direitos) porque e enquanto – não chegaram (ainda) à civilização. Até lá, outorga-se-lhes uma proteção paternalista, que concede ou reprime conforme as circunstâncias, mas que tenta se substituir à vontade dos índios, a quem não ouve, ou, se ouve, não respeita. (...) Dentro destas premissas, a tutela passa, portanto, a ser o instrumento da missão civilizadora, uma proteção concedida a estas ‘grandes crianças’, até que elas cresçam e venham a ser ‘como nós’*”. (Três peças de circunstância sobre direitos do índio. In: *Cultura com Aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009, p. 254 e 256)

⁷ Veja-se, a propósito, Júlio José Araújo Junior. *Direitos Territoriais Indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018; Cristina Melo. *Terras Indígenas: Identidade, reconhecimento e marco temporal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2018; e Luiz Henrique Eloy Terena. *Vakápanavo: O despertar do povo terena para os seus direitos*. Rio de Janeiro: Editora E-papers, 2020.

da OIT, que revogou a Convenção 107 da OIT – a qual também padecia do mesmo vício.⁸ A visão contemporânea sobre o tema, presente tanto na Convenção nº 169 da OIT como na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, nega qualquer hierarquia entre a cultura ocidental e as indígenas, e afirma a autonomia dos povos originários não só para viver de acordo com as suas tradições, como também para tomar decisões sobre o seu próprio destino coletivo.

Em segundo lugar, a Constituição protegeu fortemente os direitos dos povos indígenas às suas terras. Porém, o reconhecimento desse direito – diferentemente do que ocorre em relação à adoção de perspectiva aberta à interculturalidade – não caracteriza novidade no Brasil, muito pelo contrário.⁹

O Alvará Régio de 1680, do Brasil Colônia, já afirmava que os indígenas eram os “*primeiros e naturais*” senhores das terras que ocupavam. A Lei Pombalina, de 1755, foi na mesma direção, inclusive proibindo a concessão de sesmarias em terras indígenas. No período do Império, a Lei de Terras, de 1850, também preservou a propriedade indígena sobre as áreas ocupadas, impedindo a sua caracterização como terras devolutas. Com a Carta de 1934, o direito dos indígenas às suas terras foi consagrado em sede constitucional (art. 129), o que também ocorreu em todas as constituições subsequentes: 1937 (art. 129); 1946 (art. 154); 1967 (art. 186); Emenda nº1/1969 (art. 198). Tudo isso comprova, como bem demonstra o erudito voto do Min. Edson Fachin, que, até sob a perspectiva histórica do “direito do branco”, não faz nenhum sentido tratar a data da promulgação da Constituição de 88 como marco temporal, para limitar a garantia do direito às terras indígenas.

Na sequência das cartas anteriores, a Constituição de 1988 garantiu aos indígenas os “*direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*” (art. 231, *caput*), atribuindo à União o dever de “*demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens*”. Embora a propriedade dessas terras seja da União Federal (art. 20, XI, CF/88), cabe aos povos indígenas não só a sua “*posse permanente*”, como também o “*usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes*” (art. 231, § 2º, CF/88).

⁸ Cf., e.g., James S. Anaya. *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Trotta, 2005.

⁹ Sobre a história dessa proteção no Brasil, veja-se Manuela Carneiro da Cunha. Terra indígenas: história da doutrina e da legislação. In: Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa (org.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. São Paulo: Ed. Unesp, 2018, p. 281-317.

Ao aludir às terras indígenas como *direito originário*, que a Constituição apenas *reconhece*, o constituinte abraçou claramente a teoria do *indigenato*, segundo a qual o direito a essas terras antecede e se sobrepõe a todos os demais que possam recair sobre a mesma área.¹⁰ A teoria do *indigenato*, exposta por João Mendes Junior em célebres conferências proferidas em 1902, é de que o direito dos indígenas às terras tradicionais é congênito, anterior às normas jurídicas estatais, que apenas o reconhecem, sem criá-lo. Nas suas palavras, “*as terras de índios, 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, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, há um título imediato de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há o domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado*”.¹¹

A consequência do caráter originário do direito territorial dos indígenas foi expressamente contemplada no art. 231, § 6º, da Constituição, que estabeleceu a nulidade e a extinção “*dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse*” de terras indígenas, assim como dos referentes à “*exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes*”. O preceito previu ainda – e o ponto é essencial para o tema do parecer – que a nulidade e extinção não geram “*direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé*”. Essa decorrência inarredável do *indigenato* também tinha sido expressamente prevista na Carta de 1969 (art. 198, §§ 1º e 2º), figurando ainda no Estatuto do Índio (art. 62).

O constituinte adotou compreensão adequada sobre a extensão do direito dos indígenas às suas terras, afastando-se do modelo civilista da posse, que poderia ter implicações negativas sobre a extensão das áreas protegidas. É o que claramente se percebe da definição constante do art. 231, § 1º, da Constituição: “*São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis para a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física*

¹⁰ Cf., e.g., José Afonso da Silva. Parecer. In: Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa (org.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. Op. cit., p. 21.

¹¹ João Mendes Junior. Os indígenas no Brasil, seus direitos individuais e políticos. In: Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa (org.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa*. Op. cit., p. 350.

e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. Como salientou Deborah Duprat, a terra indígena “*não é apenas o local de habitação; é a soma dos espaços de habitação, de atividade produtiva, de preservação ambiental e daqueles necessários à reprodução física e cultural do grupo*”.¹²

As terras indígenas não são bens que possam circular livremente no mercado. Nos termos da Constituição, elas são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis (art. 231, § 4º, CF/88). A Constituição afetou essas terras a uma finalidade específica, de máxima relevância, que é a reprodução física, econômica e cultural dos povos indígenas, de acordo com os seus costumes e tradições.

Por outro lado, a Constituição vedou a remoção dos indígenas de suas terras, salvo nas hipóteses taxativas que ela mesmo arrolou, e sempre de forma temporária: “*É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco*” (art. 231, § 5º).

Finalmente, o constituinte quis conferir a necessária celeridade às demarcações de terras indígenas, como se infere do disposto no art. 67 do ADCT, segundo o qual “*a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição*”. Como decidiu o STF, a Lei Maior não impôs um prazo preclusivo ou decadencial para a União, depois do qual as demarcações estivessem vedadas.¹³

Pelo contrário, o objetivo foi impor, em norma de caráter programático, maior presteza à garantia do direito fundamental mais importante para os indígenas, resgatando uma dívida histórica da Nação brasileira com os seus povos originários. Afinal, ao longo do tempo – da “descoberta” do país pelos portugueses em 1500 até o presente –, os direitos

¹² Deborah Duprat. O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde. In: Manuela Carneiro da Cunha e Samuel Barbosa (org.). *Direitos dos Povos Indígenas em Disputa. Op. cit.*, p. 55.

¹³ STF. MS nº 24.566, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 28/05/2004: “*TERRAS INDÍGENAS - DEMARCAÇÃO. O prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável*”. STF. RMS nº 26.212, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19/05/2011: “*Esta Corte possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67 do ADCT não é decadencial, mas que se trata de um prazo programático para conclusão das demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável*”.

territoriais dos indígenas têm sido sistematicamente violados e desrespeitados pelo Estado e pela sociedade, e a demarcação se afigura essencial para protegê-los. Assim, é indispensável fazê-lo em prazo razoável.

Prazo quinquenal da mesma natureza já tinha sido imposto em 1973 pelo Estatuto do Índio, sem qualquer efetividade. Atualmente, passados quase 35 anos da promulgação da Constituição de 88, o comando constitucional ainda está longe de ser integralmente cumprido. E o ponto é extremamente importante para os fins deste parecer, uma vez que a proposta de tese formulada pelo Min. Alexandre de Moraes tenderia a retardar – e muito – as demarcações ainda pendentes, afastando a realidade ainda mais da vontade constitucional. O tema será retomado mais adiante.

Essa proteção robusta ao direito às terras indígenas partiu da correta premissa de que, para os povos originários, o território tem uma importância ímpar, sendo muito mais do que um bem patrimonial. A terra é o *habitat*, com o qual as comunidades, e cada um dos seus integrantes, mantêm profundo vínculo espiritual. É o ambiente em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes. É também o espaço em que gozam de autonomia para fazer as suas escolhas comunitárias, tomadas de acordo com as suas formas de organização política e societária. A garantia do direito ao território é, portanto, condição *sine qua non* para a proteção de todos os demais direitos dos povos indígenas, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como indígena.¹⁴ Como ressaltou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, “*a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental das suas culturas, da sua vida espiritual, da sua integridade e de sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo para as gerações futuras*”.¹⁵

Essa compreensão se evidencia nas lutas do movimento indígena, que sempre atribuiu absoluta centralidade à defesa do seu território como um direito que precede a todos

¹⁴ Nesta linha, José Afonso da Silva: “*A questão da terra transformara-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois para eles ela tem um valor de sobrevivência física e cultural*” (Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 866).

¹⁵ CIDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini vs. Nicaragua*. Sentença de 31 de agosto de 2001.

os demais, já que possibilita que os povos indígenas mantenham a sua identidade. É o que se percebe em fala de Sonia Guajajara, atual Ministra dos Povos Indígenas:

“Para nós, território [...] é o universo, onde estão todas as coisas que garantem a nossa sobrevivência, o exercício do nosso modo de vida no sentido cultural, político e a relação íntima com a natureza e meio ambiente. Não é terra, lote ou bem que se quer para vender. É espaço onde se tem relação muito íntima com a água, o sol, a lua, as estações, as árvores. É todo esse conjunto. Não tem como falar em território se não se tem todo esse conjunto livre. A gente sempre diz que índio sem território deixa de existir. Sem território não temos como manter viva a nossa identidade. É a partir disso que a gente consegue nos reafirmar e nos manter como povos indígenas.”¹⁶

A percepção sobre a centralidade do direito à terra para a identidade dos povos indígenas permeia a jurisprudência do STF na matéria, como se vê nas seguintes decisões:

“Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais asseguradas ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-se ao risco gravíssimo de desintegração cultural, de perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios do universo em que vive.”¹⁷

“Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. [...] É nela e por meio dela que eles se organizam. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. [...] Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.”¹⁸

Há mais: a garantia do direito dos indígenas às suas terras, além de essencial a esses povos, é também fundamental para os não indígenas, das presentes e futuras gerações,

¹⁶ Cf. <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/o-compromisso-do-brasil-tem-que-ser-com-os-nossos-direitos-diz-sonia-guajajara-do-movimento-de-mulheres-indigenasress>>.

¹⁷ STF. RE nº 183.188, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/02/1997.

¹⁸ STF. Pet nº 3.388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 01/07/2010.

não só do Brasil, mas de toda a Humanidade. Afinal, a proteção das terras indígenas é extremamente importante para a conservação do meio ambiente, direito fundamental consagrado no art. 225 da Constituição.

No cenário de **emergência climática** que o mundo atravessa, em que a própria sobrevivência da nossa espécie no planeta se encontra ameaçada, esse tema se tornou existencial para o futuro de todas as civilizações humanas. Como já destacou o STF em decisão proferida na ADPF nº 708, *“a questão climática é a questão do nosso tempo. É a pergunta interrogante que nos lança o destino e as respostas que nós pudermos formular decidirão qual futuro terá a humanidade – ou se haverá algum futuro. Não há outra pauta, não há outro problema, não há outra questão. A emergência climática é a antesala de todas as outras”*.¹⁹

É que as populações indígenas atuam como verdadeiros guardiões das florestas e da biodiversidade mundial. Relatório recente divulgado pela FAO, organismo das Nações Unidas, ressaltou que territórios indígenas protegem as florestas do desmatamento ilegal de forma até mais eficaz do que outras áreas de conservação mantidas pelos governos.²⁰ De acordo com Wayne S. Walker, menos de 2% do desmatamento histórico na Amazônia brasileira aconteceu dentro de terras indígenas, que ocupam mais de 25% da região.²¹ Os índices de preservação são muitos superiores, inclusive, ao das unidades de conservação ambiental.

Pesquisas como essas evidenciam um ponto fundamental: o combate ao aquecimento global depende diretamente do reconhecimento e proteção das terras indígenas. Isto ocorre porque a organização política, econômica e sociocultural dos povos indígenas é baseada em forma holística de enxergar o mundo: o ser humano é parte da natureza e não um ente afastado, cuja relação com o meio ambiente se dê pela objetificação e domínio – como é típico no Ocidente capitalista.²² Essa cosmovisão indígena se traduz em práticas que efetivamente “mantêm a floresta de pé”. Por isso, é urgente que a sociedade

¹⁹ STF. ADPF nº 708, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 28/09/2022.

²⁰ Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). *Forest governance by indigenous and tribal peoples*, p. 29. Disponível em: <<https://www.fao.org/americas/noticias/ver/en/c/1380819/>>.

²¹ Cf. Wayne S. Walker et al. The role of forest conversion, degradation, and disturbance in the carbon dynamics of Amazon indigenous territories and protected areas. *Proceedings of the National Academy of the Sciences of the United States of America – PNAS*, vol. 17, nº 06, 2020, p. 3015-3025.

²² Cf. Ailton Krenak. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

e as instituições do Estado brasileiro, como o STF, estejam atentas para a sábia advertência de Davi Kopenawa:

“A floresta está viva. Só vai morrer se os brancos insistirem em destruí-la. Se conseguirem, os rios vão desaparecer debaixo da terra, o chão vai se desfazer, as árvores vão murchar e as pedras vão rachar no calor. A terra ressecada ficará vazia e silenciosa. Os espíritos xapiri, que descem das montanhas para brincar na floresta em seus espelhos, fugirão para muito longe. Seus pais, os xamãs, não poderão mais chamá-los e fazê-los dançar para nos proteger. Não serão capazes de espantar as fumaças de epidemia que nos devoram. Não conseguirão mais conter os seres maléficos, que transformarão a floresta num caos. Então morreremos, um atrás do outro, tanto os brancos quanto nós. Todos os xamãs vão acabar morrendo. Quando não houver mais nenhum deles vivo para sustentar o céu, ele vai desabar.”²³

2.2. O direito às terras indígenas como direito fundamental: caráter contramajoritário, interpretação expansiva, vedação à proteção deficiente e proibição do retrocesso social

A relevância ímpar do direito dos povos indígenas às suas terras e a sua proximidade em relação ao princípio da dignidade humana permitem qualificá-lo como autêntico direito fundamental, muito embora ele não figure formalmente no catálogo de direitos e garantias fundamentais, constante no título II da Constituição. Trata-se de um direito materialmente fundamental.²⁴ O ponto foi destacado com profundidade no voto proferido pelo Min. Edson Fachin no RE nº 1.017.365. Na mesma linha, o Min. Luís Roberto Barroso também já afirmara, em decisão monocrática:

“15. No caso dos autos, o que estaria em risco, segundo os autores, é o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (CF/88, art. 231). Como recentemente observado por este Tribunal, não se trata aqui de um direito de propriedade ou de posse – no sentido que os termos assumem no direito privado –, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura constitucional, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção

²³ Davi Kopenawa e Bruce Albert. *A Queda do Céu: Palavras de um xamã yanomami*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 06.

²⁴ Sobre o conceito de direito materialmente fundamental, veja-se Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 430-435; e Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 312-313.

e reprodução de sua cultura. Não é outra a orientação acolhida pelos tratados internacionais pertinentes, pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição.

16. A circunstância de um grupo ser minoritário não enfraquece, mas antes reforça a pretensão de fundamentalidade dos seus direitos. Como já observado por este Tribunal, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.”²⁵

Dessa fundamentalidade, resultam consequências importantes para o tema em discussão neste parecer, várias delas abordadas no referido voto do Min. Edson Fachin.

Primeiramente, **os direitos fundamentais são contramajoritários**. Em outras palavras, eles são garantidos independentemente da vontade das maiorias políticas e sociais. Na ordem jurídica brasileira, esse caráter contramajoritário é ainda mais pronunciado, já que os direitos fundamentais constituem *cláusulas pétreas*: vale dizer, estão protegidos até das maiorias qualificadas necessárias à aprovação de emenda constitucional.²⁶

Essa dimensão contramajoritária é ainda mais evidente diante de direitos de minorias, como os povos indígenas. Tais direitos não podem ficar à mercê da vontade das maiorias, ou dos órgãos políticos que as representem. Não à toa, a proteção dos direitos desses grupos minorizados diante do arbítrio ou do descaso dos governantes e das maiorias é concebida como o papel central de um tribunal constitucional, como o STF.²⁷

²⁵ STF. MS nº 32.262-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 23/09/2013.

²⁶ Veja-se, a propósito, a obra clássica de Oscar Vilhena Vieira. *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2023.

²⁷ Cf., e.g., Daniel Sarmiento. A proteção constitucional dos grupos oprimidos. In: George Salomão Leite (org.). *Curso de Direitos Fundamentais: Em homenagem ao Ministro Luis Roberto Barroso*. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 301-317; John Hart Ely. *Democracy and Distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; Luís Roberto Barroso. A razão e o voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (org.). *A Razão e o Voto: Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: Editora FGV, 2017, p. 25-77

Essa observação é relevante porque paira, sobre o debate do marco temporal, o argumento de que o STF deveria, pelo menos por ora, abster-se de decidir a matéria, já que tramita no Congresso Nacional um projeto de lei sobre o assunto. À luz da teoria constitucional, o argumento não faz nenhum sentido. Do ponto de vista político, ele é claramente anti-indígena, diante da força de bancadas contrárias aos direitos dos povos originários no Poder Legislativo brasileiro.

Em segundo lugar, **os direitos fundamentais devem ser interpretados de forma generosa e expansiva, enquanto as suas restrições se submetem a exegeses restritivas**. O ponto é importante, porque no tema nº 1.031 da repercussão geral, o que se discute é precisamente a interpretação mais adequada de um direito fundamental.

Como consignam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “*em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau*”.²⁸ Na literatura brasileira, Walter Claudius Rothenburg sublinha o mesmo ponto: “[e]nquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa”.²⁹ É o que também aponta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como consta no voto do Min. Cezar Peluso proferido no julgamento em que se reconheceu a invalidade da prisão civil do depositário infiel:

*“[...] é bom não esquecer que a ‘garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso’, [...]. É por isso que, como acentua VIEIRA DE ANDRADE, o princípio in dubio pro libertate [...] ‘deve considerar-se um princípio geral no domínio dos direitos fundamentais’, no sentido ‘de que as restrições aos direitos devem ser expressas ou, pelo menos, poder ser claramente inferidas dos instrumentos normativos aplicáveis’.”*³⁰

Em terceiro lugar, cabe ao Estado não apenas não violar os direitos fundamentais, como também protegê-los e promovê-los de modo adequado. Fala-se, nesse sentido, na

²⁸ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 143.

²⁹ Walter Claudius Rothenburg. “Direitos fundamentais e suas características”. *Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas*, nº 29, 1999.

³⁰ STF. RE nº 466.343, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05/06/2009.

proibição à proteção deficiente. Essa característica dos direitos fundamentais é relevante para o caso, uma vez que estão em discussão interpretações do art. 231 da Constituição que podem fragilizar em demasia o direito dos povos indígenas às suas terras, desprotegendo-os gravemente.

Com efeito, a teoria jurídica contemporânea reconhece que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, possuindo também uma dimensão objetiva, na medida em que protegem bens jurídicos e valores relevantes, que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças. Afirma-se, portanto, a presença de deveres de proteção estatal em relação aos direitos fundamentais, que se estendem ao Poder Legislativo, à Administração Pública e à função jurisdicional.³¹ Em tal contexto, o princípio da proporcionalidade, tradicionalmente concebido como proibição de excesso, ganha uma faceta adicional: a proporcionalidade como proibição de proteção deficiente,³² que permite o controle jurisdicional sobre a omissão ou atuação insuficiente do Estado na proteção de direitos. Como consignou em voto o Ministro Gilmar Mendes, “*os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer assim que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibição de proteção deficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)*”.³³

Em quarto lugar, é importante recordar que os direitos fundamentais, notadamente os que possuem natureza prestacional – como o direito dos indígenas às suas terras, que envolve a ação material do Estado para demarcá-las e protegê-las –, mobilizam o **princípio da proibição do retrocesso social**. O ponto é importante para o caso, na medida em que, como se verá adiante, há aspectos no voto do Min. Alexandre de Moraes que representam claros retrocessos na garantia dos direitos territoriais indígenas.

³¹ Tratei do tema em Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 129-138. Veja-se também Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mittidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 296-297; e José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 138.

³² Veja-se, a propósito, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. *Op. cit.*, p. 482-484; e Ingo Wolfgang Sarlet. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e a proporcionalidade entre a proibição do excesso e da insuficiência. *Revista da Ajuris*, nº 98, 2005.

³³STF. HC 104.410, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 27/03/2012.

A proibição do retrocesso veda que o Estado volte atrás na concretização de direitos fundamentais.³⁴ O princípio, amplamente reconhecido pela jurisprudência do STF,³⁵ visa a assegurar as conquistas já alcançadas no plano da realização de tais direitos, erigindo obstáculo constitucional para os retrocessos nessa seara, oponível a todos os poderes constituídos, inclusive ao Judiciário. É dizer: se o Estado já avançou na proteção e promoção de direitos, não lhe é possível, em princípio, retroceder.

Finalmente, não se ignora que o tema de fundo deste parecer por vezes também pode envolver direitos fundamentais de não indígenas, ligados à segurança jurídica na proteção dos seus interesses patrimoniais. Contudo, é claro que, mesmo nesses casos, a Constituição de 88 atribuiu forte prioridade aos direitos territoriais indígenas diante de interesses contrapostos, conforme se depreende claramente do seu próprio texto.

A escolha do constituinte não foi fortuita. Ela decorreu não só da natureza originária dos direitos indígenas, como também do reconhecimento de que tais direitos têm natureza existencial e não meramente patrimonial. Em uma Constituição cidadã, comprometida com a dignidade humana e a inclusão, os direitos de natureza existencial têm, via de regra, forte preferência diante daqueles dotadas de natureza patrimonial.³⁶

3. Segurança jurídica sem seletividade: ato jurídico (im)perfeito e proteção da confiança legítima

3.1. Segurança jurídica para todos – inclusive indígenas

A segurança jurídica é certamente um dos valores mais importantes em uma democracia constitucional. Afinal, para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é

³⁴ Veja-se a propósito, e.g., Ingo Wolfgang Sarlet. Proibição do retrocesso, dignidade humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n° 15, 2008; e Felipe Derbli. A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁵ Cf., e.g., STF. RE n° 878.694, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 19/05/2015; ADI n° 4.543, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 06/11/2013; e RE n° 639.337-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15/09/2011.

³⁶ Cf., e.g., Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 527.

preciso assegurar alguma estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas de que participam. Por isso, Gustav Radbruch, em texto clássico,³⁷ chegou a apontar a segurança jurídica como uma das três finalidades essenciais do direito – as outras duas seriam a justiça e o bem comum.

O tema da segurança jurídica tem sido muito invocado no debate sobre o direito às terras indígenas, por vezes até com evocação da chamada “síndrome de Copacabana”, que é a alegação, caricata e *ad terrorem*, de que, se “abertas as comportas”, os povos originários poderiam reivindicar qualquer área do país, como o bairro de Copacabana, já que ocupavam por inteiro o território nacional antes da chegada dos portugueses.

Porém, essa invocação da segurança jurídica é feita quase sempre de **modo seletivo**, com o foco exclusivo na segurança do branco, detentor de título de propriedade ou de posse.³⁸ Pouca ou nenhuma atenção se dá à segurança jurídica dos indígenas quanto à garantia do seu direito mais essencial.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão do *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*, destacou a relevância das demarcações para a segurança jurídica dos povos indígenas:

“[...] a falta de uma delimitação e demarcação efetiva pelo Estado dos limites do território sobre os quais existe um direito de propriedade coletiva de um povo indígena pode criar um clima de incerteza permanente entre os membros dos referidos povos, porquanto não sabem com certeza até onde se estende geograficamente seu direito de propriedade coletiva e, conseqüentemente, desconhecem até onde podem usar os respectivos bens, e deles usufruir livremente.

[...] em atenção ao princípio de segurança jurídica, é necessário materializar os direitos territoriais dos povos indígenas mediante a adoção de medidas legislativas e administrativas para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação, que reconheça esses direitos na prática, considerando

³⁷ Gustav Radbruch. *Filosofia do Direito*. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 417.

³⁸ Nesse sentido, Júlio José Araujo Junior. *Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural*. *Op. cit.*, p. 248-250. Sobre a indevida seletividade na aplicação da segurança jurídica nas sociedades neoliberais, que tende a priorizar direitos patrimoniais sobre direitos coletivos e existenciais, veja-se António Manuel Hespanha. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’: crise, direito e argumentação. *Revista dos Tribunais*, vol. 102, n° 929, 2013, p. 213-280.

que o reconhecimento dos direitos de propriedade coletiva indígena deve ser garantido por meio da concessão de um título de propriedade formal, ou outra forma similar de reconhecimento estatal, que ofereça segurança jurídica à posse indígena da terra frente à ação de terceiros ou dos agentes do próprio Estado. Um reconhecimento meramente abstrato ou jurídico das terras, territórios ou recursos indígenas carece de sentido caso não se estabeleça, delimite e demarque fisicamente a propriedade. Ao mesmo tempo, essa demarcação e titulação deve se traduzir no efetivo uso e gozo pacífico da propriedade coletiva.”³⁹

Ora, não há dúvida de que soluções que inviabilizem o reconhecimento de territórios tradicionais, eternizem os procedimentos demarcatórios ou abram novos caminhos para desconstituição de demarcações já finalizadas geram gravíssima insegurança jurídica para os povos indígenas: uma insegurança verdadeiramente existencial. Nessa linha, a APIB, o Núcleo de Justiça Racial e Direito da FGV/SP e a Comissão Arns observaram, com razão:

“Para além de impedir a demarcação de terras indígenas que ainda aguardam reconhecimento, o marco temporal enfraquece a proteção das terras já demarcadas. Como mencionado acima, abre-se uma possibilidade de revisão das demarcações já finalizadas. Um estudo ainda em andamento sobre a judicialização dos direitos territoriais indígenas no STF revelou que o marco temporal é a causa de judicialização de 18 das 53 TIs que têm ou já tiveram sua demarcação questionada no STF. Ou seja, o marco temporal é responsável por mais de um terço dos processos de judicialização da demarcação de TIs nas últimas décadas. Ao sinalizar um enfraquecimento do reconhecimento estatal dos direitos indígenas, a validação do marco temporal fortalece os setores e grupos interessados na invasão e apropriação mesmo das terras já demarcadas, criando um caos jurídico e levando à escalada de conflitos sociais.”⁴⁰

Como se verá adiante, a proposta de tese formulada pelo Min. Alexandre de Moraes também incorre em vários desses problemas, já que, se adotada, geraria enormes atrasos

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Sentença de 05 de fevereiro de 2018.

⁴⁰ APIB, o Núcleo de Justiça Racial e Direito da FGV/SP e a Comissão Arns. *Marco Temporal. Riscos e violações de direitos associados à tese do marco temporal: uma análise interdisciplinar a partir do direito, da economia, da antropologia e das ciências climáticas*, 2023, p. 07. Disponível em <https://apiboficial.org/files/2023/06/030231b2-e186-4f7f-835b-102c614ca194.pdf>.

nas demarcações em curso, ampliaria o risco de contestação daquelas já finalizadas e poderia dar ensejo até à perda, pelos povos indígenas, de suas terras tradicionais – com “troca” por outras áreas – fora das hipóteses constitucionalmente previstas.

É verdade que, como já destacado, o voto expressa preocupação legítima com a segurança jurídica de não indígenas, que, de boa-fé, ocuparam áreas tradicionais, indevidamente atraídos pelos Poderes Públicos. Ocorre que as soluções preconizadas diante do problema suscitado – que é real –, além de incompatíveis com a Constituição, ofendem os direitos dos indígenas, inclusive o seu direito à segurança jurídica.

3.2. Não há ato jurídico perfeito se ele viola a ordem jurídica vigente no momento da sua prática

O constituinte, seguindo fórmula já adotada por praticamente todas as constituições anteriores, estabeleceu a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, no art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88. Trata-se, certamente, de uma das concretizações mais importantes do valor da segurança jurídica.

De acordo com o art. 6º, § 1º, do Decreto-Lei nº 4.657/1942, também conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, “[r]eputa-se ato jurídico perfeito o já consumado **segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou**”. Disso se extrai que, se o ato ou negócio jurídico não observou as normas em vigor no momento da sua prática ou celebração, ele não se beneficia da proteção constitucional. Segundo Oscar Tenório, “*temos de distinguir ato jurídico perfeito do ato jurídico imperfeito*”⁴¹ e, “*para concluir-se que um ato jurídico é perfeito, é preciso conhecer o regime jurídico vigente ao tempo da sua suposta formação*”.⁴²

Nessa linha, enquanto os atos jurídicos perfeitos são fontes de direitos adquiridos, os atos jurídicos inválidos à luz do ordenamento vigente quando praticados não têm esse condão. Nas palavras de Pontes de Miranda, “[a] edição de lei nova não está adstrita ao respeito de negócios jurídicos inválidos [...] porque o negócio jurídico nulo não produz efeitos e direito, pretensão, dever, obrigação e ação são efeitos dos fatos jurídicos. Se o

⁴¹ Oscar Tenório. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 207.

⁴² André de Carvalho Ramos e Erik Frederico Gramstrup. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 107.

contrato é nulo, não produziu efeitos; portanto, não produziu direitos, deveres, pretensões, obrigações ou ações".⁴³ No mesmo sentido, Maria Helena Diniz registra que, "*para gerar direito adquirido, o ato jurídico deverá não só ter acontecido em tempo hábil, ou seja, durante a lei que contempla aquele direito, mas também ser válido, isto é, conforme aos preceitos legais que o regem*".⁴⁴

Em seu voto, o Min. Alexandre de Moraes consignou que "*a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, ou da configuração do reincidente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente a data da promulgação da Constituição*". Nada obstante, concluiu que "*são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada, que tem a ver por objeto a posse, o domínio ou a ocupação de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, ou exploração das riquezas, dos solos, rios e lagos nela existentes*". Porém, com todas as vênias, parece existir **contradição lógica** entre essas afirmações.

É que, se afastada a tese do marco temporal, os atos e negócios jurídicos que recaiam sobre terras tradicionalmente ocupadas por povos indígenas são nulos, como expressamente prevê o art. 231, § 5º, da Constituição. Essa nulidade não vem da Constituição de 88, mas a antecede de muito. Como destacado anteriormente, ela é decorrência inexorável do *caráter originário* do direito às terras indígenas, ligando-se à adoção entre nós da *teoria do indigenato*, que remonta aos tempos do Brasil Colônia.

O próprio Min. Alexandre de Moraes, no voto que proferiu nas ACOs 362 e 366 – em que se negou direito à indenização ao Estado do Mato Grosso, pela criação do Parque Nacional do Xingú, nos anos 1960 – reconheceu a correção da teoria do indigenato, da qual decorre a nulidade de títulos de origem muito mais remota, que recaiam sobre terras ocupadas por indígenas:

“Em relação a esse primeiro tópico, da não comprovação da transformação das áreas em devolutas, enfrente a alegação genérica que faz o autor, o Estado do Mato Grosso, a respeito da Constituição de 1891. Trata-se,

⁴³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 68-69.

⁴⁴ Maria Helena Diniz. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 207.

na verdade, de uma leitura imprecisa daquela Constituição de que as áreas teriam passado imediatamente ao domínio dos Estados. Isso, porém, não se aplicava às terras ocupadas pelos indígenas, que eram terras congenitamente possuídas. No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, de terras do indigenato, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas.”⁴⁵

Assim, por contrariarem a legislação vigente ao tempo que foram praticados – legislação que tinha inclusive estatura constitucional, no período posterior à Carta de 1934 – os atos e negócios jurídicos que incidam sobre terras tradicionalmente ocupadas por indígenas não correspondem a “atos jurídicos perfeitos”. Geneticamente, eles são **atos jurídicos imperfeitos**.

Tampouco é possível falar, na imensa maioria dos casos, em “coisa julgada”, que justifique a indenização da terra nua. É que, como se sabe, a coisa julgada está sujeita a limites subjetivos e objetivos bem demarcados. Em seu art. 503, *caput*, o Código de Processo Civil prevê que “[a] decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, consignando, em seu art. 505, *caput*, que, via de regra, “[n]enhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”. Ao lado desses limites objetivos, o CPC fixa os limites subjetivos da coisa julgada, ao estabelecer, em seu art. 506, que “[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”. Como salientou o Min. Luiz Fux, em obra doutrinária, “a coisa julgada [...] pressupõe a triplíce identidade”:⁴⁶ mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir.

Não se forma coisa julgada sobre o tema, que possa afetar a demarcação, se a matéria discutida no processo não foi a caracterização de determinada área como terra indígena. Isso tampouco ocorre quando a própria comunidade indígena afetada, titular do direito fundamental em discussão, não tiver sido parte do processo. Essas hipóteses, contudo, são muito raras. Mais frequente é a existência de coisa julgada em processos

⁴⁵ STF. ACO 362 e 366, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 16/08/2017.

⁴⁶ Luiz Fux. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 348. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 1. Salvador: Juspodium, 2016, p. 729.

envolvendo conflitos fundiários entre particulares e o Poder Público, ou entre diversos particulares.

Portanto, não procede o fundamento invocado pelo Min. Alexandre de Moraes – correlacionado à suposta incidência do art. 5º, XXXVI, da Constituição – para justificar a solução por ele proposta. Isso, contudo, não significa que particulares de boa-fé não possam receber nenhuma proteção constitucional adicional na hipótese em discussão, como se verá a seguir.

3.3. Proteção da confiança legítima: análise sempre casuística

Sem dúvida, existem terras indígenas indevidamente ocupadas por terceiros de boa-fé, que lá permanecem, às vezes por várias gerações, porque foram atraídos pelo próprio Poder Público. Foi justamente esse o objeto da legítima preocupação do Min. Alexandre de Moraes, manifestada na leitura oral do seu voto: “[...] *não podemos fechar os olhos para os agricultores, para os colonos que, há 100, 120, 130 anos, têm as suas terras, trabalham nas suas terras, garantidos pelo Poder Público*”.⁴⁷ Nessas hipóteses, pode-se, efetivamente, cogitar da tutela da segurança jurídica por meio do pagamento de indenização ao particular.

Cabe a aplicação ao caso do **princípio da proteção da confiança legítima**. Tal princípio, amplamente reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁴⁸ se baseia na ideia de que não se deve, via de regra, prejudicar quem genuinamente se fiou nos atos e orientações do Estado e, assim, agindo de boa-fé, pautou o seu comportamento na expectativa de manutenção desses atos e orientações.⁴⁹ De acordo com a doutrina, para a incidência do princípio, é imprescindível que: (i) haja base objetiva para a confiança, ligada ao comportamento estatal; (ii) a confiança exista subjetivamente para o particular;

⁴⁷ Trecho transcrito a partir do vídeo disponível eletronicamente em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fJfqzKRZWSY>>.

⁴⁸ Cf., e.g., STF. MS nº 22.357, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/11/2004; e ACO nº 79, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 28/05/2012. Sobre o tema, veja-se Carlos Alexandre de Azevedo Campos. “Proteção da Confiança Legítima na Jurisprudência do STF”. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, nº 07, 2014, p. 11-32.

⁴⁹ Cf. Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 181-182.

(iii) este pratique atos juridicamente relevantes com base nessa confiança; e (iv) a confiança venha a ser frustrada, por ato também estatal.⁵⁰

O princípio, todavia, incide apenas em hipóteses em que esteja efetivamente configurada a boa-fé do particular, que tenha atuado com prudência e razoabilidade.⁵¹ Como consignou Patrícia Batista, “*para a verificação da legitimidade da confiança é necessário considerar o comportamento que se espera de uma pessoa comum, agindo de boa-fé e com razoável cautela. Desse modo, se o particular não estava de boa-fé – já que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza – ou se a confiança foi por ele investida de forma imprudente ou desarrazoada, sua posição não será tutelada*”.⁵² Assim, seria absurdo e profundamente injusto, por exemplo, indenizar, por frustração da confiança legítima, pessoas e empresas – ou seus sucessores – que tenham se envolvido em conflitos possessórios com indígenas, dos quais tenha resultado a expulsão dos povos originários de suas terras. Isso equivaleria a premiar violações aos direitos humanos e à Constituição.

Tal ponto é importante, já que compensar, com pagamento de indenização pela terra nua, aqueles que violaram os direitos fundamentais dos indígenas, expulsando-os de suas terras, muitas vezes com grave violência, representaria verdadeira humilhação para esses povos. Tratar-se-ia de medida incompatível com o direito fundamental ao reconhecimento – decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana –,⁵³ pois negaria importância e significado jurídico às ofensas aos direitos dos indígenas, aos seus sofrimentos e privações. *Mutatis mutandis*, seria como consagrar o pagamento de indenização do criminoso, ignorando a dignidade da sua vítima. No plano simbólico, o significado

⁵⁰ Cf., e.g., Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 360-496; e Valter Shuenquener de Araújo. *O Princípio da Proteção à Confiança: Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, p. 82-104.

⁵¹ Anderson Schreiber. *A Proibição de Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 285.

⁵² Patrícia Baptista. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: Análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2006, p. 129-130.

⁵³ Tratei do direito ao reconhecimento em Daniel Sarmento. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 269-331. Propus a seguinte definição para este direito, cuja sede constitucional é o princípio da dignidade da pessoa humana: “(...) violam o reconhecimento as práticas estatais ou privadas, conscientes ou não, que desrespeitem a identidade de suas vítimas, impondo estigmas ou humilhações. É possível falar em um direito ao reconhecimento, que é um direito ao igual respeito à identidade pessoal” (p. 286).

seria a legitimação das violações aos direitos indígenas, com o conseqüente estímulo a novas ofensas.

De todo modo, uma das formas de proteção da confiança legítima é pela via da compensação financeira, típica da responsabilidade civil.⁵⁴ Quando o Estado comete uma ilegalidade que não seja aparente para o particular, criando uma expectativa legítima para este, que depois se frustra, ele pratica um ato ilícito, cujos danos se sujeitam à reparação. Contudo, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima não pode se dar de maneira genérica e automática, pressupondo sempre uma análise casuística. Nessa linha, a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal – órgão do MPF que coordena a atuação na área indígena – editou o Enunciado 11 no seu XIV Encontro Nacional, em 2014, com o seguinte teor: “*É possível o pagamento de indenização aos ocupantes de terras indígenas (possuidores ou não de títulos) com base no princípio da proteção da confiança legítima. O cabimento e os limites de aplicação desse princípio serão analisados casuisticamente*”.⁵⁵

Nesse sentido, cabe recordar que a proteção da confiança legítima não traduz regra, mas princípio,⁵⁶ tomando-se aqui a compreensão, hoje hegemônica, que concebe os princípios como mandados de otimização, a serem cumpridos na maior medida possível,⁵⁷ e as regras como normas disjuntivas, que se aplicam com base na lógica do “tudo ou nada”. A partir dessa distinção, quando em conflito com outras normas constitucionais, princípios como a proteção da confiança legítima se sujeitam à ponderação, e podem ceder total ou parcialmente, de acordo com as especificidades do caso concreto, mediante um balançamento pautado pela proporcionalidade. Sendo assim, a tutela da confiança legítima se submete a avaliações mais flexíveis, incidindo com maior ou menor intensidade, a depender do resultado da ponderação realizada. E tal ponderação não pode ser feita no vácuo, e sim com base nas características de cada caso concreto. Como observou Luís Roberto

⁵⁴ Cf. Guilherme Carvalho e Sousa. A responsabilidade civil do Estado e o princípio da confiança legítima. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 258, 2011, p. 115-140; e Valter Shuenquener de Araújo. *O Princípio da Proteção à Confiança: Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. *Op. cit.*, p. 230-236.

⁵⁵ Disponível em <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/copy_of_enunciados>.

⁵⁶ Cf. Judith Martins-Costa. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 27, 2004, p. 114-115.

⁵⁷ Cf. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-179.

Barroso, na ponderação “*cabe examinar os fatos e as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos*”.⁵⁸

Portanto, não há como estabelecer de antemão, por regra apriorística, que, não caracterizado o marco temporal ou o renitente esbulho, a União deva pagar ao particular indenização prévia pelo valor integral da terra nua, como sustentou o Min. Alexandre de Moraes. Isso, contudo, não significa que, em determinados casos, a indenização não seja cabível. Ela, porém, não pode ser prévia e nem sempre será devida pela União. É o que se examinará no próximo item.

4. A possível indenização devida pelo Poder Público

4.1. Impossibilidade do pagamento de indenização prévia do valor da terra nua na demarcação: o texto constitucional como limite do intérprete. A alternativa da reparação de danos por violação da confiança legítima

A interpretação constitucional certamente não se resume à extração de sentido dos textos elaborados pelo constituinte. Textos normativos são muitas vezes abertos, ambíguos ou polissêmicos, e a hermenêutica constitucional envolve várias outras dimensões e métodos. Porém, o texto representa um limite para o intérprete da Constituição, que não pode ser ultrapassado. O Judiciário, ao interpretar a Constituição, não pode desconsiderar seu texto claro, como se estivesse investido no poder constituinte, e tivesse mandato para reescrever a Constituição de acordo com as suas preferências. Como observou Luís Roberto Barroso: “*os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e limite máximo da interpretação. O intérprete não pode torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica, à segurança jurídica*”.⁵⁹

A jurisprudência do STF vem reconhecendo a impossibilidade da adoção de interpretações que ignorem os limites impostos pelo texto constitucional. Nesse sentido, ao

⁵⁸ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 336.

⁵⁹ Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 291.

afastar a possibilidade, aceita pelo CNMP, de que membro do Ministério Público exercesse função de ministro de Estado – hipótese vedada pela Constituição, que só permitiu o exercício de uma outra função pública de magistério (art. 128, § 5º, II, “d”) –, a Corte estabeleceu:

“O CNMP adotou entendimento afrontoso à Constituição Federal e à jurisprudência do STF. Criou uma exceção à vedação constitucional, que textualmente não admitia exceções. O Conselho não agiu em conformidade com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus próprios atos normativos, atribuir-lhe densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição, com base em seus próprios atos. [...] Em suma, somente mudando o conteúdo da Constituição é possível tolerar o exercício, por membro do MP, de cargo na Administração Pública, fora da Instituição, que não seja de professor. Assim, a Resolução 72/2011, e a prática instaurada na sua sequência, são, sob o pretexto de interpretar, uma tentativa de emendar Constituição.”⁶⁰

Em outro julgado, o Tribunal vedou a possibilidade de reeleição, na mesma legislatura, dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, diante do texto claro da Constituição que impedia essa reeleição (art. 57, § 4º). Em seu voto, a Min. Rosa Weber registrou:

“Este Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua missão institucional de garantir a intangibilidade da Constituição, enquanto seu guardião por força de expresso texto constitucional (CF, art. 102), não pode legitimar comportamentos transgressores da própria integridade do ordenamento constitucional, rompendo indevidamente os limites semânticos que regem os procedimentos hermenêuticos para vislumbrar indevidamente, em cláusula de vedação, uma cláusula autorizadora. A hermenêutica constitucional não permite endosso a práticas heterodoxas que adulterem o real sentido da Constituição, ou de exegezes capciosas que estiquem o sentido semântico das palavras até que expressem qualquer coisa, e a Constituição já mais nada signifique.”⁶¹

Pois bem. No caso em discussão, o texto constitucional tem uma regra que não poderia ter sido mais clara, que vale reproduzir mais uma vez: “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio, e a

⁶⁰ STF. ADPF nº 388. Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 01/08/2016.

⁶¹ STF. ADI nº 6.524, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06/04/2021.

posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nela existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé” (art. 231, §6º). Portanto, o constituinte foi muito explícito: a demarcação de terras indígenas **não** gera o direito a indenização pela terra nua, mesmo quando o ocupante não indígena esteja de boa-fé. A indenização decorrente da demarcação é apenas relativa às **benfeitorias** derivadas de ocupação de boa-fé.

No entanto, a proposta de tese do Ministro Alexandre de Moraes envolve, exatamente, o pagamento de indenização aos particulares correspondente ao valor da terra nua, no âmbito da demarcação. Portanto, a sua incompatibilidade com o texto constitucional é flagrante. E, como já destacado acima, o STF não tem o poder de reescrever a Constituição, mesmo que para corrigir o que considere ser injusto.

Destaque-se, porém, que a Constituição não excluiu, nesse preceito ou em qualquer outro, a possibilidade de reparação de danos por ato ilícito do Poder Público, em tema relativo a terras indígenas. A responsabilidade civil do Estado tem, inclusive, fundamento constitucional (art. 37, §6º, CF). Não há, portanto, vedação à solução alternativa de pagamento de indenização ao particular de boa-fé, no caso de frustração da confiança legítima, desde que presentes os respectivos pressupostos.

O fato gerador dessa obrigação de reparar, contudo, não é a demarcação da terra indígena, o que seria constitucionalmente vedado. É a ação ilícita do Poder Público que, revestida da aparência de bom direito, tenha atraído particulares de boa-fé para terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, gerando a confiança legítima para essas pessoas de que poderiam habitar e produzir naquelas terras.⁶²

⁶² Nesse sentido, destacou Alexandre Jabbur: “É importante esclarecer e frisar de antemão que o fundamento da reparação (fato administrativo) não é o ato de demarcação - e conseqüentemente o reconhecimento da nulidade absoluta dos títulos de propriedade incidentes sobre a terra indígena - o que infringiria o disposto no artigo 231, § 6º, da Constituição Federal. Diversamente, o foco recai sobre o ato estatal de titulação de área que venha a ser reconhecida como indígena e, portanto, ilícito. Ora, se um ente público, seja ele federal, estadual ou municipal, pertencente quer à administração direta ou indireta, conferiu aparência de legitimidade e legalidade à ocupação de não indígenas - v.g. expedindo títulos -, é de todo aplicável a regra da responsabilidade extracontratual do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, mediante a comprovação dos seus pressupostos”. (A indenização da terra nua nas demarcações de terras indígenas:

Cabe ressaltar que, em hipótese semelhante, o STJ reconheceu o cabimento da responsabilidade civil de ente estatal – o Estado do Paraná –, por alienar a particular, como se fossem suas, terras públicas do domínio da União.⁶³ O Estado foi condenado a reparar os danos que tal particular experimentara.

O responsável pela indenização, por outro lado, deve ser o ente público que, de maneira indevida, tenha criado expectativas legítimas nos particulares, depois frustradas.⁶⁴ Nessa linha, já decidiu o STF: o caso envolveu oficial do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro, que pedira exoneração para assumir posto de comando no Corpo de Bombeiros do Estado do Maranhão, a convite do governador dessa última unidade federativa. Todavia, anos depois, a própria chefe do Executivo maranhense anulou a nomeação do oficial, sob o argumento de que o referido ato administrativo havia ferido a exigência constitucional de realização de concurso público. O STF, então, reconheceu o direito do oficial à indenização devida pelo Estado do Maranhão, motivando assim a decisão: “*Legitimidade da pretensão, tendo em vista que a nomeação do recorrente para a corporação maranhense se deu por iniciativa do Governo Estadual, conforme admitido pelo acórdão recorrido, havendo importado o encerramento de sua carreira militar no Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual, com a exoneração, ficou sem os meios com que contava para o sustento próprio e de sua família*”.⁶⁵

Assim, se a União Federal tiver contribuído para a criação de expectativas legítimas dos particulares, por atos comissivos ou omissivos, ela será responsável pela indenização, sozinha ou solidariamente. Mas isso nem sempre ocorrerá, sendo indispensável, para qualquer conclusão sobre o ponto, analisar as circunstâncias de cada caso concreto.

Mais importante ainda: o tema da responsabilidade civil não deve ser decidido no procedimento demarcatório – com o qual ele não guarda relação direta –, sob pena de eternizar ou até de inviabilizar a demarcação. Afinal, há que se analisar detidamente, em

modelos e teses em discussão, 2014. Disponível em https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/docs/doc_artigos/alexandre-jabur).

⁶³ STJ. REsp nº 175.287, Rel. Min. José Delgado, DJ 13/03/2006.

⁶⁴ Valter Shuenquener de Araújo. *O Princípio da Proteção da Confiança: Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Op. cit., p. 231

⁶⁵ STF. RE nº 330.834, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22/11/2002 (grifos acrescentados).

cada caso, a presença ou ausência dos pressupostos que justificam a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima, tema envolto em complexidades, e que nada tem a ver com a demarcação em si. Para buscar a reparação de danos pela frustração da confiança legítima, os particulares devem buscar as vias próprias, judiciais ou administrativas. Assim, a indenização, quando cabível, não será prévia à demarcação, não impedindo o imediato gozo dos direitos territoriais pelos indígenas ou a desintrusão de terceiros ocupantes. O tema será aprofundado no próximo subitem.

4.2. Eventual indenização aos particulares não pode ser prévia. Efetividade do direito dos povos indígenas às suas terras, duração razoável do processo e dever constitucional de celeridade nas demarcações. Prioridade invertida na proposta de tese

Na sua proposta de tese, o Min. Alexandre de Moraes aludiu ao caráter prévio da indenização devida pela União aos particulares, inclusive pelo valor da terra nua, quando não caracterizados o marco temporal ou o renitente esbulho. O voto do Min. Edson Fachin, por sua vez, afirmou que em nenhuma hipótese o pagamento de indenização pode gerar *“impedimento à finalização da demarcação administrativa, com a extrusão dos particulares da terra demarcada sem qualquer direito de retenção pela terra nua, ou prejudicar o exercício dos direitos possessórios das comunidades indígenas”*.

Como salientado acima, viola o texto expresso do art. 231, § 6º, da Constituição o pagamento de indenização da terra nua, pela União, como consequência da demarcação – mesmo que apenas nos casos de não caracterização do marco temporal e do renitente esbulho. Existe, porém, a possibilidade de responsabilização do ente público que tenha atraído particulares de boa-fé para terras indígenas, concedendo a eles títulos ou direitos inválidos. Trata-se de responsabilidade civil do Estado, fundada na proteção da confiança legítima, desde que caracterizados os respectivos pressupostos. O assunto, porém, não diz respeito ao processo demarcatório, com o qual não pode ser baralhado.

Mas não é só. Existe um grave problema prático – central nas preocupações dos povos indígenas⁶⁶ –, que gera consequências jurídicas relevantes. A questão é de simples

⁶⁶ Cf. Rafael Moro Martins. Marco temporal: voto de Xandão é ruim, afirmam advogados dos indígenas. *Sumaúna*, 23/06/2023. Disponível em <https://sumauma.com/marco-temporal-voto-de-xandao-e-ruim-afirmam-advogados-dos-indigenas/>.

compreensão: se houver necessidade de indenizar previamente o particular pelo valor da terra nua, as demarcações, já tão morosas, tenderiam a ficar paralisadas, seja porque **a sua promoção envolveria gastos muito elevados para a União**, em contexto sempre presente de escassez de verbas, seja porque **o procedimento demarcatório se tornaria bem mais complexo do que já é**. Nesse ínterim, os direitos territoriais dos povos indígenas ficariam desprotegidos. Ademais, a adoção dessa tese pode levantar questionamentos sobre a própria validade de demarcações anteriores em que não tenha havido indenização pelo valor da terra nua.

Os povos indígenas são um grupo social vulnerabilizado, com pouco poder na esfera política e na burocracia estatal. Não é preciso muito esforço para deduzir o que ocorreria se as demarcações de suas terras, já tão atrasadas, passassem a depender de prévios pagamentos de vultosas indenizações do valor da terra nua, ficando condicionadas à “reserva do possível”. Simplesmente, as demarcações nunca sairiam, com desrespeito ao direito dos povos indígenas às suas terras.

Cabe aqui um paralelo com a situação das comunidades quilombolas, cuja titulação pressupõe o prévio pagamento de indenização, já que realizada por meio de desapropriação promovida INCRA, nos termos do art. 13 do Decreto nº 4.887/2003. Apesar da existência de imposição constitucional do reconhecimento, demarcação e titulação das terras quilombolas, prevista no art. 68 do ADCT, um percentual ínfimo desses territórios já foi regularizado. De acordo com dados coligidos pela organização *Terra de Direitos*, no ritmo atual seriam necessários 1.170 anos apenas para que todos os processos de titulação abertos no INCRA fossem concluídos.⁶⁷ Segundo a organização da sociedade civil, “[e]m 30 anos desde que o direito ao território tradicional quilombola foi reconhecida na Constituição Federal de 1988, apenas 44 comunidades foram tituladas pelo Incra – desse total, 23 estão tituladas apenas parcialmente”. Ou seja, “enquanto o período da legalização de escravização de pessoas durou 350 anos, será necessário ao menos cinco vezes esse tempo para reparar ao menos essa dívida histórica – para além de todos os outros impactos sociais”.

⁶⁷ Franciele Petry Schramm. No atual ritmo, Brasil levará mil anos para titular todas as comunidades quilombolas. *Terra de Direitos*, 12/02/2019. Disponível em <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/no-atual-ritmo-brasil-levara-mil-anos-para-titular-todas-as-comunidades-quilombolas/23023>.

Em resumo: indenização prévia implica demora muito maior, quando já estamos extremamente atrasados na demarcação das terras indígenas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem enfatizando que os Estados têm o dever de promover em prazo razoável a demarcação de territórios indígenas. No julgamento do *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*, o Tribunal enfatizou que “os povos indígenas e tribais têm direito a que existam mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais se possam levar a cabo os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propriedade territorial”.⁶⁸

Na Constituição de 88, tal dever repousa em vários fundamentos normativos diretamente aplicáveis: os princípios da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e do devido processo legal (art. 5º, LIV), o direito dos povos indígenas às suas terras (art. 231), e a norma programática que determinou a conclusão das demarcações em 5 anos da data da promulgação da Constituição (art. 67 do ADCT).

Como princípio constitucional, a exigência de duração razoável do processo deve orientar a interpretação e a aplicação de quaisquer normas capazes de impactar o tempo de tramitação dos processos judiciais e administrativos, visando a evitar a sua morosidade excessiva.⁶⁹ O princípio do devido processo legal opera na mesma direção. Afinal, um processo devido é um processo justo, e, como já dizia há quase um século Rui Barbosa, “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.⁷⁰

O direito dos indígenas às suas terras também impõe tal diretriz. Embora as demarcações possuam natureza meramente declaratória e não constitutiva – como proclama a pacífica jurisprudência do STF –,⁷¹ não há dúvida que a finalização do processo demarcatório confere muito mais efetividade e segurança ao direito às terras tradicionais. Demoras excessivas nas demarcações prejudicam gravemente o efetivo gozo desse direito

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil*. Sentença de 05 de fevereiro de 2018.

⁶⁹ Cf. Alice Gonzales Borges. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, edição especial, 2012, p. 70-84

⁷⁰ Rui Barbosa. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

⁷¹ STF. Pet nº 3388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 19/03/2009, DJ 01/07/2010; ACO 312, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p. ac., Min. Luiz Fux, julg. 02/05/2012.

– que, como já destacado, tem caráter absolutamente central para a própria existência dos povos indígenas. Tal afirmação é ainda mais inquestionável nas hipóteses em que as terras tradicionais estejam fisicamente ocupadas por terceiros e demandem desintrusão, o que é extremamente comum, nos casos que envolvem o marco temporal. Por isso, a tese do Min. Alexandre de Moraes, além de não corresponder a uma leitura generosa e expansiva do direito às terras indígenas – o que ofende ao princípio hermenêutica que postula a exegese ampliativa dos direitos fundamentais –, gera proteção deficiente dessa garantia constitucional.

Finalmente, a norma contida no art. 67 do ADCT aponta no mesmo sentido. Como já destacado, essa norma não estabeleceu prazo decadencial ou preclusivo para a União realizar as demarcações, mas, ao inverso, buscou imprimir a necessária celeridade para o resgate de uma dívida histórica da Nação com os povos indígenas brasileiros. Por isso, afirmou o STF que se trata de norma programática.⁷² E vale recordar que as normas programáticas não são meras recomendações ao Estado, desprovidas de efeitos jurídicos. Como afirmou o Min. Celso de Mello, em histórica decisão, a *“interpretação de norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente (...) sob pena de o Poder Público, fraudando as justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a Constituição”*.⁷³

No mínimo, as normas programáticas impedem a adoção, pelo Estado – inclusive pelo Poder Judiciário –, de comportamentos e orientações que contrariem as diretrizes que elas estabelecem.⁷⁴ Assim, se o art. 67 do ADCT impõe presteza nas demarcações, não é razoável que, extrapolado em 30 anos o prazo que o preceito constitucional instituiu, adote-se nova exegese que torne os procedimentos demarcatórios ainda muito mais lentos.

⁷² STF. RMS n° 26.212, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 19/05/2011.

⁷³ STF. AgReg no RE n° 271286, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12/09/2000, DJ 24/11/2000.

⁷⁴ Veja-se, a propósito, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 174-178; e Luís Roberto Barroso. *Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 93-120.

Finalmente, cabe registrar que, embora busque conciliar os direitos dos povos indígenas e dos terceiros que ocupam as suas terras ancestrais, a solução preconizada no voto do Min. Alexandre de Moraes, na prática, prioriza os segundos. Afinal, o caráter prévio da indenização significa que os direitos indígenas só serão protegidos **depois** que aqueles que ocupam indevidamente as suas terras forem cabalmente indenizados, inclusive pelo valor da terra nua. Em outras palavras, primeiro protege-se o direito dos brancos, apenas depois vêm os direitos dos indígenas.

Além dos outros problemas já apontados, tal solução também afronta um parâmetro fundamental que deve pautar as ponderações de interesses na ordem constitucional brasileira: **a prioridade dos direitos de natureza existencial, diante daqueles de natureza patrimonial.**⁷⁵ Como dito tantas vezes, não há dúvida de que o direito à terra tradicional para os indígenas se reveste de caráter existencial para esses povos, eis que ligado à sua própria identidade, não se tratando de mero direito patrimonial. Essa, aliás, foi uma das razões que levou o constituinte a priorizar esse direito, diante de interesses contrapostos dos não indígenas incidentes sobre as mesmas áreas.

Não bastasse tudo isso, não há dúvida de que atrasos nas demarcações tendem a contribuir para a destruição de florestas e para a perda de biodiversidade, lesando o direito fundamental ao meio ambiente (art. 225, CF/88). Tal ponto reveste-se de extraordinária importância, dado o contexto de crise climática que o mundo atravessa, em que se torna absolutamente vital – no sentido literal da palavra – manter a floresta em pé, como fazem tão bem os indígenas, mas não os invasores dos seus territórios.

Todas essas razões e argumentos se reforçam, apontando para uma conclusão inafastável: **a indenização dos particulares não indígenas, quando cabível, não é prévia.** O direito à indenização – a ser analisado caso a caso, por meio de ação judicial ou de processo administrativo próprio – não impede a demarcação dos territórios, a desintrusão de terceiros, nem muito menos o imediato exercício do direito à posse e ao usufruto das terras tradicionais pelos povos originários.

⁷⁵ Cf. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Op. cit., p. 527.

5. Descabimento da compensação aos indígenas pela concessão de “terras equivalentes”

Em seu item V, a proposta de tese do Min. Alexandre de Moraes prevê que, quando houver “*interesse público*” – e para assegurar a “*paz social*” – “*a União poderá realizar a compensação às comunidades indígenas, concedendo-lhes terras equivalentes às tradicionalmente ocupadas, desde que haja expressa concordância*”. No voto oral, o Min. Alexandre de Moraes aludiu a situação extrema – de suposta pretensão de demarcação incidente sobre cidade construída no século XIX –, mas formulou proposta de tese de alcance muitíssimo mais amplo.

Essa solução, contudo, não encontra guarida em nosso sistema constitucional, violando claramente o texto da Lei Maior – que, como visto anteriormente, opera como limite intransponível para o intérprete.

É que a Constituição de 88 adota posição bastante estrita quanto ao remanejamento de povos indígenas. Como já mencionado, seu art. 231, §5º fixa hipóteses bem claras para a remoção constitucionalmente autorizada de povos indígenas: apenas em casos de (i) catástrofe ou epidemia que imponham risco a tais populações e de (iii) interesse da soberania do país. O dispositivo ainda estabelece que o afastamento será necessariamente temporário, com retorno imediato após o término da situação que tenha dado causa à remoção, e apenas mediante aprovação do Congresso Nacional.

A opção constitucional por sistemática tão restritiva assegurou, segundo José Afonso da Silva, o *princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras*.⁷⁶ Nesse contexto, as hipóteses excepcionais de remoção são taxativas. Uma interpretação adequada só pode admitir que os povos indígenas sejam privados de suas terras para proteger a própria comunidade, nos casos de catástrofe ou de epidemia, ou para evitar uma ameaça à soberania – que deve “*ser real e concreta*”, como “*uma ameaça de invasão, guerra ou ataque de outra potência*”.⁷⁷ Nesse sentido, aponta Robério Nunes dos Anjos Filho que

⁷⁶ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 874.

⁷⁷ Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Comentários ao art. 232. In: J. J. Gomes Canotilho *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2258.

o princípio da não remoção é marcado pelos subprincípios da *excepcionalidade* e da *provisoriedade*.⁷⁸

Como asseverou o saudoso Min. Sepúlveda Pertence, citando parecer ofertado pela PGR, a norma do art. 231, §5º, “*visa a proteger não só a posse e o usufruto das terras originariamente dos índios, mas a identidade cultural do grupo indígena, que deslocado a perderia*”.⁷⁹ Nesse ponto, a Constituição de 88 corrigiu antiga e desumana política de Estado, adotada até os anos 80, que removia povos indígenas de seus territórios, com base na falsa compreensão de que eles poderiam se adaptar a qualquer área.⁸⁰ Ao prever a irremovibilidade, a Carta Magna apenas reconheceu o vínculo singular dos indígenas com suas terras, assegurando a precedência do seu direito diante de interesses contrapostos.

Dessa perspectiva, a tese de repercussão geral proposta pelo Min. Alexandre de Moraes implica efetivo **retrocesso** na proteção conferida aos direitos fundamentais dos povos indígenas – o que, como visto anteriormente, é vedado em nosso ordenamento. Afinal, a Constituição estabeleceu duas condições bastante restritas em que indígenas poderiam ser privados das suas terras tradicionais, e a solução proposta pretende não só criar uma terceira hipótese, como ainda flexibilizar a sistemática adotada, de modo a não mais exigir o referendo do Congresso e – o que é muito mais grave – permitir que os indígenas sejam remanejados de forma permanente.

Ademais, a proposta estipula mecanismos que asseguram **proteção deficiente** aos direitos indígenas. O sistema prevê, de um lado, que a troca de terras deve ocorrer quando presente o “*interesse público*”, e para a promoção da “*paz social*”. Exige, ainda a “*expressa concordância*” das comunidades indígenas. Tais exigências, contudo, são absolutamente insuficientes para a adequada garantia dos interesses indígenas.

⁷⁸ Róberio Nunes Anjos Filho. Comentários aos artigos 231 e 232. In: Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra (coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988. Op. cit.*, p. 2414-2415: “[O] texto constitucional deixa claro que a regra é a vedação à remoção dos grupos indígenas de suas terras. Do princípio do reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios deriva, assim, o subprincípio da não remoção, ou da excepcionalidade. [...] [T]rata-se de um direito fundamental contra uma possível arbitrariedade do Estado, o qual, não se esqueça, já removeu no passado comunidades inteiras de suas terras pelos mais variados motivos, quase sempre contra os interesses indígenas. A vedação à remoção alcança a comunidade indígena como um todo, mas também possui uma projeção individual, de proteção a cada um dos índios que a compõem”.

⁷⁹ STF. HC nº 80.240, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 20/06/2011, DJ 14/10/2005.

⁸⁰ Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Comentários ao art. 232. *Op. cit.*, p. 2254.

Com efeito, os conceitos de “interesse público” e de “paz social” são extremamente fluidos e indefinidos. Com relação ao primeiro – mais frequentemente invocado na aplicação cotidiana do direito –, a doutrina hoje reconhece, nas palavras de Odete Medauar, a “*indeterminação e dificuldade na definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua pretensa objetividade*”.⁸¹ Isso leva a frequentes abusos na sua invocação. Como ressaltou Gustavo Binenbojm, a fluidez do conceito de interesse público, associada à afirmação da sua supremacia diante de interesses particulares, deu ensejo a que o “*voluntarismo dos governantes*” assumisse precedência diante de direitos fundamentais.⁸² O mesmo tende a ocorrer com o conceito de “paz social”, que apresenta características semânticas similares.

Por razões como essas, na dogmática dos direitos fundamentais, a possibilidade de restrição de direitos com base em critérios excessivamente vagos e elásticos é vedada. Isso porque “[a] *utilização de fórmulas vagas e de conceitos indeterminados pode configurar autêntica ameaça aos direitos constitucionalmente previstos*”.⁸³ No Estado de Direito, a restrição de direitos fundamentais deve se adequar ao *princípio da determinabilidade*, que pressupõe densidade suficiente na norma restritiva. É que, como apontou Jorge Reis Novais, “*uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salvaguarda de outros bens dignos de protecção*”.⁸⁴

Essa questão ganha relevo ainda maior no caso dos direitos fundamentais dos povos indígenas, em que é grande o risco de que autoridades públicas empreguem conceitos vagos e abertos de modo a esvaziar tais direitos. E essa afirmação não resulta de uma especulação pessimista, mas da observação da história nacional – inclusive a mais recente. Até poucos meses, o Brasil era governado por Presidente que prometeu e cumpriu que não demarcaria nenhum centímetro de terras indígenas. Seria inocente supor que as

⁸¹ Odete Medauar. *O Direito Administrativo Moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 181-182.

⁸² Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 104.

⁸³ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 198.

⁸⁴ Jorge Reis Novais. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 771.

autoridades que lidam com a matéria indígena sejam sempre efetivamente comprometidas com os direitos desses povos.

Por outro lado, a exigência de aprovação das populações indígenas para a “compensação de áreas” não supre os vícios constitucionais apontados. É a própria Constituição de 88, afinal, que caracteriza as terras indígenas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º). Como se sabe, a indisponibilidade é a qualidade do direito que “*não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente*”.⁸⁵ Portanto, ao assegurar a posse permanente dos indígenas (art. 231, §2º), o constituinte estabeleceu “*uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat*”.⁸⁶

Ademais, na prática, em muitos casos, a exigência da concordância dos indígenas tenderia a funcionar como um mero verniz, para legitimar a prática de atos violadores dos seus direitos. É que em situações em que estejam privadas dos seus territórios tradicionais, ou nos quais a posse deles esteja gravemente ameaçada – cenários frequentemente também marcados pela miserabilidade e pela exposição à violência –, algumas comunidades poderiam consentir com a troca de terras em espécie de “estado de necessidade”, pelo temor de ficarem sem território algum, aceitando áreas que não correspondem à sua identidade étnica.

Isso, contudo, não significa que, se adotada a tese da “compensação de terras” proposta pelo Min. Alexandre de Moraes, deva-se prescindir do consentimento da comunidade afetada para a sua realização, muito pelo contrário. Sem dúvida, uma medida de natureza tão grave jamais poderia ser adotada sem o consentimento livre, prévio e informado (CLPI) da comunidade afetada, com o pleno atendimento dos requisitos previstos no art. 6º da Convenção 169 da OIT.⁸⁷ O consentimento livre, prévio e informado

⁸⁵ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

⁸⁶ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *Op. cit.*, p. 878.

⁸⁷ De acordo com o art. 6º. 1, “a” da Convenção 169 da OIT, os Estados devem “*consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente*”. O art. 6.2, por sua vez, prevê que “*as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas*”. Veja-se, a propósito, Biviany Rojas Garzón, Erika M. Yamada e Rodrigo Oliveira. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica, 2016.

é reconhecido como direito fundamental pelo STF⁸⁸ e pela jurisprudência internacional.⁸⁹ O que se afirma é que o consentimento não basta para sanar os vícios constitucionais apontados, tampouco para validar atos ilegais.

Não se ignora que há normas no Direito Internacional que, conquanto vedem em regra a remoção dos indígenas de suas terras, contemplam exceções menos restritas do que a Constituição de 88 (art. 16 da Convenção 169 da OIT; art. 10 da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas). Porém, essas exceções menos restritas não podem ser aplicadas no direito brasileiro.

E, para chegar a essa conclusão, nem é preciso mobilizar a compreensão hegemônica no STF, que afirma a superioridade hierárquica das normas constitucionais diante dos tratados internacionais de direitos humanos, salvo aqueles aprovados de acordo com o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88.⁹⁰ Para essa compreensão, a norma constitucional mais protetiva dos direitos indígenas prevaleceria, pela sua superioridade hierárquica diante dos tratados internacionais sobre direitos humanos, dotados de estatura supralegal, mas infraconstitucional.

Mas também quem acolhe posição distinta, sustentando a hierarquia constitucional das normas contidas nos tratados internacionais sobre direitos humanos, reconhece que, em caso de conflito entre a Constituição e o direito internacional, deve prevalecer a norma mais favorável ao titular do direito: trata-se do *princípio de primazia da norma mais favorável*, também conhecido como *princípio pro homine*. Em nosso sistema constitucional, esse princípio de hermenêutica decorre da consagração da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos (art. 1º, III e 4º, II da CF/88). A premissa básica é de que o direito constitucional e o direito internacional dos direitos

⁸⁸ STF. RE 1.312.132, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão de 02/05/2021; ADPF 709-MC/Ref, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 05/08/2020, voto do Min. Luiz Fux.

⁸⁹ Veja-se, sobre a matéria, Human Rights Council. *Free, prior and informed consent: a human rights-based approach*, 2018, disponível em <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/free-prior-and-informed-consent-human-rights-based-approach-study-expert>.; e Cristina Blanco. Três desafios para o Sistema Interamericano e o direito à consulta prévia, livre e informada. *Aportes*, nº 22, 2020, p. 9-11.

⁹⁰ STF. RE 349.703, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, Red. p/ Ac. Min. Gilmar Mendes, DJe 05/06/2009.

humanos se inspiram no mesmo propósito protetivo da pessoa humana, e que, por isso, em caso de conflito, deve prevalecer a norma que melhor assegure essa proteção.⁹¹

Tal princípio é expressamente previsto no direito internacional de direitos humanos. O art. 29, “b” do Pacto de San José da Costa Rica, por exemplo, estabelece que nenhum de seus dispositivos pode ser interpretado no sentido de “*limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados*”. Da mesma forma, a Constituição da OIT prevê, em seu art. 19, §8º, que “[e]m caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação”. E o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos também tem sido interpretado como a positivação do princípio *pro homine*.⁹²

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido o princípio *pro homine* em nosso ordenamento constitucional. No julgamento do HC 90.450, em que se discutiu o tema da prisão civil do depositário infiel, a Corte assentou:

“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele

⁹¹ Cf., e.g., Flavia Piovesan. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98-99; André de Carvalho Ramos. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106-110; Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 10, n. 1, ago. 2015, p. 1499-1543.

⁹² Cf. Marco Cesar de Carvalho, Fabiana Cristina da Silveira Alvarenga. Direitos humanos: a recepção dos tratados internacionais pela Constituição brasileira e sua proteção através do Sistema Regional Interamericano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 89, n. 1, out.-dez. 2014, p. 11-40. O art. 30 da DUDH prevê que “[n]enhuma disposição da presente Declaração poder ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”.

*proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.*⁹³

Mais recentemente, a Min. Rosa Weber registrou, em seu voto na ADC 43, que essa prevalência decorre de o direito internacional apenas estabelecer *pisos de proteção*, que podem ser expandidos pelos sistemas internos de cada país. Como registrou o voto, *“pela sua própria natureza, dependente de delicados consensos”*, o direito internacional apenas *“afirma pisos proativos, patamares civilizatórios mínimos, sendo absolutamente despropositado invocar instrumentos internacionais asseguradores de liberdades subjetivas como barreiras de contenção do desenvolvimento nacional dos regimes de liberdades, como normas fixadoras de limites para os direitos viáveis”*. Nesse contexto, prevalece *“o princípio pro homine, segundo o qual tem precedência, em caso de eventual conflito entre o parâmetro de proteção previsto na normativa internacional e aquele assegurado no direito doméstico, a que oferecer a mais ampla proteção ao direito subjetivo”*.⁹⁴

Finalmente, cabe um último registro sobre o tema das “compensações de terra”. Em seu voto oral, o Min. Alexandre de Moraes aludiu ao fato – indiscutível – de que existem muitas terras públicas não aproveitadas no Brasil. Esse dado foi empregado como argumento para justificar a possibilidade de “compensação de terras”, em que indígenas abririam mão de seus territórios tradicionais para receber outros “equivalentes”.

Porém, seria mais compatível com os valores constitucionais usar essa correta constatação fática com os “sinais trocados”: a abundância de terras públicas desaproveitadas pode permitir ao Estado que as utilize para compensar particulares de boa-fé, que estejam ocupando indevidamente territórios indígenas. Afinal, a “equivalência” de terras é compatível com a lógica que rege a vida dos não indígenas, mas não com as cosmovisões indígenas, marcadas pela relação verdadeiramente espiritual com os territórios ancestrais.

Essa pode ser uma alternativa por vezes mais interessante para o Poder Público e para esses particulares do que o pagamento da indenização em dinheiro, por ofensa ao princípio da proteção da confiança legítima. De todo modo, tal como ocorre com o pagamento da indenização – discutido acima –, tal compensação, pelas mesmas razões, não

⁹³ STF. HC 90.450, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 23/09/2008, DJe 06/02/2009.

⁹⁴ STF. ADC 43, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 07/11/2019, DJe 12/11/2020.

pode ser prévia à demarcação, nem impedir o gozo imediato dos direitos territoriais pelos povos indígenas. Essa solução, aliás, alinha-se a outra de natureza similar, já contemplada na legislação brasileira: de acordo com o art. 4º do Decreto 1.775/1996, “[v]erificada a presença de ocupantes não índios na área sob demarcação, o órgão fundiário federal dará prioridade ao respectivo reassentamento, segundo o levantamento efetuado pelo grupo técnico, observada a legislação pertinente”.

Assim, é francamente incompatível com a Constituição a proposta de tese do Min. Alexandre de Moraes, atinente à compensação dos indígenas, com a concessão de terras equivalentes às tradicionalmente ocupadas.

6. Resposta aos quesitos

Diante do que foi exposto, passo a responder, de forma sintética, aos quesitos formulados pela Consulente:

a) O item IV da proposta de tese de repercussão geral formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, e acima reproduzida, é compatível com a Constituição de 1988?

Não. Em primeiro lugar, porque a Constituição reconhece o caráter originário dos direitos às terras indígenas e, por isso, é incompatível com a tese do marco temporal, como reconhece o voto do Min. Alexandre de Moraes. De acordo com regra expressa da Constituição, os atos e negócios jurídicos que incidam sobre terras indígenas – inclusive aquelas que não se enquadram no “marco temporal” ou no “renitente esbulho” – são nulos e extintos, o que não enseja indenização pelo valor da terra nua, mas apenas das benfeitorias feitas de boa-fé (art. 231, § 6º). O texto constitucional é limite para o intérprete da Constituição, e ele desautoriza a proposta do Min. Alexandre de Moraes neste ponto, que prevê o pagamento de prévia indenização pelo valor da terra nua, que é peremptoriamente vedado pelo constituinte.

O pagamento de indenização àqueles que violaram gravemente os direitos indígenas – ou aos seus sucessores –, expulsando essas comunidades das terras, muitas vezes com grave violência, seria humilhação adicional para esses povos. A medida ignoraria todas as ofensas e privações sofridas pelos povos indígenas, premiando quem as infligiu. Por isso, ela ofenderia uma das dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o direito ao reconhecimento.

Ademais, o caráter prévio de indenização, previsto no referido voto, geraria gravíssimos atrasos nas demarcações de terras indígenas, e talvez inviabilizasse praticamente muitas delas, pois dependeria do pagamento anterior, pela União, de vultosos recursos públicos, em ambiente de escassez financeira. Essa grave demora adicional, além de debilitar o direito dos povos indígenas às suas terras (art. 231, CF), ofende vários preceitos constitucionais, como a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) o devido processo legal (art. 5º, LIV), e a norma programática que objetivou imprimir celeridade às demarcações (art. 67 ADCT). Quanto a esta, a Constituição determinou que em 5 anos as demarcações deveriam estar finalizadas, e já se passaram quase 35 anos da data em que foi promulgada. Neste cenário, seria inaceitável adotar interpretação que adie por muito mais tempo a plena proteção dos direitos dos indígenas às suas terras.

Por outro lado, os atos e negócios jurídicos incidentes sobre terras indígenas – mesmo aquelas que não se enquadrem no “marco temporal” ou no “renitente esbulho” – nunca são “perfeitos”, ao contrário do afirmado no voto do Min. Alexandre de Moraes, já que praticados em desconformidade com a legislação vigente à época da sua ocorrência. Isso porque, pelo menos desde 1680, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o direito congênito dos indígenas às suas terras tradicionais, nos termos da teoria do indigenato.

Não bastasse, a proposta de tese, neste ponto, parte de uma visão seletiva da proteção da segurança jurídica, pois, ao centrar seu foco na segurança dos ocupantes não indígenas, desconsidera a proteção desse valor para os povos originários. Afinal, o atraso

nas demarcações, o risco de que elas sejam inviabilizadas, e a possibilidade de contestação daquelas já finalizadas, em que não houve o pagamento de indenização da terra nua, geram grave insegurança jurídica para os povos indígenas.

Ademais, além de prejudicial ao direito fundamental dos indígenas ao seu território – que tem caráter absolutamente existencial para esses povos, por integrar a sua identidade étnica e permitir a manutenção da sua cultura –, a proposta do Min. Alexandre de Moraes, neste ponto, é também lesiva ao direito ao meio ambiente (art. 225, CF). Isto porque a tese posterga e fragiliza a proteção de territórios indígenas, e a garantia desses espaços afigura-se vital para “manter a floresta de pé”, já que os povos originários brasileiros são, comprovadamente, os maiores e melhores guardiões das nossas florestas. Essa questão reveste-se de importância ainda maior no atual contexto de emergência climática, que ameaça a própria presença humana no planeta, em que a efetiva proteção dos territórios indígenas se converteu em garantia de um futuro possível, não só para o Brasil, mas para toda a Humanidade.

b) Pode-se cogitar do pagamento de alguma indenização aos ocupantes não indígenas de terras indígenas em que não estejam caracterizados os requisitos do marco temporal ou do renitente esbulho? No caso de resposta afirmativa, quais os fundamentos para esse pagamento, e como ele poderia ocorrer, sem afronta à Constituição Federal?

Sim. Há casos em que o particular está ocupando essas terras de boa-fé há muitas décadas, atraído pelo próprio Poder Público, por ato ilegal, mas com aparência de regularidade. Em tais hipóteses, é possível a compensação financeira, por violação ao princípio da proteção da confiança legítima. O pagamento de indenização não decorre da demarcação – o que seria constitucionalmente vedado –, mas da atuação ilícita do Poder Público, geradora de danos para o particular. Portanto, ele não esbarra na vedação constante no art. 231, § 6º, da Constituição, representando hipótese de responsabilidade civil do Estado, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição.

O pagamento dessa indenização dependeria, porém, de uma análise casuística, a ser realizada em ação judicial ou processo administrativo próprio – e não no procedimento

demarcatório –, em que seja possível aferir a presença ou não dos requisitos da incidência do princípio da proteção da confiança legítima, bem como dos danos causados pela sua violação. Ademais, o responsável deve ser o ente público que, agindo de modo ilícito, tenha despertado a confiança legítima do particular, que não é, necessariamente, a União Federal.

Esse pagamento não é prévio à demarcação, nem condiciona o pleno gozo do direito à terra pelos povos indígenas – inclusive com a possibilidade de extrusão dos ocupantes não indígenas –, pelas razões já enunciadas na resposta anterior.

c) O item V da proposta de tese de repercussão geral formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, e acima reproduzida, é compatível com a Constituição de 1988?

Não. A proposta de compensação aos indígenas pela concessão de “terras equivalentes” não encontra guarida em nosso sistema constitucional. O art. 231, §5º, da Constituição trata de forma bastante restrita o remanejamento de indígenas de suas terras tradicionais, prevendo hipóteses excepcionais, sempre de forma provisória e dependente de aprovação congressual. Dentre elas, não figura a hipótese delineada na proposta. Em razão do profundo vínculo cultural, espiritual e identitário que os povos indígenas têm com suas terras, elas não são fungíveis ou intercambiáveis, não sendo possível falar em “terras equivalentes” nas cosmovisões indígenas.

Assim, a sistemática proposta pelo Min. Alexandre de Moraes implicaria retrocesso social – já que se trata de nova possibilidade de perda das terras tradicionais pelos indígenas – e proteção deficiente aos direitos territoriais dos povos originários.

As condições previstas para a referida compensação, ligadas ao “interesse público” e à promoção da “paz social”, estão longe de atender aos requisitos necessários para restrição a direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. Elas são extremamente vagas e genéricas, concedendo amplo poder discricionário a quem as interpretar

e aplicar. E não se pode negligenciar o risco de que esses conceitos jurídicos indeterminados sejam manejados, no futuro, por autoridades sem compromisso com os direitos indígenas. Basta recordar a história do Brasil, inclusive a mais recente, para que a gravidade desse risco seja aquilatada.

A exigência de concordância da comunidade indígena envolvida na “compensação”, prevista no voto do Min. Alexandre de Moraes, não é suficiente para sanar as inconstitucionalidades da proposta. Em primeiro lugar, porque os direitos territoriais são inalienáveis e indisponíveis, nos termos do art. 231, § 4º, da Constituição, o que significa que povos indígenas não podem ser privados de suas terras tradicionais nem se consentirem. Em segundo lugar, porque, na prática, em muitos casos, a exigência da concordância dos indígenas tenderia a funcionar como um mero verniz, para legitimar a prática de atos violadores dos seus direitos. É que em situações em que estejam privadas dos seus territórios tradicionais, ou nos quais a posse deles esteja gravemente ameaçada – cenários frequentemente também marcados pela miserabilidade e pela exposição à violência –, algumas comunidades poderiam consentir com a troca de terras numa espécie de “estado de necessidade”, pelo temor de ficarem sem território algum, aceitando áreas que não correspondem à sua identidade étnica.

De todo modo, se essa proposta do Min. Alexandre de Moraes for acolhida, evidentemente deverá ser respeitado o direito ao consentimento livre, prévio e informado, com todos os requisitos previstos no art. 6º da Convenção nº 169 da OIT.

Não há óbice, porém, ao uso da compensação de terras com os “sinais trocados”, com a concessão de áreas equivalentes para ocupantes não indígenas de boa-fé, em lógica similar àquela que inspira o art. 4º do Decreto nº 1.775/1996, que prevê a prioridade dos ocupantes não indígenas em reassentamentos. Nessa hipótese, porém – tal como no pagamento da indenização por frustração à confiança legítima –, a “compensação” em favor dos ocupantes não indígenas não pode ser prévia à demarcação, não condicionando o gozo imediato dos direitos territoriais pelos povos originários, tampouco a possibilidade de extrusão desses ocupantes das terras tradicionais.

DANIEL SARMENTO

PROFESSOR TITULAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA UERJ

d) Caso seja reconhecido algum direito à indenização aos ocupantes de boa-fé não indígenas, tal direito poderia afetar as demarcações de terras indígenas já concluídas?

Não. O reconhecimento do direito à indenização, seja nos moldes sustentados neste parecer – reparação pela frustração da confiança legítima, quando presentes os seus pressupostos –, seja nos termos da tese de repercussão geral proposta pelo Min. Alexandre de Moraes, não pode jamais afetar demarcações concluídas.

No caso da indenização por frustração da confiança legítima, a própria natureza da reparação, alheia ao processo demarcatório, evidencia que ela não atinge os já concluídos. Porém, mesmo no modelo previsto no voto do Min. Alexandre de Moraes, a retroação da medida, para desconstituição de demarcações anteriores, seria constitucionalmente inadmissível.

Afinal, a retroação geraria gravíssima insegurança jurídica para os povos indígenas, desprotegendo-os no gozo do seu direito fundamental mais importante, e prejudicando ainda mais o meio ambiente. Essa retroatividade poderia – ela sim – afrontar atos jurídicos perfeitos: as demarcações realizadas validamente, à luz do direito vigente à época em que foram concluídas. Desses atos jurídicos perfeitos resultaram direitos adquiridos para os indígenas, que devem ser protegidos. Ademais, a retroatividade causaria grandes atrasos nas demarcações, que já deveriam ter sido concluídas há 30 anos, nos termos do art. 67 do ADCT.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2023.



DANIEL SARMENTO

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ
Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ
Visiting scholar na Yale Law School