

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Riva Sobrado De Freitas; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-851-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e CESUPA - Centro Universitário do Pará que ocorreu nos dias 13, 14 e 15 de novembro de 2019, em Belém/PA, cujo tema foi: DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção com fundamento nos temas apresentados.

No caso concreto, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I, coordenado pelos professores Lucas Gonçalves da Silva e Riva Sobrado De Freitas, foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática:

1. EUTANÁSIA NO BRASIL: DO DISCURSO HUMANISTA À CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA
2. A COOPERAÇÃO E O PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDORES DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO ACESSO À JUSTIÇA
3. A EDUCAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA
4. A HUMANIZAÇÃO NA ERA DIGITAL: A VALORIZAÇÃO DE PESSOAS NA DIGITALIZAÇÃO BANCÁRIA
5. A INCLUSÃO ESCOLAR COMO PRERROGATIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
6. A INTEGRIDADE DO STF AO DESOBRIGAR O ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO SEM REGISTRO NA ANVISA
7. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS: SOB VIÉS DO CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
8. DIREITO À FELICIDADE SOB A PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
9. INCAPACIDADE BIOPSISSOCIAL NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO: UTOPIA OU NECESSIDADE?
10. O ATIVISMO JUDICIAL EM DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA UNIDADE PRISIONAL EM IPORÁ-GO
11. O LAICISMO FRANCÊS (LACITÉ) COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO MODERNO
12. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM CASOS DE DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA
13. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO MEIO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E INCLUSÃO DA PESSOA TRANSGÊNERO

14. TERRAS INDÍGENAS OU TERRAS DEVOLUTAS? ANÁLISE DA ACO Nº 362/MT DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

15. TRÁFICO DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO: ANÁLISE DOS CASOS DOS CHINESES NO BRASIL

16. UMA CONTRIBUIÇÃO DOS DANOS EXISTÊNCIAS PARA AS POPULAÇÕES QUILOMBOLAS

17. UMA CRÍTICA À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A RAÇA NEGRA NO BRASIL: DO HISTÓRICO DE GOLPES AO INCENTIVO À DIVERSIDADE COM COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR.

Destaca-se que além da rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisados das mais diversas regiões do Brasil.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

TERRAS INDÍGENAS OU TERRAS DEVOLUTAS? ANÁLISE DA ACO Nº 362/MT DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

INDIGENOUS LAND OR VACANT LAND? ANALYSIS OF ACTION NO. 362 / MT OF BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

Eymmy Gabrielly Rodrigues da Silva ¹

Resumo

Analisa quais fundamentos o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou no julgamento da Ação Cível Originária (ACO) nº 362/MT, sobre a venda de terras indígenas como devolutas no Estado do Mato Grosso. Utiliza como método de procedimento principal o método do caso norte-americano e o bibliográfico como método complementar. Conclui-se que o STF reconhece o direito ao território dos povos indígenas, com fundamento no art. 231 da Constituição Federal de 1988, desde que fique comprovado através de perícias técnicas (laudos histórico-antropológicos) a existência de povos indígenas na área objeto do litígio, mesmo que em tempos remotos.

Palavras-chave: Aco 362, Jurisprudência, Terra devoluta, Terra indígena, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

Analyze which basis the Brazilian Supreme Federal Court (STF) used in judging the Original Civil Action No. 362 / MT, regarding the sale of indigenous lands as vacant land in the Mato Grosso State. The main method of procedure is the case method and the bibliographic as a complementary method. It is concluded the STF recognizes the right to the territory of indigenous people, based on art. 231 of the Federal Constitution of 1988, provided that it is proven by historical-anthropological reports the existence of indigenous people in the area object of the dispute, even in ancient times.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Aco 362, Decisions, Vacant land, Indigenous land, Brazilian supreme federal court

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (2018). Advogada vinculada à Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade Federal do Pará (CIDHA/PPGD/UFPA) na área agroambiental.

1 INTRODUÇÃO

Nas primeiras décadas do século XXI, a luta pelos direitos humanos enfrenta novas formas de autoritarismo que convivem com regimes democráticos. Desse modo, a luta pela superação da dimensão civilizatória implica, entre outros fatores, em novas gerações de direitos e garantias fundamentais, como o direito à terra enquanto condição de vida digna. (SANTOS, 2013)

Neste sentido, o direito à terra, entendido como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos. (SOUZA FILHO, 2012). No entanto, é necessário enxergar a terra em um sentido mais profundo, qual seja, o de território: compreendendo à luz da interpretação antropológica, como um espaço necessário à reprodução física e cultural de cada povo tradicional, e considerando as formas diferenciadas de uso e apropriação do espaço territorial, bem como os usos, costumes e tradições dos povos indígenas (SANTILLI, 2005).

No Brasil os inúmeros instrumentos normativos promulgados no Brasil desde o período colonial resultaram na exclusão de povos etnicamente diferenciados¹. Quando terra é sinônimo de poder para as oligarquias, essa “confusão” de instrumentos por vezes garantem direitos e por outras retiram os mesmos direitos. Os territórios indígenas e as terras devolutas, esta enquanto categoria fundiária presente no Brasil desde o período colonial, não estão excluídos desse contexto.

Desta forma, o presente artigo tem por objetivo responder ao seguinte questionamento: quais fundamentos o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou no julgamento da Ação Cível Originária (ACO) nº 362/MT?² O referido tribunal foi escolhido em razão de ser a última instância jurisdicional brasileira, que analisa casos de violação aos dispositivos constitucionais e que suas decisões, apesar de não serem todas vinculantes, são utilizadas como orientação e precedente para decisões futuras. Trata-se de verdadeiras teses jurídicas, construídas a partir de doutrina, legislação e outras decisões.

Utilizou-se como método de procedimento principal o método do caso norte-americano e complementar a pesquisa bibliográfica, utilizando artigos de juristas e

¹ No Brasil, segundo dados do ISA (2014), a maior parte das terras indígenas tituladas, demarcadas e reconhecidas concentra-se na Amazônia Legal¹: são 419 áreas, 115.342.101,0000 hectares, representando 23% da Amazônia e 98.33% da extensão de todas as terras indígenas do país. As demais, cerca de 1.67%, espalham-se pelas regiões Nordeste, Sudeste, Sul e estado do Mato Grosso do Sul.

² Alguns questionamentos que pretendemos levantar ao final do trabalho são os seguintes: O título de domínio concedido pelo Estado tem mais valor jurídico do que a posse indígena? Na interpretação e fundamentação dos julgadores, há negativa ou garantia do direito fundamental à terra dos povos indígenas? Esses são alguns dos questionamentos que visamos responder ao final do artigo, a partir do objetivo geral.

antropólogos sobre a temática indígena, bem como as legislações aplicáveis, com destaque especial à Lei de Terras de 1850 e às Constituições Brasileiras.

Para responder ao problema proposto, definimos 3 (três) objetivos que correspondem às seções do desenvolvimento deste artigo. O primeiro consiste em apresentar o contexto em que os povos indígenas reivindicavam suas terras no Brasil e como estas foram alienadas como terras devolutas; o segundo objetivo é apresentar a síntese do ACO 362/MT, para por fim, analisar o acórdão a partir da discussão sobre a garantia do direito ao território dos povos indígenas no Brasil.

3 DIREITO AO TERRITÓRIO DOS POVOS INDÍGENAS X TERRAS DEVOLUTAS NO BRASIL

Sob o ponto de vista jurídico, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas no Brasil têm como base constitucional e legal o *indigenato*. Trata-se de um instituto jurídico cuja origem remonta ao Alvará Colonial, de 1º de abril de 1680, no qual a Coroa Portuguesa – ao outorgar as terras brasileiras a particulares – afirmava que, se nas ditas terras existissem aldeamentos, ou posse indígena, aquelas deveriam ser reservadas aos indígenas, pois estes são primários e naturais senhores delas.

No entanto, a prática colonialista não levou à efetividade desses direitos naquele momento. No Brasil, o início do período colonial foi marcado pela escravidão de indígenas, mesmo sendo proibido pelas leis e com a oposição decidida pelos jesuítas. Os índios brasileiros foram rapidamente dizimados. Segundo Carvalho (2014, p. 26) “calcula-se que havia na época da descoberta cerca de 4 milhões de índios. Em 1823 restava menos de 1 milhão. Os que escaparam, ou se miscigenaram, ou foram empurrados para o interior do país.”

Além disso, até mesmo as normas do Estado Português que supostamente garantiam legalmente o respeito aos indígenas e o direito aos territórios que ocupavam, a prática levava à identificação da violação dessas determinações³. Sob o regime do Directório, as áreas que eram reconhecidas como aldeamentos indígenas passaram a ser vilas. Coelho (2002) destaca que mesmo o referido Directório fazendo uso de uma retórica em defesa dos indígenas sobre a terra, estes, que já haviam sofrido o processo de descimentos para as missões, foram

³ Como exemplo, podemos citar o Directório de Pombal, um documento que, segundo Coelho (2002) era dirigida à assimilação – destruição das especificidades étnicas dos povos indígenas, transformando-os em brasileiros – dos povos indígenas à sociedade brasileira. Esse processo era realizado, dentre outros meios, por casamentos interétnicos e a obrigação de utilizar a língua portuguesa em detrimento das línguas maternas.

novamente esbulhados das terras que ocupavam e ficavam submetidos a um diretor branco, tendo em vista que se acreditava que os índios não tinham aptidão necessária para se auto dirigirem, descaracterizando o que ainda podia ser considerado como uma terra dos índios.

Desta forma, o fim do período colonial foi marcado pela maioria da população excluída dos direitos civis e políticos e sem a existência de um sentido de nacionalidade (CARVALHO, 2014). Os indígenas sequer eram considerados cidadãos. Assim, a relação com os indígenas deu-se sempre por meio de um conflito de territorialidades: ao mesmo tempo que estava em jogo a construção da territorialidade brasileira, havia a necessidade de configuração de novas territorialidades indígenas. (COELHO, 2002). Isso porque o reconhecimento do direito dos povos indígenas à terra não se dava com relação às territorialidades construídas histórica e culturalmente por esses povos, e sim às territorialidades produzidas por um disciplinamento da terra pelo governo colonial.

A partir da Lei de 20 de outubro de 1823 até o ano de 1845, o Estado brasileiro delegou continuamente a responsabilidade sobre os povos indígenas para as diferentes instancias, não só executivas como também as judiciais, evidenciando a falta de uma política geral para essas populações. (COELHO, 2002)

A expressão terras indígenas surge no/e do processo político, legal e administrativo estatal, definindo e limitando o direito territorial indígena e as formas operacionais de identificação, reconhecimento, uso, gestão e controle das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas no território brasileiro. (VERDUM, 2011)

Do ponto de vista constitucional, o texto de 1824 não fez qualquer referência aos indígenas. No lapso temporal entre 1822 a 1850, ano da promulgação da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 - Lei de Terras, a forma de acesso à terra no Brasil ficou sendo a posse, que então não continha nenhum respaldo legal⁴. Após a independência do Brasil, o termo nação, antes utilizado para referir-se aos povos indígenas, foi sendo abandonado e em seu lugar passaram a ser utilizadas expressões como indígenas, índios, silvícolas, selvagens ou tribos, sendo uma forma de desconhecer a especificidade dos povos indígenas, incluindo-os entre os demais brasileiros (COELHO, 2002).

Nesse contexto, Inglez de Sousa (2012) destaca que um aspecto da Lei de Terras extremamente relevante para a situação fundiária dos povos indígenas brasileiros é a questão das terras devolutas⁵. Isso porque, em uma perspectiva colonialista, antes de 1850, todo o

⁴ Sendo assim, as terras ocupadas sem carta de doação de sesmarias, constituíam posses.

⁵ As terras devolutas foram definidas no art. 3º da referida lei como aquelas que não tivessem algum uso público nacional, provincial, ou municipal; que não estivessem em domínio particular por qualquer título legítimo, nem

território brasileiro era considerado, pelo governo colonial, como Terras da Coroa. Essas terras eram cedidas para que particulares fizessem a exploração econômica e o desenvolvimento da colônia por meio das capitanias e das sesmarias.

A posse da totalidade das terras continuou nas mãos da coroa até a promulgação da Lei de Terras pelo rei, naquele momento já brasileiro, em 18 de setembro de 1850. Desta forma, Inglez de Sousa (2012) reforça que a Lei de Terras mudou conceitual e radicalmente a questão fundiária no Brasil, transformando a terra em bem passível de compra, venda e propriedade particular.

Além disso, as terras devolutas, estando de posse do governo brasileiro, poderiam ser comercializadas para a ocupação e a exploração de particulares. Porém, a Lei também determinava que fossem reservadas das terras devolutas aquelas necessárias para a colonização e ao aldeamento indígena. Em outras palavras, as terras necessárias para a ocupação indígena não deveriam ser consideradas devolutas, devendo ser reservadas pelo Estado para o estabelecimento dos povos indígenas.⁶

Todavia, a interpretação muitas vezes dada era de que a Lei de Terras equiparou as terras devolutas às terras ocupadas e a serem reservadas para os povos indígenas. Esta interpretação equivocada foi especialmente utilizada pelos governos das províncias, para os quais o interesse maior era a ocupação das terras por exploradores particulares. (INGLEZ DE SOUSA, 2012)

Coelho (2002) enfatiza que o ato de reservar terras para a colonização indígena estava associado a um projeto de desenvolvimento do país: utilização de mão-de-obra indígena para a construção de estradas ou ainda reunir povos indígenas em determinada região de modo a facilitar a navegação dos grandes rios.

Acontece que, para executar a Lei de Terras foi criada a Repartição-Geral das Terras Públicas, estipulando um prazo para que fossem efetivados os registros das posses, a revalidação das sesmarias e a respectiva medição das terras. Entretanto, as que não fossem registradas no prazo estipulado seriam consideradas devolutas e foi isso que aconteceu com as terras indígenas (COELHO, 2002), uma vez que não eram dadas condições para que os indígenas registrassem suas terras.

havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura, nem as que não se achassem dadas por sesmarias, ou por outras concessões do Governo que, mesmo caídas em comisso, fossem revalidadas; e as que não se achassem ocupadas por posses, mesmo fundadas em título não legal, mas que foram legitimados conforme as disposições da Lei de Terras.

⁶ Conforme dispõe o art. 12 da Lei de Terras.

Outro agravante é que em 1854, quando foram iniciados os registros de terras e efetuadas as suas medições, os índios já haviam sido declarados órfãos e eram tutelados pelo governo por meio de diretorias-gerais e parciais dos índios. Assim, a maioria das terras ocupadas pelos povos indígenas não foram registradas e demarcadas, caracterizando não apenas ineficiência com o trato da temática indígena, mas também indicando uma política de exclusão do mapeamento das terras dos índios enquanto categoria. (COELHO, 2002).

Os conflitos gerados pelos exploradores, de posse de papéis e registros que garantiam a propriedade oficial das terras, e os povos indígenas que ali viviam e foram expulsos pelos exploradores, são ressaltados por Azanha (2001)⁷. Portanto, verificamos que as políticas governamentais, desde o período colonial, foram teoricamente inclusivas para garantia dos direitos territoriais dos povos indígenas, mas na prática, geraram a exclusão desses povos e o desconhecimento dos seus direitos oriundos do indigenato.

Na vigência da Constituição da República do Brasil de 1891 (CRB/1891), era controvertida a questão de se considerar como devolutas as terras ocupadas pelos povos indígenas, tendo em vista que as terras do indigenato, ao serem congenitamente possuídas, não são devolutas. Portanto, são originariamente reservadas, conforme alvará de 1º de abril de 1680, e por dedução da própria Lei de Terras. (MENDES JUNIOR, 1912)

Segundo Souza Filho (2012), quando as terras devolutas foram transferidas pela CRB/1891 aos Estados, as oligarquias locais passaram a distribuí-las entre si, atropelando direitos de possuidores que esperavam em vão a burocracia do Império para receber um título de domínio, o que gerou algumas guerras⁸. Essa mesma intolerância, em muitos lugares, se registrou contra os índios. “Muitas terras indígenas foram consideradas devolutas e tituladas a favor dos aventureiros, grileiros ou simplesmente políticos gananciosos que logo transferiam para os grileiros e aventureiros.” (SOUZA FILHO, 2012, p. 133)

Assim, quando a CRB/1891 não faz qualquer menção expressa aos povos indígenas na transferência das terras aos Estados-membros, acabou gerando confusão ao perdurar a interpretação segundo a qual teriam essas terras sido transferidas para os Estados e consequentemente, estes poderiam transferi-las aos particulares. Além disso, a política

⁷ Para o autor, na prática, esta situação explica o tamanho extremamente reduzido da maioria das terras indígenas das regiões sul, sudeste e nordeste do país, nas quais a maior parte das terras que deveriam ter sido reservadas aos povos indígenas foi considerada como devoluta e comercializada pelos governos provinciais para particulares.

⁸ Pelo menos duas guerras santas (Canudos e Contestado) surgiram no contexto da questão agrária. A República, escondendo o verdadeiro caráter das revoltas, considerou estas guerras como limpeza republicana e os próprios revoltosos se consideraram monarquistas.

descentralizadora levou à transferência do tratamento da problemática territorial indígena para o controle dos Estados.

A Constituição Brasileira de 1934 trouxe para o âmbito constitucional não apenas o problema das *terras de silvícolas*, mas também a competência privativa da União em legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, XIX, “m”). Além disso, vedou a alienação ou transferência da posse das terras em que o indígena estivesse permanentemente localizado, reforçando o estabelecimento do poder tutelar do Estado⁹.

Essa proibição foi mantida na Constituição Brasileira de 1937. Mas foi na Constituição de 1967, com as alterações da Emenda Constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969, que houve a classificação das terras indígenas como bens da União, assegurando aos silvícolas¹⁰ o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nessas terras, bem como a inalienabilidade das terras ocupadas pelos índios.

Com a CRFB/1988, as teorias do pluralismo jurídico, para os quais o direito produzido pelo Estado não é o único, foram fortalecidas no Brasil. (ALMEIDA, 2012). Não há mais dúvidas quanto à diferenciação conceitual entre terras indígenas e terras devolutas. No entanto, na prática, verificamos que as mudanças constitucionais e legislativas, somadas à ideia de desenvolvimento e de terras enquanto objeto de capital, geraram violações dos direitos territoriais dos povos indígenas.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são aquelas destinadas à posse permanente desses povos e a eles cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes em seu interior (art. 231 da CRFB/1988). Neste contexto, cabe à União demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas.

Neste viés, também verificamos que a CRFB/1988 é um marco Constitucional na garantia dos direitos territoriais dos povos indígenas, ao reconhecer a posse de suas terras tradicionais, entendidas como aquelas ocupadas em caráter permanente, bem como as utilizadas para as suas atividades produtivas e as imprescindíveis à proteção dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Todavia, no decorrer das mudanças legislativas, os conflitos entre particulares, Estado os povos indígenas se acirraram. Além disso, a divergência de

⁹ Devemos ressaltar que a criação do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) com fundamento no Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910 e definição de uma política nacional indigenista teve grande influência nas mudanças Constitucionais desse período.

¹⁰ Não se trata de uma categoria antropológica, e sim uma categoria jurídica utilizada nas normas brasileiras antes de 1988.

interpretações, de interesses e por vezes a ausência de soluções por parte dos órgãos administrativos levam os casos ao judiciário, como instância de resolução de conflitos.

Neste sentido, o Parque Indígena do Xingu, no Estado do Mato Grosso, é um caso emblemático. Trata-se da primeira terra indígena homologada pelo governo federal no Brasil e que em 2018 comemorou 57 anos. Até hoje, o Parque enfrenta uma série de desafios. Nos últimos 30 anos, 66% das florestas nas adjacências do Território Indígena do Xingú¹¹ foram desmatadas e substituídas por grandes monoculturas de base agroquímica, trazendo graves consequências para os modos de vida dos povos indígenas da região. “As secas, os agrotóxicos, as pragas e o fogo descontrolado impactam diretamente na disponibilidade de recursos naturais importantes para os índios.” (ISA, 2018, s.p)

Devido à sua relevância, faremos a análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto em 2017, não de modo a verificar apenas quem foi a parte vencedora na ação, mas principalmente como os ministros fundamentam e se posicionam ao julgar se a terra objeto do litígio é devoluta ou indígena.

4 TERRA INDÍGENA OU TERRA DEVOLUTA? PARÂMETROS DA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Nº 362/MT

A Ação Cível Originária (ACO) nº 362/MT foi julgada em 16/08/2017 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) e teve como relator o Ministro Marco Aurélio. Trata-se de uma ACO julgada em conjunto com a ACO nº 366 e que serviu como base de fundamentação para esta. Desse modo, este artigo se delimita à análise da ACO nº 362 e justifica-se a escolha deste acórdão¹² do STF uma vez que esse tribunal é a última instância jurisdicional no Brasil e que essas decisões acabam se tornando verdadeiras teses jurídicas. Além disso, o Parque Indígena do Xingu, como referenciamos ao final da seção anterior, é um caso emblemático.

Para sintetizar e analisar o referido acórdão, utilizamos o método do caso norte americano, que consiste em uma metodologia de análise de decisões judiciais idealizado por Christopher Columbus Langdell, na década de 1871, que o introduziu no ensino universitário

¹¹ Segundo dados do ISA (2018, s/p), o Território Indígena do Xingu “é a região que engloba o Parque Indígena do Xingu e três Terras Indígenas adjacentes, demarcadas nas décadas seguintes - Pequizal do Naruvôtu, Wawi e Batovi. São 2,8 milhões de hectares, oito mil pessoas que compõem uma sociobiodiversidade única em uma região de transição entre Cerrado e Amazônia.”

¹² Acórdão é uma decisão do órgão colegiado, uma decisão coletiva. Escolhemos analisar acórdãos por haver a possibilidade de divergência de teses nos votos dos julgadores. Além disso, permite verificar a forma pela qual o litígio é resolvido.

do Direito por meio do estudo e discussão de *cases*. Apesar de haver divergência no que tange a existência de uma teoria de precedentes nos países de *civil law*, essa metodologia de análise jurisprudencial possui relevância no estudo de decisões judiciais no Brasil, tendo em vista que permite ao pesquisador saber como os Tribunais decidem com base em determinados conceitos teóricos, além de ser eficaz por apresentar como um conflito de direitos, discutido hipoteticamente nas salas de aula, se coloca e é resolvido na prática (RAMOS; SCHORSCHER, 2009)

Desta forma, sobre a ACO nº 362/MT, originariamente, tratava-se de ação ordinária de indenização por desapropriação indireta ajuizada pelo Estado do Mato Grosso contra a União e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com fundamento no fato de que os réus teriam incluído terras devolutas pertencentes ao Estado do Mato Grosso dentro do perímetro do Parque Indígena do Xingu, sem observar o devido procedimento expropriatório.

O Parque Indígena do Xingú foi criado pelo Decreto nº 50.455/1961, e seus limites foram ampliados pelos Decretos nº 63.082/1968 e nº 68.909/1971. O Estado argumenta que as “tribos” (sic) que habitam o Parque Indígena não ocupavam o local antes, tendo sido transferidas pela União e que não se pode considerar a área em litígio como de posse imemorial de tribos indígenas, sendo, portanto, devida a indenização.

A FUNAI apresentou contestação, sustentando que as terras que compõem o Parque, bem como as adjacências, são habitat imemorial de silvícolas, logo, de propriedade da União. Além disso, os diversos documentos históricos e estudos comprovam a existência do Parque do Xingu há muito tempo, antes mesmo da edição do Decreto que o institui, e que entre 1930 e 1966, ocorreu a venda de grandes glebas de terras públicas no estado do Mato Grosso, tendo o Estado alienado terras à particulares em área superior à totalidade do próprio território, inclusive as historicamente habitadas por indígenas. (BRASIL, 2017)

A União também contestou afirmando que não houve comprovação de domínio, bem como a individualização deficiente dos bens reivindicados e que a tentativa do Estado do Mato Grosso era de “utilizar o processo com o objetivo ilegal de fazer prosperar ‘verdadeira indústria da desapropriação indireta no Parque Xingu” (BRASIL, 2017, p. 4121-4122). Sinaliza conexão da causa com a ACO nº 79, proposta pela União contra o Estado do Mato Grosso e várias empresas que celebraram contratos para a colonização de terras públicas, especialmente na área do Xingu.

Segundo a União, o Estado não demonstrou a natureza devoluta das terras de conseqüentemente o domínio sobre a área supostamente objeto de esbulho. Sustenta que não existe “posse indígena em terras estaduais” pois a posse indígena exsurge, desde a

Constituição de 1934, direito de propriedade autônomo. Portanto, os títulos incidentes sobre terras indígenas conferidos a particulares antes da Constituição de 1934, haveria nulidade superveniente. Aos títulos concedidos após esse diploma seriam nulos de pleno direito, tendo em vista a ausência de domínio. A União pleiteou perícia arqueológica e antropológica.

O ponto controverso do caso foi a questão de serem tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas¹³ as terras compreendidas no Parque Indígena do Xingu. O Ministério Público Federal (MPF) se manifestou pela improcedência do pedido, uma vez que a única controvérsia no caso diz respeito ao caráter das terras integrantes do Parque Indígena do Xingu, se de posse imemorial dos silvícolas ou não.

Os votos foram proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski¹⁴.

O relator, ministro Marco Aurélio, consignou que o conflito se resume à discussão da titularidade das áreas que compõem o Parque, cujos limites foram definidos pelo Decreto nº 50.455/1961, que o criou, e pelos de nº 63.082/1968 e 68.909/1971, os quais ampliaram a área de abrangência.

Em seu voto, afirmou que desde a Carta de 1934 é reconhecida a posse dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, conforme previsto no art. 129, o que se repetiu nas Constituições de 1937 (art. 154), 1946 (art. 216), 1967 (art. 4º, IV e art. 186). Sendo que com a EC nº 1/1969 (art. 198, § 2º) passou a ser previsto que a nulidade e extinção de títulos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI. O relator mencionou, inclusive, uma antiga decisão do STF¹⁵ que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 1.077/1950 do Estado do Mato Grosso, que reduziu a amplitude da área de terras que se achavam na posse dos silvícolas.

Desse modo, fundamenta que as provas apresentadas foram fartas no sentido de que não apenas a totalidade das terras integrantes do Parque Indígena do Xingu é de tradicional ocupação indígena como também muitas das áreas adjacentes: os laudos antropológicos produzidos por Bruna Franchetto em 1987 e por João Dal Paz Neto trouxeram detalhado panorama histórico da presença indígena na região. O perito fez referência à estudos arqueológicos realizados na região que comprovaram a ocupação indígena em diversos pontos

¹³ O conceito de terras tradicionalmente ocupadas é utilizado por Almeida (2012) como terras que expressam uma diversidade de formas de existência coletiva de diferentes povos e grupos sociais em suas relações com os recursos da natureza, onde a territorialidade é um fator de identificação, defesa e força.

¹⁴ O Ministro Gilmar Mendes estava impedido de votar e os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Celso de Mello estavam ausentes, justificadamente.

¹⁵ Trata-se do Recurso Extraordinário nº 44.585, relator: Ribeiro da Costa. Julgado em: 30 ago. 1961.

da bacia do Xingu há pelo menos 800 anos (BRASIL, 2017). Portanto, o relator concluiu que as terras que passaram a compor o Parque Xingu não eram de titularidade do Estado de Mato Grosso, pois ocupadas, historicamente, por povos indígenas.

Em seguida, o Ministro Alexandre de Moraes reforçou que o caso em questão não visava rediscutir ou reiniciar a discussão sobre marco temporal, e sim da questão de saber se as terras reivindicadas são devolutas e, conseqüentemente, do Estado, ou se são terras tradicionalmente de ocupação indígena, portanto, da União. Segundo a pretensão do autor, se fossem devolutas, haveria a caracterização da desapropriação indireta e necessária indenização.

Assim, o Ministro verificou que o pleito passava pela verificação de três requisitos fundamentais: a propriedade do titular, a posse injusta do réu, e a perfeita individualização do imóvel reivindicado. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes “não me parece que o autor tenha conseguido, primeiro, comprovar, juridicamente, que as terras foram, em algum momento, transformadas em terras devolutas. Por consequência, jamais teriam passado para o domínio do Estado do Mato Grosso” (BRASIL, 2017, p. 4135) e que as provas apresentadas nos autos comprovam que todas as áreas foram objeto de ocupação tradicional indígena, que sempre existiu e sempre foi lícita.

Portanto, ao mesmo tempo que não houve comprovação de que as áreas pleiteadas pelo Estado do Mato Grosso são devolutas, houve comprovação de que são áreas de ocupação indígena. No que diz respeito à leitura feita pelo Estado do Mato Grosso, sobre a imediata transferência das terras ao domínio dos Estados com a Constituição de 1891, o Ministro entendeu que esse raciocínio não se aplicava às terras ocupadas pelos indígenas, que eram terras congenitamente possuídas. Desse modo, as áreas de ocupação já originária dos índios, as quais eram chamadas de terras do indigenato¹⁶ desde o alvará de 1º de abril de 1580, já eram destinadas aos indígenas.

O Ministro entendeu ser descabido falar em "terras devolutas de ocupação indígena", pois as terras ou são devolutas, ou são indígenas (BRASIL, 2017, p. 4136). O mesmo raciocínio se aplica quando se trata de ocupação quilombola. Ou são devolutas ou de ocupação quilombola. Assim, a partir da Constituição de 1934, as constituições brasileiras passaram a consagrar o direito dos grupos indígenas sobre os imóveis por eles ocupados e o próprio STF foi definindo que essas áreas de ocupação indígena são de propriedade da União.

¹⁶ Trata-se de termo utilizado originariamente por João Mendes Junior (1912).

É importante mencionar a referência feita pelo referido Ministro, de que “o próprio Estado do Mato Grosso, em nota oficial assinada pelo então Chefe do Executivo Estadual, Dr. Fernando Corrêa da Costa, afirmou, expressamente, a sua posição favorável à criação do Parque Indígena do Xingu, tendo em vista a presença dos índios na área.” (BRASIL, 2017, p. 4137).¹⁷

Desse modo, em nenhum momento as autoridades estaduais esboçaram qualquer tentativa de negar a existência de povos indígenas na área do Xingu, inclusive, o Governador do Estado do Mato Grosso, à época, encaminhou à Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal um levantamento estatístico sobre as tribos existentes, indicando, em alguns casos, a sua localização. (BRASIL, 2017)

A perícia antropológica reconheceu que as terras objeto do litígio constituem área de ocupação histórica e tradicional indígena. A proteção constitucional é verificada desde a Carta Política de 1934. Assim, o laudo da perícia antropológica concluiu que, a partir dos dados históricos, etnológicos e etnográficos, toda a extensão do Parque Indígena do Xingú constitui em área de ocupação histórica e tradicional indígena. Foram “identificadas, demarcadas, homologadas e registradas tanto no Serviço de Patrimônio da União quanto nos Cartórios de Registro de Imóveis dos Municípios em que se encontram”, logo, são terras indígenas de propriedade da União federal e de usufruto permanente dos povos indígenas que tradicionalmente ocupavam e ocupam. (BRASIL 2017, p. 4141).

O Ministro Alexandre de Moraes citou a ADI 255 como precedente, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que também trata dessa questão, afirmando que a Constituição de 1891 só reconheceu como áreas devolutas algumas áreas onde se comprovou, à época, a total extinção de aldeias, ou seja, nas quais não havia mais nenhuma ocupação.

Com relação à tese do Estado do Mato Grosso no que diz respeito à transferências de “tribos” (sic) para áreas do Parque do Xingu e para as outras áreas tratadas, o Ministro Alexandre de Moraes entende que não houve transferência voluntária. Houve uma necessidade de, em determinado momento, proceder a uma adequação em virtude do verdadeiro esbulho que ocorreu no Estado do Mato Grosso: a transferência de áreas, a venda de áreas ilicitamente, a venda de uma área várias vezes maior. Inclusive, a Comissão Parlamentar de Inquérito chegou, à época, à conclusão de que se se fotografasse por cima o Estado do Mato Grosso, teria que ter três vezes mais terras em virtude dessas vendas.

¹⁷ Tal afirmação, pode ser verificada no documento publicado pelo Diário do Congresso Nacional, de 07 de julho de 1955

Também pesou a agressão que os índios sofreram, em determinado momento, daqueles que invadiram as suas terras.

Todos esses fatores forçaram o deslocamento, que não foi voluntário, como afirma o Estado do Mato Grosso: foram deslocamentos compulsórios, em virtude da violência sofrida à época. Esse deslocamento não retira a característica de permanência na ocupação, até porque o parque, que era previsto para 200 mil km², acabou sendo realizado, em determinado momento, em área muito menor, de 20 mil km². (BRASIL, 2017). Não houve, portanto, uma alteração de local, mas uma tentativa de proteção e concentração dos indígenas. E isso só foi necessário em virtude das sucessivas invasões e alienações ilícitas de suas terras.

Por fim, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu que não ficou comprovada a “propriedade do autor” (primeiro requisito necessário), nem a posse injusta do réu (segundo requisito), nem houve a indicação da perfeita individualização da área pleiteada pelo autor em ambas as ações (terceiro requisito), pelo que acompanhou o voto do relator.

Em seguida, a Ministra Carmen Lúcia entendeu que o domínio e a posse dos índios ficaram qualificados para a verificação de que as áreas eram da União com destinação específica, bem como que os direitos dos indígenas àquela terra ficaram devidamente comprovados. A ministra utilizou como fundamento trechos do seu voto no julgamento do caso Raposa-Serra do Sol, a obra de João Mendes Junior (1912), que faz remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680 e a origem do indigenato, e ao julgamento da ACO nº 469, iniciado em 15/05/2002, no qual o então Relator, Ministro Ilmar Galvão, demonstrou que as terras de posse permanente dos indígenas não passaram ao domínio dos Estados como terras devolutas, fazendo referência à várias legislações ao longo da história da ocupação do território brasileiro¹⁸

A Ministra faz referência à vários precedentes do STF, quais sejam: ACO nº 312/BA, Relator: Ministro Eros Grau, Plenário, DJe de 21/03/2013, ressaltando, assim como na ACO nº 323/MG, Plenário, DJ de 08/04/1994, que “a baixa demografia indígena na região em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados pelo forasteiro, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas”

¹⁸ A ACO nº 469 faz referência à Lei de Terras e o seu Decreto n. 1.318, de 30.01.1854, ao distinguir glebas não ocupadas daquelas particulares e de uso governamental e na qual inicialmente se dispôs sobre as terras devolutas do Império Desde 1680, o alvará que tratava das sesmarias concedidas pela Coroa (1º.4.1680) reconhecia e ressalvava o senhorio “primário e natural” dos indígenas sobre as terras por eles ocupadas. Posteriormente, a chamada Lei Pombalina, de 1755, na linha do estabelecido pelo Alvará de 1º.4.1680, aprimorou sensivelmente a tutela legal dos direitos indígenas, por ordem da Coroa portuguesa, entre os quais o de “inteiro domínio e pacífica posse das terras ... para gozarem delas por si e todos seus herdeiros”, bem como às constituições brasileiras. (BRASIL, 2017, p. 4152-4159)

O Ministro Edson Fachin apresentou seu voto, destacando alguns pontos. No que diz respeito às terras devolutas, entende que a formação histórica do seu acervo remonta não apenas à Lei nº 601/1850, bem como a seu decreto regulamentador de 1854, mas ao próprio regime das sesmarias, passando pelas ordenações reinícolas, até chegar à Constituição de 1891. Entretanto, a devolutividade pressupõe a característica das terras serem suscetíveis de transmissão do patrimônio público à legítima apropriação das titularidades privadas.

No referido caso, não se está diante de terras devolutas, tendo em vista que o caráter de devolutividade se constitui por meio de uma ação discriminatória, cujo procedimento administrativo gera efeitos na regularização fundiária. Desse modo, verifica a primeira fragilidade do argumento suscitado pelo Estado do Mato Grosso. Além disso, o STF já possui precedente nessa matéria: no julgamento de 1961, o voto do Ministro Victor Nunes Leal evidencia que o STF já distinguia o reconhecimento respectivo dos territórios indígenas num segmento próprio distinto das terras devolutas. (BRASIL, 2017)

No que diz respeito à indenização, o Ministro faz referência ao professor Dalmo de Abreu Dallari, afirmando que “Quem busca indenização quer se tornar indene; para tornar-se indene, precisa demonstrar o dano; para demonstrar seu dano, é preciso evidenciar que foi ceifado de alguma titularidade. Quem não tinha aquilo sobre o que sustenta o dano, dali, dano algum pode decorrer”. (BRASIL, 2017, p. 4173)

Entendeu também que “o direito dos indígenas à posse e uso das terras que ocupam tampouco foi infirmado pela Lei de terras acima citada, e veio também assegurada pelo disposto do artigo 24, § 1º do Decreto nº 1318/1854”. Esse raciocínio decorre do fato de que se a posse é legitimada ao primeiro ocupante, e já se reconhecia o direito originário dos indígenas às terras em sua posse, portanto, estas já eram legitimadas. O Ministro considera que o reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros, sendo entendimento pacífico na doutrina.

Além disso, não se trata de área reservada a qual, por definição, não é terra de ocupação tradicional indígena, mas um espaço concedido pelos entes federados para abrigar alguma ou algumas etnias, criada especificamente para essa finalidade. Nessa hipótese, ausente a posse originária da terra, faria sentido falar-se em desapropriação, o que não é a hipótese em questão. Isso porque a criação do Parque Indígena do Xingu é anterior ao Estatuto do Índio, de 1961, e a prova pericial produzida nos autos é categórica acerca da configuração de toda a extensão da área como terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas.

De igual maneira, a constatação de atração de algumas tribos para dentro do Parque não desconfigura a origem do domínio da terra. Reforça que antes da CRFB/1988, os índios eram chamados de silvícolas e tutelados pelos órgãos de proteção federal. Era comum a prática de deslocamento dos povos como consequência das políticas desenvolvimentistas, como a construção de estradas, pontes, abertura de fronteiras agrícolas e atividades pecuárias.

O ministro também reforça, com base em Vitorelli, que:

A posse indígena não se iguala à posse civil; ela deságua na própria formação da identidade da comunidade de índios, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra. A posse indígena na verdade se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial. (BRASIL, 2017, p. 4183).

O Ministro Luis Roberto Barroso considerou que, embora o judiciário tenha a competência formal para dar a última palavra quando se estabelece um conflito de interesses judicializado, isso não significa que ele deva dar a última palavra quanto ao mérito que esteja sendo discutido, pois nem sempre será o árbitro mais qualificado para deliberar sobre algumas matérias que possuem dimensão técnica especializada, como é o caso do Parque Indígena. (BRASIL, 2017). Desse modo, a demarcação de terras indígenas, transposição de rios, exigem uma expertise diferente daquela ensinada nas faculdades de Direito. Portanto, deve-se assegurar que todas as pessoas com legítimo interesse sejam ouvidas e participem da discussão, apresentando as suas razões.

Com relação ao mérito da questão, o Ministro entendeu que os pedidos deveriam ser julgados improcedentes, haja vista que na controvérsia dominial noticiada pela União, cabia o Estado do Mato Grosso comprovar a propriedade das áreas, sendo insuficiente a mera alegação de que eram terras devolutas. Segundo o Ministro, “o autor deveria ter juntado aos autos judiciais cópia das certidões de ônus reais (emitidas por delegatários do próprio Estado, nos termos do art. 236, da CF/88) ou, ainda, qualquer prova hábil de propriedade dos bens imóveis pelos quais pretende ser indenizado” (BRASIL, 2017, p. 4200)

Em segundo lugar, embora sem mencionar as terras indígenas, a CRB/1891 manteve em vigor as leis anteriores à sua promulgação que não fossem explícitas ou implicitamente contrárias ao sistema de Governo firmado e aos princípios consagrados. Uma dessas leis era a Lei nº 601 de 18.09.1850 (Lei de Terras), cujo art. 3º definia as terras devolutas e cujo art. 128 permitia ao Governo Imperial reservar, dessas terras, aquelas que julgasse necessárias

para a colonização dos indígenas. Todavia, as normas da época tornavam pouco clara a relação jurídica existente entre os indígenas e as terras que lhes serviam de habitat. Sendo que a Constituição de 1934 foi a primeira a enfrentar o tema expressamente. O Ministro entende que, desde então, colocou-se um ponto final na discussão, protegendo a posse das terras onde os povos indígenas estivessem “permanentemente localizados”.

Assim, a CRFB/1988, em seu art. 231 atribui uma importância diferenciada aos índios e seu modo de viver, bem como consagrou o caráter originário às terras ocupadas tradicionalmente ocupadas pelos índios, e afirmou serem nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, vedando a indenização salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Portanto, as normas constitucionais devem ser compreendidas sob uma perspectiva histórica, com o progressivo reconhecimento do direito das comunidades indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, possuindo o ato administrativo mero conteúdo declaratório, “ainda que isso possa produzir extenso recorte no território de um Estado-membro da Federação” (BRASIL, 2017, p. 4204)

O ministro também diferencia “terras ocupadas” pelos indígenas de “áreas reservadas”¹⁹ aos índios, conforme previsto no Estatuto do Índio. Em relação às primeiras, os índios têm a posse assegurada desde a Constituição de 1934, e elas compõem o patrimônio da União desde a Constituição de 1967. Já as “áreas reservadas” não são – ao menos em sua totalidade – tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, podendo a União, caso assim deseje, expropriar imóveis que eventualmente não lhe pertençam para constituí-la. Assim, ainda que não se possa esperar dos laudos antropológicos absoluta certeza e objetividade, o resultado da perícia permite afirmar, com segurança, que a área do Parque do Xingu é uma terra “ocupada” ou “habitada” por indígenas à luz das Constituições de 1946, 1967 e 1969.

Em terceiro lugar, a prova pericial não deixa dúvidas de que há uma ocupação tradicionais dos indígenas naquele local, incidindo no caso o art. 216, § 6º, da CRFB/1988, que prevê a perda da eficácia dos títulos de domínio ou posse das terras, sem direito a indenização. Inclusive, o Ministro Barroso afastou a tese do marco temporal, fixada na Petição nº 3388/RR²⁰. O Parque Indígena do Xingu foi demarcado antes da CRFB/1988, não fazendo sentido a discussão sobre o marco temporal de 05/10/1988.

¹⁹ Essas “áreas reservadas”, dividem-se em “reserva indígena”, “parque indígena” e “colônia agrícola indígena”, cada uma com as suas características próprias. (BRASIL, 2017, p. 4205)

²⁰ Trata-se do caso que consignou a validade da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Portanto, o Ministro entende que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena quando demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postulam e que os laços culturais que os uniam se desfizeram, acompanhando o voto do relator.

A Ministra Rosa Weber consigna que não concorda com a premissa básica apresentada na tese do Procurador do Estado do Mato Grosso, de que as terras de tradicional ocupação indígena se constituíam em terras devolutas, e teriam passado, sob a égide da CRB/1891, à titularidade dos Estados. Além disso, afirma que há precedente a respeito²¹. Portanto, em 1986, quando foi ajuizada a presente ACO, a tese defendida pelo Estado poderia ter maior consistência, uma vez que ainda não havia decisão definitiva do STF sobre o tema. Mas hoje a questão já está superada.

A Ministra faz a observação de que na ACO nº 366 há um laudo de um assistente técnico que diverge parcialmente da afirmação de que haveria posse imemorial nas áreas demarcadas, o que decorre de interpretação, uma vez que os dados apresentados não consideram o modo de aproveitamento das terras, mas unicamente o fato de os indígenas estarem ou não nas terras. Desse modo, a ministra reitera seu voto pela improcedência do pedido do Estado do Mato Grosso e reforça que no caso não está em jogo o marco temporal da ocupação indígena.

Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski reforçou que se trata de uma questão puramente fática e fez considerações sobre a importância do saber antropológico na resolução de demandas que envolvem terras indígenas. Assim, ao se debruçar sobre os laudos é perceptível que foram elaborados segundo os pressupostos científicos, ao apresentar documentos, mapas e provas testemunhais, e os laudos, do ponto de vista técnico, estão impecáveis. Desse modo, o ministro acompanhou o voto do relator para julgar improcedente ambas as ações e o Plenário julgou, por unanimidade, a ACO 362/MT improcedente.

5 ANÁLISE DA ACO Nº 362/MT A PARTIR DO DIREITO AO TERRITÓRIO DOS POVOS INDÍGENAS

A partir da síntese da Ação Cível Originária (ACO) nº 362 e da análise dos fundamentos utilizados pelas partes e pelos ministros, verificamos o quanto é complexa a garantia do direito ao território dos povos indígenas e o entendimento das territorialidades

²¹ O caso citado pela Ministra foi a ADI 255/RS, Pleno, Relator Min. Ilmar Galvão, relator para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 24/05/2011, cujo julgamento iniciou em 2002 e só foi concluído recentemente.

desses povos no Brasil, principalmente quando esse direito entra em choque com as normas do direito Estatal.

Considerando os processos de regimes militares (década de 60 a 70) e de redemocratização, processos de ruptura e de conquista de direitos, embora tenham levado alguns juristas a falar em Estado “pluriétnico”, ou num Estado que confere proteção a diferentes expressões étnicas, eles não resultaram na adoção de uma política étnica, nem em ações governamentais sistemáticas capazes de reconhecer fatores situacionais que influenciam a conscientização do tema. Portanto, ainda há enormes dificuldades em implementar disposições legais dessa ordem, sobretudo em sociedades de fundamentos coloniais e escravistas, como a brasileira. (ALMEIDA, 2012)

Identificamos na ACO nº 362/MT que as novas formas de uso comum dos recursos naturais e as novas formas de ocupação, delimitando territorialidades específicas, estiverem presentes nas constituições anteriores à 1988. No entanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) certamente foi um marco importante para o reconhecimento do direito ao território dos povos indígenas, quando colidente com as normas do direito Estatal.

Ainda é necessário maior envolvimento de alguns ministros com as categorias antropológicas, para não utilizar, ao se referenciar aos povos indígenas enquanto “tribos”, “nômades” ou “silvícolas”, apesar de em um momento histórico, essas expressões terem sido frequentes. Utilizá-las hoje acaba por descaracterizar os indígenas enquanto povos ou nações que são. Além disso, ainda há resistência dos magistrados em se referir aos indígenas enquanto povos, mesmo após a ratificação em 2002, da Convenção 169 da OIT, que inclusive, não é citada de forma direta pelos ministros para reconhecer a auto identificação como critério fundamental na definição dos povos indígenas. No entanto, constatamos que, os ministros utilizam como referência o art. 231 da CRFB/1988, mesmo em situações fáticas que ocorrem anteriormente à referida Constituição.

Almeida (2012), ao tratar dos artigos 14 e 16 da referida Convenção, reforça o direito de retorno dos povos indígenas às suas terras tradicionais, assim que deixarem de ter direito às causas que levaram ao seu reassentamento. Essa situação se estende sobre as situações que resultaram em deslocamentos dos compulsórios de populações inteiras de suas terras por projetos agropecuários, de mineração, de construção de hidrelétricas, ou ainda de particulares que possuíam título de domínio de suas terras, como podemos ver nos fatos dos casos encontrados.

É nítido no acórdão a importância dos estudos periciais antropológicos, para indicar os caminhos na garantia dos direitos territoriais dos povos indígenas e fazer valer a presença desses povos em seu território. Ressaltamos também a participação dos antropólogos, na condição de peritos portadores de um saber, seja de provas – na visão jurídica – seja de evidências etnográficas, conforme a perspectiva antropológica dos fatos sociais a serem considerados juridicamente (O'DWYER, 2012).

É necessário, mesmo que a relação ainda seja marcada por práticas ambivalentes, uma interação maior entre a prática jurídica e antropológica, na utilização das categorias adequadas e na interpretação das normas e princípios jurídicos em consonância com os direitos dos povos indígenas.

Observamos que o resultado deste julgamento não tem o condão de demarcar a terra indígena, e sim negar provimento ao pedido de indenização do Estado do Mato Grosso em razão da desapropriação e, principalmente, avaliar a validade do título expedido pelo Estado-membro, no ano que variará conforme o caso, e se a área se tratava de tradicionalmente ocupada pelos povos indígenas.

Assim, o STF, ao dar recepção ao direito ao território dos povos indígenas e aos seus direitos territoriais originários, não foi constituída de uma mera aceitação/tolerância, mas em respeito/reconhecimento da tensa luta de séculos contra o colonialismo (BELTRÃO; OLIVEIRA, 2014). No entanto, ainda há muitos desafios a serem enfrentados, principalmente com o atual governo federal brasileiro: enfrentar o pensamento colonialista, que acreditam que a lei e a “segurança” sobre as terras deve alcançar primeiramente os não-índios, e que os povos indígenas devem ser integrados à sociedade não-indígena são apenas alguns destes desafios.

6 CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo era responder ao seguinte problema: quais fundamentos o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou no julgamento da Ação Cível Originária (ACO) nº 362/MT no que diz respeito à venda de terras indígenas como terras devolutas no Parque Indígena do Xingu, Estado do Mato Grosso. Após a análise, concluímos que o STF reconheceu o indigenato e a ocupação tradicional das terras do Parque, a partir das provas juntadas aos autos, especialmente os laudos periciais antropológicos, que constataram a presença de povos indígenas em tempos imemoriais nas terras objeto do litígio que eles foram compelidos a se locomover devido à expulsão de particulares ou até mesmo do Estado.

A importância das garantias dispostas no art. 231 e seus parágrafos da CRFB/1988 é manifesta no acórdão principalmente quanto ao reconhecimento dos direitos originários sobre as terras que os povos indígenas tradicionalmente ocupam. Diante de tantas Constituições e legislações regulamentadoras que tinham por objetivo “integrar o silvícola” à comunidade nacional, desrespeitando e aniquilando a cultura dos povos indígenas, a CRFB/1988 trouxe muitos avanços e rompimentos com a ótica integracionista. No entanto, ainda é necessário que a construção e principiologia aplicada na prática não possua raízes individualistas, capitalistas e colonizantes.

Neste sentido, também ressaltamos a importância de os magistrados conhecerem as categorias antropológicas que perpassam o saber jurídico. Trata-se da tão emblemática relação entre antropologia e direito, a qual é necessária, de modo a possibilitar que os grupos étnicos possam reproduzir e recriar formas organizacionais que sejam vividos por esses povos.

Portanto, reforçamos a importância de realizar pesquisas jurisprudenciais, não para acompanhar qual é o resultado dado para os litígios envolvendo povos indígenas e seus direitos territoriais, mas principalmente, verificar se as bases e fundamentações são construídas pelos magistrados de modo a garantir direitos aos povos etnicamente diferenciados, que constantemente têm seus direitos violados, especialmente na Amazônia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas. In :SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/Rio de Janeiro, Contra Capa/ LACED/ABA, 2012, p. 375-389.

AZANHA, Gilberto. **A Lei de Terras de 1850 e as terras dos índios**. Disponível em: https://www.academia.edu/6102580/A_LEI_DE_TERRAS_DE_1850_E_AS_TERRAS_DOS_%C3%8DNDIOS_ou_da_sua_atualidade_para_a_propositura_de_a%C3%A7%C3%B5es_d_e_nulidade_de_t%C3%ADtulos_expedidos_por_estados_federados_sobre_terras_de_ocupa%C3%A7%C3%A3o_tradicional_ind%C3%ADgena?auto=download. Acesso em: 11 jul. 2019.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Movimentos, Povos & Cidades Indígenas: Inscrições Constitucionais e Direitos Étnicos na América Latina. In BELTRÃO Jane Felipe; BRITO FILHO, Jose Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). **Derechos humanos de los grupos vulnerables**, 2014, p. 251-284. Disponível em: <http://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/>. Acesso em: 14 abr. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ACO nº 362/MT**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado em: 16/08/2017. DJe de: 03/10/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

COELHO, Elizabeth Maria Beserra. **Territórios em confronto: A dinâmica da disputa pela terra entre Índios e Brancos no Maranhão**. São Paulo: Hucitec, 2002, p. 57-99.

INGLEZ DE SOUSA, Cássio Noronha. Dimensão fundiária da gestão territorial de Terras Indígenas no Brasil. In SOUSA, Cássio Noronha Inglez de. ALMEIDA, Fábio Vaz Ribeiro de (Orgs.). **Gestão territorial em terras indígenas no Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão; Unesco, 2012. pp. 76-124

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. **Povos indígenas no Brasil**. Localização e extensão das TIs. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>. Acesso em: 01 mar. 2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. **Parque Indígena do Xingu comemora 57 anos**. Sexta-feira, 13 de abril de 2019. Isabel Harari. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-xingu/parque-indigena-do-xingu-comemora-57-anos>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MENDES JÚNIOR, João. **Os Indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

O'DWYER, Eliane Cantarino. Introdução. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Coord.). **Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Brasília/Rio de Janeiro, Contracapa/ LACED/ABA, 2012. p. 318-335.

RAMOS, Luciana de Oliveira; SCHORSCHER, Vivian Cristina. Método de Caso. In: GHIRARDI, José Garcez (Coord). **Método de Ensino em Direito: conceitos para um debate**. São Paulo: Saraiva: 2009. p. 49-60.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo, Petrópolis, IEB-Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005, p. 123-140.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1 ed (1998). 8 reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

VERDUM, Ricardo. Terras, territórios e a livre determinação territorial indígena. In SAUER, Sergio e ALMEIDA, Wellington (Org). **Terras e territórios na Amazônia: demandas, desafios e perspectivas**. Brasília, Editora da Universidade de Brasília. 2011. pp. 93-113.