

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

Pedro Alberto Pereira de Mello Calmon Holliday



A proteção processual da posse nos conflitos coletivos interétnicos



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministro João Otávio de Noronha

Presidente

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Corregedora-Geral da Justiça Federal e Diretora do Centro de Estudos Judiciários

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

Desembargador Federal Reis Friede

Desembargador Federal Mairan Gonçalves Maia Júnior

Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus

Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho

Membros Efetivos

Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira

Ministra Assusete Dumont Reis Magalhães

Desembargador Federal Francisco de Assis Betti

Desembargador Federal Messod Azulay Neto

Desembargadora Federal Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida

Desembargador Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle

Desembargador Federal Lázaro Guimarães

Membros Suplentes

Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes

Secretária-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A proteção processual da posse nos conflitos coletivos interétnicos

Pedro Alberto Pereira de Mello Calmon Holliday

CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

Presidente

Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Diretora do Centro de Estudos Judiciários

Membros

Ministro Og Fernandes

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Mauro Campbell Marques

Superior Tribunal de Justiça

Ministra Regina Helena Costa

Superior Tribunal de Justiça

Ministra Maria Isabel Gallotti

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Cesar Asfor Rocha

Superior Tribunal de Justiça

Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva

Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Porto Alegre-RS

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

Desembargador Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

Juiz Federal Daniel Marchionatti Barbosa

Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul

Juiz Federal Marcelo Costenaro Cavali

Seção Judiciária do Estado de São Paulo

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Júnior

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A proteção processual da posse nos conflitos coletivos interétnicos

Pedro Alberto Pereira de Mello Calmon Holliday

Copyright ©Conselho da Justiça Federal

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EDITORAÇÃO

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Meirielle Viana Pires – Secretária do Centro de Estudos Judiciários

Maria Aparecida de Assis Marks – Diretora da Divisão de Biblioteca e Editoração do CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim – Chefe da Seção de Editoração

Kaynara Jaquelin Souza Llamocca – Estagiária

Diagramação e Arte-final

Telma Cristina Ikeda Gondo – Servidora da Seção de Editoração

H739p Holliday, Pedro Alberto Pereira de Mello Calmon.

A proteção processual da posse nos conflitos coletivos interétnicos / Pedro Alberto Pereira de Mello Calmon Holliday. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2020.

371 p. – (Série Monografias do CEJ ; n. 36).

1. Ação possessória. 2. Direitos do indígena. 3. Conflito étnico. 4. Multiculturalismo. 5. Índios, posse de terra, direito comparado, Austrália, Canadá, México. 6. Terras indígenas, aspectos constitucionais, história, proteção. I. Série.

CDU 347.91/.95(81)

Ficha catalográfica elaborada por Lara Pinheiro Fernandes do Prado – CRB 1/1254

DEDICATÓRIA

*À memória do meu trisavô, Desembargador José Roberto Vianna Guilhon;
do meu bisavô, Juiz Pedro Alexandrino Pereira de Mello e
do meu avô, Desembargador Ivo Guilhon Pereira de Mello;
magistrados de escol que honraram a toga, cada um a seu tempo.*

*Ao meu pai, Patrick Holliday (in memoriam), pelo enorme senso de justiça.
À minha mãe, Ita Regina (in memoriam), que via beleza no Direito!*

*Para Bianca, Bruno e Pedro Henrique,
o sentido da vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), por me oportunizar o grau de Bacharel em Direito e o título de Mestre em Direito processual.

Agradeço, também, ao Tribunal Regional Federal e à Escola da Magistratura (ESMAF) da 1ª Região e que primam pelo aperfeiçoamento de seus magistrados e investem no avanço das fronteiras do conhecimento jurídico.

Nossa eterna gratidão ao corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFES, em especial aos Profs. Valesca Raizer Borges Moschen, Júlio Cesar Pompeu, Rodrigo Reis Mazzei, Tárek Moyses Moussallem, Sandro José da Silva e José Pedro Luchi, não só pelas lições acadêmicas, mas, sobretudo, por estimular em nós outros as possibilidades de uma fecunda produção científica.

Meu especial agradecimento àquele que foi o mestre dos meus mestres, o Prof. Dr. José Manoel Arruda Alvim Netto, pelo exemplo, pelo incentivo, pela lhanza e por compartilhar comigo o seu infindável conhecimento jurídico.

Por último, meu muito obrigado ao Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge, processualista de primeira grandeza, pela orientação deste trabalho e pela confiança incondicional.

“Tenta. Fracassa. Não importa. Tente outra vez. Erre de novo. Erre melhor!”

Samuel Beckett

SOBRE O AUTOR

Pedro Alberto Pereira de Mello Calmon Holliday é Juiz Federal Diretor da Subseção Judiciária de Itabuna/BA e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS | 19 |
| I INTRODUÇÃO | 23 |
| 2 A POSSE E A PROPRIEDADE NO ESTADO DA NATUREZA | 31 |
| 2.1 Generalidades | 31 |
| 2.2 Sociologia da propriedade privada | 33 |
| 2.2.1 Teoria da religião | 34 |
| 2.2.2 Teoria da ocupação | 35 |
| 2.2.3 Teoria do trabalho | 37 |
| 2.2.4 O jusnaturalismo | 40 |
| 2.2.5 Os contratualistas | 41 |
| 2.2.5.1 <i>Thomas Hobbes</i> | 42 |
| 2.2.5.2 <i>John Locke</i> | 44 |
| 2.2.5.3 <i>Jean-Jacques Rousseau</i> | 45 |
| 2.3 Legitimação da posse e da propriedade no Novo Mundo | 46 |
| 2.3.1 Os novos donos do mundo | 47 |
| 2.3.2 Cerimônias da posse na conquista Europeia | 48 |
| 2.3.3 A conquista como fundamento da posse | 51 |
| 2.3.4 A posse pela guerra justa | 52 |
| 3 O ESTADO MULTICULTURAL E PLURIÉTNICO | 55 |
| 3.1 Multiculturalismo e Indigenismo nas Américas | 56 |

| | |
|---|----|
| 3.2 Pluralismo jurídico e interculturalidade na América | 58 |
| 3.3 A proteção internacional dos povos indígenas | 62 |
| 3.3.1 Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH (1948) | 62 |
| 3.3.2 A Convenção n. 169 da OIT (1989) | 64 |
| 3.3.3 Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas | 67 |
| 3.4 Conflitos possessórios no Direito Comparado | 70 |
| 3.4.1 Austrália | 71 |
| 3.4.2 Canadá | 73 |
| 3.4.3 México | 75 |
| 3.4.4 Peru | 78 |
| 4 OS FUNDAMENTOS DA POSSE INDÍGENA | 81 |
| 4.1 O regime histórico-dogmático das terras indígenas | 81 |
| 4.1.1 O testamento de Adão | 81 |
| 4.1.2 Senhores naturais e primários | 85 |
| 4.1.3 O marquês e suas leis | 88 |
| 4.1.4 Um imperador, uma Constituição | 89 |
| 4.1.5 Lei de Terras em uma terra sem lei | 91 |
| 4.1.6 República velha, Constituição nova | 93 |
| 4.1.7 Um decreto para os índios | 94 |
| 4.2 Dimensão constitucional da posse indígena | 95 |
| 4.2.1 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934) | 95 |
| 4.2.2 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937) | 97 |
| 4.2.3 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946) | 98 |
| 4.2.4 Constituição da República Federativa do Brasil (1967) .. | 98 |

| | |
|--|-----|
| 4.2.5 Emenda Constitucional n. 1 (1969) | 99 |
| 4.2.6 Constituição da República Federativa do Brasil (1988) .. | 101 |
| 4.2.6.1 <i>Comissão Afonso Arinos e o anteprojeto constitucional</i> | 102 |
| 4.2.6.2 <i>Comissão da ordem social e subcomissão de negros, índios e minorias</i> | 103 |
| 4.3 A teoria do indigenato | 105 |
| 4.3.1 Gênese e fundamentos | 107 |
| 4.3.2 Crítica às fontes normativas | 109 |
| 4.3.3 O indigenato no regime pós-colonial | 117 |
| 4.3.4 A síndrome de Copacabana | 119 |
| 4.4 A posse indígena na Constituição de 1988 | 122 |
| 4.4.1 Generalidades | 122 |
| 4.4.2 A organização social indígena | 124 |
| 4.4.3 O túnel do tempo | 125 |
| 4.4.4 Os direitos originários: história e conceito | 126 |
| 4.4.5 A ocupação tradicional: requisitos constitucionais | 136 |
| 4.4.5.1 <i>A ocupação tradicional e sua afetação ao patrimônio público</i> | 139 |
| 4.4.6 O marco temporal da ocupação tradicional | 140 |
| 4.4.6.1 <i>Os antigos aldeamentos e a súmula n. 650 do STF</i> | 145 |
| 4.4.6.2 <i>O precedente da Raposa-Serra do Sol (Pet. n. 3.388/RR)</i> | 146 |
| 4.4.7 Teoria do fato indígena | 147 |
| 4.4.8 Renitente esbulho | 152 |
| 5 DINÂMICA DA DISPUTA ÉTNICA: COLISÃO E PONDERAÇÃO | 155 |
| 5.1 O índio como sujeito de direitos | 155 |
| 5.2 O contexto contemporâneo do conflito | 160 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 5.3 | Processo de “retomada” de terras | 163 |
| 5.4 | Etnogênese, reetnização e os índios ressurgidos | 167 |
| 5.5 | Direitos Humanos <i>versus</i> direitos humanos | 171 |
| 5.5.1 | Os índios e os pequenos proprietários rurais | 173 |
| 5.5.2 | A demarcação indígena e os assentamentos do INCRA .. | 174 |
| 5.5.3 | Pretos contra negros | 173 |
| 5.5.4 | Propostas de solução | 176 |
| 5.6 | Garantia constitucional do direito de propriedade | 178 |
| 5.7 | Posse indígena e posse civil: distinções e efeitos | 181 |
| 5.7.1 | Posse permanente | 185 |
| 5.7.2 | Usufruto constitucional indígena | 187 |
| 5.7.3 | Efeitos da posse indígena e a cláusula não-indenizatória | 192 |
| 5.8 | Função social da posse | 197 |
| 6 | O CONFLITO ÉTNICO E A PROTEÇÃO PROCESSUAL DA POSSE | 207 |
| 6.1 | Generalidades | 207 |
| 6.2 | Causas imediatas do conflito | 208 |
| 6.3 | O litígio estrutural fundiário | 212 |
| 6.4 | Proteção processual da posse | 213 |
| 6.5 | Fundamentos da posse | 213 |
| 6.6 | As ações interditaes | 216 |
| 6.6.1 | Reintegração de posse | 219 |
| 6.6.2 | Manutenção de posse | 220 |
| 6.6.3 | Interdito proibitório | 221 |
| 6.6.4 | Requisitos comuns às ações possessórias | 222 |
| 6.6.5 | Legítima defesa da posse e o desforço imediato | 223 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 6.6.6 | <i>Jus possessionis</i> e <i>jus possidendi</i> em terras indígenas | 225 |
| 6.6.7 | A posse indígena e a reserva de cognição (<i>exceptio dominii</i>) | 228 |
| 6.6.7.1 | Cumulação de juízo petitório e possessório (NCPC, art. 327) | 231 |
| 6.6.8 | Prova pericial antropológica | 233 |
| 6.6.9 | Usucapião indígena com matéria de defesa | 235 |
| 7 | QUESTÕES PROCESSUAIS NOS LITÍGIOS COLETIVOS INDÍGENAS | 239 |
| 7.1 | O juízo liminar possessório | 239 |
| 7.1.1 | O princípio do <i>quieta non movere</i> e as liminares possessórias | 245 |
| 7.1.2 | Proibição de liminar sem oitiva prévia da União e Funai | 247 |
| 7.1.3 | Demanda possessória em área demarcada e sua vedação legal | 249 |
| 7.1.4 | Procedimento demarcatório e o devido processo legal | 252 |
| 7.1.5 | Liminar nos conflitos possessórios coletivos | 261 |
| 7.1.6 | Tutela antecipada na ação possessória de força velha ... | 266 |
| 7.2 | Competência | 271 |
| 7.2.1 | Competência para processar e julgar disputa de direitos indígenas | 272 |
| 7.3 | Legitimação <i>ad causam</i> | 274 |
| 7.3.1 | Advocacia Geral da União (AGU) | 275 |
| 7.3.2 | Ministério Público Federal | 276 |
| 7.3.3 | Defensoria Pública da União | 279 |
| 7.3.4 | Comunidades indígenas e sua legitimação processual .. | 281 |
| 7.3.4.1 | <i>Representação processual da comunidade indígena pelo cacique</i> | 286 |
| 7.4 | Fase recursal | 286 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 7.4.1 | Generalidades | 286 |
| 7.4.2 | Os “efeitos” do recurso de apelação nas ações possessórias | 287 |
| 7.4.3 | Eficácia temporal da liminar possessória | 293 |
| 7.4.4 | A decisão liminar e a superveniência da sentença | 295 |
| 7.5 | Fase executiva | 297 |
| 7.5.1 | O cumprimento da liminar e da sentença possessória coletiva | 298 |
| 7.5.2 | Procedimentos executivos | 299 |
| 7.5.3 | Medidas executivas atípicas e o princípio da congruência | |
| 8 | CONCLUSÃO | 302 |
| | REFERÊNCIAS | 305 |
| | | 321 |

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACO – Ação Civil Originária

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia Geral da União

ANAI – Associação Nacional de Ação Indigenista

ANC – Assembleia Nacional Constituinte

Art. – Artigo

CAN – Comunidade Andina de Nações

CC – Código Civil

CCIR – Certificado de Cadastro de Imóvel Rural

CCR – Câmara de Coordenação e Revisão

CCRI – Comando Clandestino Revolucionário Indígena

CEstA – Centro de Estudos Ameríndios

CF – Constituição Federal

CIMI – Conselho Indigenista Missionário

CIR – Conselho Indigenista de Roraima

CITA – Conselho Indígena Tapajós

CJF – Conselho da Justiça Federal

CMBio – Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade

CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais

COMIN – Conselho de Missão entre Povos Indígenas

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CPC – Código de Processo Civil
CPI/AC – Comissão Pró-Índio do Acre
CPI/SP – Comissão Pró-Índio de São Paulo
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CTI – Centro de Trabalho Indigenista
Dec. – Decreto
DEM-PA – Democratas do Pará
DPU – Defensoria Pública da União
EC – Emenda Constitucional
EI – Estatuto do Índio
EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
ES – Espírito Santo
EZLN – Exército Zapatista de Libertação Nacional
Funai – Fundação Nacional do Índio
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
HC – Habeas Corpus
GT – Grupo Técnico
GTZ – Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit
IIEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil
IEPE – Instituto de Pesquisa e Formação Indígena
INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INESC – Instituto de Estudos Socioeconômicos
ISA – Instituto Socioambiental
ITR – Imposto Territorial Rural
Min. – Ministro

MPF– Ministério Público Federal

MS – Mato Grosso do Sul

MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra

MT – Mato Grosso

NCPC – Novo Código de Processo Civil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONG – Organização não-governamental

PA – Pará

PBA – Projeto Básico Ambiental

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

Pet. – Petição

PF – Polícia Federal

PGF – Procuradoria-Geral Federal

PI – Piauí

PMDB – Partido do Movimento Democrático do Brasil

PNDH3 – Programa Nacional de Direitos Humanos

PPG-7 – Programa Piloto para Proteção das Florestas Tropicais do Brasil

PPTAL – Programa Integrado de Proteção das Terras Indígenas na Amazônia Legal

PR – Paraná

PRF – Procuradoria Regional Federal

RAIS – Relação Anual de Informações

RR – Roraima

RS – Rio Grande do Sul

SC – Santa Catarina

SODIUR – Sociedade dos Índios Unidos do Norte de Roraima

SPI – Serviço de Proteção ao Índio

SPILTN – Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais

SPU – Serviço do Patrimônio da União

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TI RSS – Terra Indígena Raposa Serra do Sol

TRF – Tribunal Regional Federal

UC – Unidade de Conservação

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

1 Introdução

O processo civil é, essencialmente, o Direito constitucional aplicado (OLIVEIRA, 1997, p. 75). Constitui, assim, o vetor da realização dos dogmas constitucionais, como reflexo irremissível do regime democrático, da ordem jurídica justa e da pacificação social. O direito processual constitucional institui os instrumentos de garantia e proteção do direito material, regulando os limites da ação, da defesa e o devido processo legal. A tutela jurisdicional, em si considerada, é um direito fundamental mediador de direitos subjetivos patrimoniais de que são exemplos a posse e a propriedade. A interface dialógica entre direito processual, direito material e a Constituição, bem como suas implicações recíprocas, orientam o objeto dessa pesquisa, em particular nas disputas judiciais coletivizadas.¹

A história dos conflitos humanos se confunde, em larga medida, com a história da conquista de territórios. A terra, fonte geradora de todas as riquezas naturais é o epicentro de uma intensa disputa protagonizada por indivíduos, famílias, comunidades e pelo próprio Estado. Nas Américas, os conflitos internacionais pela posse da terra tomaram dimensões épicas durante os séculos XV e XVI com as grandes navegações ultramarinas, empreendidas pelas Coroas Portuguesa e Espanhola e culminaram com a descoberta e conquista do Novo Mundo. Os despojos territoriais resultantes desses empreendimentos foram repartidos entre as duas metrópoles no cumprimento das cláusulas fixadas no Tratado de Tordesilhas (1494) e, posteriormente, no Tratado de Madri (1750), com base no princípio do *uti*

1 Linha de pesquisa: Processo, constitucionalidade e tutela de direitos existenciais e patrimoniais. Propõe a construção de um direito processual atento às necessidades do Estado Democrático. Constitucional, fazendo-o a partir do marco teórico da constitucionalização da ordem jurídica justa. Estuda as novas técnicas processuais, procurando diminuir a rebelião da prática forense e do Processo, este entendido como um instrumento para garantia do respeito ao direito material

possidetis, pelo qual se outorgou o direito de posse ao respectivo país ocupante (RAMOS, 2004).

O primeiro contato entre o homem civilizado europeu e os povos autóctones teve duas consequências imediatas: i) os nativos passaram de forma instantânea da idade da pedra polida (neolítico), para a idade dos metais e; ii) teve início uma disputa interétnica que perduraria pelos próximos cinco séculos.

A legislação lusitana da Colônia e do Império, bem como as leis editadas na velha e na nova República, foram pródigas na tentativa de pacificar as relações entre os dois povos, mas sem sucesso. Em maior ou menor escala, e sob justificativas que se alternavam no tempo, os embates entre índios e não-índios na proteção recíproca de sua territorialidade, iniciados no período cabralino, persistem até os dias atuais.

No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988, ao tempo em que promove uma ampliação significativa do catálogo de direitos fundamentais dos povos nativos, em respeito ao pluralismo étnico e o multiculturalismo, introduz uma nova disciplina do regime jurídico das terras indígenas, assegurando-lhes o direito à posse e usufruto exclusivo em áreas consideradas de *ocupação tradicional*.

A necessidade de concretização desses direitos, associado a um sentimento de reparação histórica decorrente dos anos de escravidão, expulsão e extermínio, ensejou um recrudescimento das demarcações de terras indígenas a partir da década de 1990. A prova disso é que as terras de ocupação tradicional já somam 13,8% do território nacional, distribuídos nas cinco regiões do país e na quase totalidade dos estados², e são habitadas por comunidades que representam apenas 0,45% da população brasileira³.

Em razão da elevada complexidade da questão fundiária envolvendo minorias étnicas, pequenos produtores rurais e os entes federativos, as disputas possessórias e os procedimentos demarcatórios repercutem de forma substancial e definitiva em vários segmentos sensíveis: i) *social*, pelo

2 A única unidade federativa que não possui terras indígenas é o Estado do Piauí (PI) (FUNAI, 2015a).

3 Censo demográfico realizado pelo IBGE em 2010 (FUNAI, 2015a).

êxodo forçado de centenas de famílias, em geral de pequenos produtores rurais em razão da desintrusão forçada; ii) *geopolítico*, pela afetação na dimensão territorial dos estados, municípios ou áreas de fronteiras internacionais; iii) *econômico*, pela modificação do espectro produtivo agropastoril, agroindustrial e, eventualmente, energético e turístico; iv) *ambiental*, em razão da possibilidade de sobreposição do espaço geográfico da terra indígena em unidades de conservação; e v) *jurídico*, pela alteração da titularidade da terra do domínio particular em favor da União, bem como da posse que é transferida à comunidade indígena reivindicante (BADIN, 2006).

Repercutem, de igual forma, em outras instâncias temáticas ligadas a planos ideológicos e políticos, em que se polarizam o fascínio pelo estrangeiro, em forma de enaltecimento da cultura primitiva e a *recusa do estrangeiro*, como censura a tudo que não seja compatível com a cultura eurocêntrica (ASSIS; KUMPELL, 2012).

As inquietações que inspiram o presente estudo decorrem de uma necessidade premente de se buscar métodos adequados para solução dos conflitos possessórios irrompidos entre grupos étnicos de uma mesma estatura socioeconômica, onde o espaço territorial é indispensável à sobrevivência de ambos. São estas as controvérsias jurídicas que nos propomos a estudar e sistematizar.

O desafio central converge para a identificação de uma correta ponderação entre as duas forças normativas de proteção de um mesmo bem jurídico direito à terra, mas que estão alicerçadas em fontes legitimadoras e requisitos diversos: de um lado a posse indígena que encontra fundamento na *ordem social* e de outro o direito à *propriedade privada* elencada entre as cláusulas dos *direitos e garantias fundamentais*.

Demandas possessórias interétnicas constituem, portanto, o que a doutrina moderna vem chamando de *litígio estrutural*,⁴ que ao se materializar no plano judicial se converte em casos difíceis (*hard cases*). Dito de outra forma, a controvérsia jurídica não se resolve satisfatoriamente com a simples

4 *Litígio estrutural* refere-se às decisões estruturais (*structural injunctions*), concebidas pela doutrina norte-americana para as questões coletivas em que se exigem soluções além das relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente e se orientem para uma perspectiva futura de natureza profilática (ARENHART, 2013).

utilização do sistema processual binário, de subordinação e congruência entre o pedido e a sentença, sendo curial permitir ao julgador “[...] novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta” (ARENHART, 2013, p. 5).

Nada obstante a dimensão social, econômica e geopolítica da questão indígena, surpreende a escassez de uma bibliografia jurídica sobre esse tema. Mesmo a Constituição tendo dedicado um capítulo inteiro aos direitos indígenas, pouco se escreveu sobre o assunto, salvo algumas honrosas exceções⁵ que se dedicaram ao seu estudo com alguma profundidade, tornando-se preciosas fontes de pesquisa, mas ainda insuficientes para um avanço epistemológico considerável.

Adota-se como ponto de partida ao entendimento das bases legitimadoras da posse indígena, a multicitada *teoria do indigenato*, desenvolvida por João Mendes Júnior no primeiro quartel do século XX. Sua relevância histórica e argumentativa influenciou a quase totalidade dos constitucionalistas e administrativistas brasileiros, que não lhe opuseram qualquer filtro crítico. Por esse motivo, entende-se como necessária uma revisão desse eixo teórico, antevisto pela lente jurídico-positiva, em retrospecto às ideias de Mendes Júnior e às conformações jurídicas que as sucederam.

No âmbito do direito material, a hipótese de investigação entabula critérios objetivos que permitem aferir os requisitos caracterizadores da *posse indígena*, a serem cotejados diante de circunstâncias experimentadas no plano fático. Em razão dos conceitos abertos previstos na Constituição, tais como *direitos originários*, *ocupação tradicional*, *posse usufrutuária* e *posse permanente*, o assunto exige do intérprete um conhecimento transdisciplinar, para além da ciência do direito, exortando o pesquisador a uma prospecção em bases antropológicas, históricas e sociológicas.

Na seara processual, o trabalho tem como meta a busca de mecanismos que possam propor uma solução jurídica adequada para o entrelaço entre a posse indígena, a propriedade privada e a posse civil, bem como

5 Dentre os constitucionalistas que se dedicaram ao assunto com profundidade estão os autores: José Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Tércio Sampaio Ferraz, Uadi Lamego Bulos, Robério Nunes Anjos Filho, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cujas obras estão referenciadas neste trabalho.

o correto manejo das tutelas possessórias de manutenção, reintegração ou interdital, nos conflitos coletivos pela posse da terra.

Tendo presente a ideia de que o direito processual civil contemporâneo deve ser compreendido a partir da “[...] resultante das relações entre o Direito Processual, o Direito Constitucional e o respectivo Direito material, pretende-se estabelecer um diálogo doutrinário interdisciplinar” entre a posse indígena constitucional, a propriedade privada e as ações possessórias (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 29).

No intuito de contemplar toda essa temática, o trabalho está dividido em sete partes. Logo no segundo capítulo ofertam-se conceitos teóricos dos fundamentos da posse e da propriedade, sob as perspectivas sociológicas e filosóficas, colhendo-se as concepções idealizadas pelos contratualistas e jusnaturalistas sobre as fontes legitimadores desses institutos nas sociedades primitivas.

O capítulo terceiro é dedicado ao estudo comparativo dos conflitos entre nativos e colonizadores, seu tratamento judicial e político em países como a Austrália, Canadá, Bolívia e Peru. Também são produzidos breves comentários sobre os diversos instrumentos internacionais para a proteção de etnias, mas sem perder de vista a ênfase relacionada à disputa de territórios.

No capítulo quarto são apreciados os fundamentos da posse indígena, sua origem, e dimensão constitucional. Nele são expostas as bases históricas dos direitos dos índios à terra, desde as fontes normativas da colônia portuguesa que inspiraram a *teoria do indigenato*, com revisão da literatura sobre o seu tratamento nos regimes constitucionais anteriores, até deter-se na análise dos elementos mais atuais, caracterizadores da posse indígena usufrutuária de acordo com o figurino normativo da Constituição Federal.

Nesse particular foram trazidas em adição as conclusões e parâmetros interpretativos fixados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. n. 3388/RR). Trata-se de um monumental precedente judicial, cujo aprofundamento teórico ensejou, não só a pacificação do caso concreto, mas a fixação de medidas profiláticas a serem aplicadas em controvérsias de igual natureza.

O quinto tópico do trabalho é destinado ao entendimento da contextualização do conflito, suas causas e consequências, com especial atenção aos direitos fundamentais contrapostos entre as categorias da mesma es-

tatura social – índios e pequenos produtores rurais -, no qual são identificados os conceitos de etnogênese, ressurgimento étnico e as chamadas *forma retomada* de territórios.

O sexto capítulo ficou reservado ao exame da dinâmica dos conflitos interétnicos, suas causas e as dificuldades no tratamento de um litígio estrutural, assim como os fundamentos, a função social e as ações interditaís possessórias em espécie.

No sétimo e último capítulo, adentrou-se na seara estritamente processual das demandas possessórias, com abordagem das modificações e nuances introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil aos litígios coletivos. Buscou-se, em certa medida, o estudo daquelas questões passíveis de controvérsia ou sobre as quais ainda há um ineditismo doutrinário.

Após dissertar sobre todas essas nuances específicas que envolvem as ações possessórias nos conflitos interétnicos, foi possível construir paradigmas de índole constitucional e processual que permitem provocar no leitor um olhar panorâmico acerca do tema ainda pouco explorado, permitindo-lhe elaborar com maior segurança os fundamentos da ação ou da defesa.

Ao final do trabalho, não haverá qualquer veleidade em exaurir o tema, mas tão somente orientar os operadores do direito na compreensão adequada das especificidades relativas às disputas entre etnias, em especial : i) conhecer as razões históricas da conquista e disputa pela terra; ii) problematizar a posse indígena sob a teoria do fato indígena e do indigenato; iii) identificar as causas dos conflitos interétnicos em suas diversas vertentes; iv) utilizar adequadamente os mecanismos prévios de proteção processual da posse no provisório e exauriente; e v) orientar a atuação jurisdicional nas instâncias jurisdicionais inferiores e superiores, com ênfase em sua efetividade como instrumento de pacificação social.

Na dogmática processual, o propósito é aclarar pontos ainda obscuros, próprios desse tipo de contenda, entre eles: i) natureza jurídica da legitimidade *ad causam* conferida pela Constituição Federal às comunidades indígenas para a defesa de seus interesses; ii) a competência jurisdicional para processar e julgar as ações possessórias interétnicas; iii) o devido processo legal no procedimento administrativo demarcatório; iv) a produção da prova e a configuração da posse tradicional segundo os critérios da Constituição Federal; v) os limites da intervenção do Ministério Público,

União, Defensoria Pública e a Funai como órgão de representação; vi) a utilização de meios coercitivos em caso de descumprimento da liminar possessória nas ações multitudinárias; e vii) aspectos da execução das decisões interditais.

Sem dúvida, o estudo de um tema ainda tão pouco explorado pela doutrina brasileira pode, ao mesmo tempo, constituir sinais luminosos por onde possam trilhar os operadores do direito ainda sequiosos desses conhecimentos específicos, assim como despertar nos estudiosos de outros ramos das ciências sociais, um especial interesse pela matéria.

Em qualquer caso, esse trabalho se destina a ser apenas um ponto de partida para o entendimento do assunto e, só com isso, terá cumprido o seu objetivo.

2 A posse e a propriedade no estado da natureza

“Não é da propriedade dos bens que derivam os males, mas da improbidade dos homens”
(Aristóteles, 384 a. C.)

2.1 Generalidades

A ideia de um estado de natureza está presente na reflexão dos jusnaturalistas clássicos e dos contratualistas, ainda que cada uma dessas correntes filosóficas tenha um entendimento próprio sobre o tema. Todos, porém, tomam o estado de natureza como ponto de partida para o *contrato social*, um estágio necessário para alcançar o *Estado civil*. Neste tópico se pretende fazer uma breve digressão

sobre estas duas perspectivas (contratualista e jusnaturalista) do direito de propriedade no estado de natureza e sua contextualização histórica.

O domínio individual sobre as coisas, notadamente a apreensão e distribuição de bens necessários à sobrevivência humana, assume relevância diante de um cenário de total escassez. Nas sociedades primitivas os *caçadores-coletores* se mantinham à procura constante de alimentos e abrigo, apropriando-se de bens consumíveis existentes em determinado território. A “apropriação” desse território é determinada em parte pela necessidade de domínio e posse de recursos naturais para a conquista das condições de subsistência, mas também por sua ocupação física como *habitat*, ainda que de forma nômade.⁶ A partir do momento que uma coletividade delimita, apropria e organiza o seu espaço, inicia-se o sentimento de territorialidade (HEIDRICH, 1998).

Em um estágio posterior, a luta contra a natureza e as intempéries impôs a necessidade de utilização de instrumentos rudimentares adequados à *produção agrícola*, e foi nessa fase que ocorreu a *fixação* (sedentarismo) do homem em um território delimitado. Nos dois momentos, seja o *nômade* nos campos de caça ou o *sedentário* nos campos de produção agrícola, os sistemas estavam vinculados a uma necessidade de se apropriar de um espaço geográfico, submetendo tudo à sua dominação para integral satisfação de suas necessidades primárias (BESSONE, 1996).

Esse sentimento de apropriação também foi sendo observado com relação aos instrumentos rudimentares de trabalho, animais de tração, aos abrigos de proteção, aos animais domesticados ou abatidos para consumo, que se associavam a um contingenciamento conflituoso pela defesa e conservação desses bens primitivos (BESSONE, 1996).

O filósofo e ideólogo liberal John Locke faz essa constatação, ao afirmar que “[...] a razão natural nos diz que os homens, uma vez nascidos, têm direito à sua preservação e, portanto, à comida, bebida e a tudo

6 Cf. Rousseau, na sua obra “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”: “[...] O primeiro sentimento do homem foi o de sua existência; o seu primeiro cuidado, o de sua conservação. As produções da terra lhe forneciam todos os socorros necessários; o instinto o levou a fazer uso delas. A fome, outros apetites, fazendo-o experimentar, alternativamente, diversas maneiras de existir, houve uma que o convidou a perpetuar a sua espécie [...]” (ROUSSEAU, 2008, p. 61).

quanto a natureza lhes fornece para sua subsistência [...]” (LOCKE, apud SAHD, 2007, p. 222).

A noção de posse ou propriedade estava, assim, vinculada instintivamente à própria *sobrevivência* do grupamento humano, evoluindo posteriormente para uma convivência social que se propunha pacífica.

Evidente que, se no estado de natureza havia uma disponibilidade igualitária dos bens necessários à subsistência humana, a sucessão de atos de guerras e de conquistas permanentes entre os povos ocasionou desigualdades na repartição dos despojos, não só dos bens consumíveis, mas dos bens de produção (terra). Por óbvio, os grupos vencedores se apropriavam das melhores porções, concentrando riquezas que só muito mais tarde seriam redistribuídas em ações mitigadoras do que fora espoliado.⁷

O direito de propriedade e de posse, portanto, passou por vários estágios. Evoluiu do coletivo para o individualista (BESSONE, 1996, p. 17), trespassando as fases do matriarcado, patriarcado, tribalista, feudal, comunitário, política, aristocrática, estatal e coletiva (PEREIRA, 1981, p. 72).

Em todos esses estágios foram desenvolvidas teorias sobre sua natureza, destacando-se aquelas oriundas do *jusnaturalismo*, do *contratualismo*, do liberalismo econômico e do intervencionismo estatal. Em todas elas se desenvolvem teorias legitimadoras do direito de posse e propriedade.

O ponto de partida da discussão pode se iniciar com o seguinte questionamento metafísico: o que dá o direito ao homem de se apropriar de uma porção de terra, excluindo os demais? Quais seriam os limites do poder de apreensão sobre os bens da natureza, ofertados pelo criador e disponibilizados na terra para a utilização de todos?

2.2 Sociologia da propriedade privada

A propriedade tem sido objeto de investigações variadas: histórica, jurídica, econômica e sociológica. Todas buscam fixar-lhe conceitos, origem e, principalmente, justificá-la. Contudo, não se lhe pode atribuir um

7 Tibério Graco, em Roma, com a Lei Licínia, e Licurgo, na Grécia, já se preocupavam com a distribuição igualitária de bens (BESSONE, 1996, p.19-20).

conteúdo estático, inflexível, haja vista as modificações que se sucedem em razão da dinâmica das injunções sociais, religiosas e políticas, as quais o direito positivo nem sempre é capaz de acompanhar a tempo e modo.

Iniciando no Estado natureza, passando pelo direito romano e pelos conceitos mais modernos, o tema da propriedade é sempre fonte de dúvidas e incertezas. Algumas teorias tentaram explicar a propriedade privada como categoria *apriorística*, ou seja, aquela em que posse e propriedade antecedem qualquer experiência do direito, existindo antes mesmo de sua estruturação na ordem jurídica (BESSONE, 1996). Entre elas, se destacam as teorias da religião, da ocupação e do trabalho.

2.2.1 Teoria da religião

De acordo com Fustel de Coulanges, alguns povos primitivos jamais chegaram a instituir a propriedade privada. Para os germanos, os semitas e os eslavos, a *terra* não pertencia a ninguém, e a apropriação era feita apenas sobre a *colheita*. O cultivo se processava em sistema de rodízio anual entre as comunidades. Os italianos e os gregos, no entanto, sempre reconheceram a propriedade privada, que estava imbricada de modo inseparável à religião doméstica e à família, que, por sua vez, se ligavam ao solo onde era erguido o altar, a morada permanente dos deuses (COULANGES, 1981, p. 63-67).

Coulanges reafirma que a maior parte das sociedades primitivas estabeleceu o direito de propriedade, não em razão das leis, mas pela *religião*, já que os deuses domésticos (*deuses-lares*), na qualidade de senhores da criação, delegaram ao homem uma parte da terra para que construíssem sua *morada*, suas *sepulturas* e o *altar*. Assim sucedeu, porque sem a propriedade também não haveria o altar, nem as sepulturas, nem o culto, e as famílias ficariam errantes.

O direito de propriedade tornou-se, assim, absoluto e completo, pois era vinculado à família e à religião⁸, às quais se incorporam a casa e ao campo, permanecendo irrenunciáveis e inalienáveis. Ao se fixar o marco

8 Cada família tem também sua propriedade, isto é, a parte de terra que lhe está ligada inseparavelmente pela religião. “[...] O corpo do homem responde pela dívida, mas não a terra, porque a terra é inseparável da família” (COULANGES, 1981, p. 74).

divisório do solo sagrado, estabelece-se a noção de seus limites e de sua *exclusividade* nessa ocupação socioespacial.

Somente a partir da Lei das Doze Tábuas (*Lex duodecim tabularum*), que transformou o túmulo um bem inalienável, o campo e a colheita se libertaram para serem divididas entre os herdeiros, ou mesmo vendidos em cerimônia religiosa, já que apenas por meio do culto religioso se tornavam disponíveis. A terra não poderia ser expropriada ou confiscada, pois, segundo a *Lei das Doze Tábuas*, o corpo do credor é que respondia pelas suas dívidas (*nexum*) (SIMÃO, 2013), e não a terra, haja vista ser inseparável da família. O devedor, ao tornar-se escravo, não perdia a propriedade, mas suas forças físicas passavam a pertencer ao seu senhor, que também tinha o usufruto da terra.

Com o passar do tempo, foram desenvolvidas outras teorias explicativas da origem do direito de propriedade, destacando-se, entre elas:

i) *teoria da primeira ocupação*, em que o domínio da propriedade sobre o bem ocorria no momento em que este era considerado *res nullius*, ou seja, não tinha dono anterior (BESSONE, 1996, p. 42-47);

ii) *teoria do trabalho*, derivada dos escritos de John Locke, para quem a propriedade, na perspectiva do jusnaturalismo, era adquirida por aquele que de alguma forma transformasse a coisa pelo trabalho.

No mesmo sentido encaminhava-se o socialismo de Karl Marx, que considerava o trabalho alienado como fundamento da propriedade privada, partindo, não de um estado de natureza, mas de “um fato econômico atual” (AVES, 2008).

2.2.2 Teoria da ocupação

O holandês Hugo Grotius foi o primeiro a teorizar sobre a origem e os fundamentos da propriedade. Em sua obra mais antiga, denominada “O direito de conquista” (*De Iure Praedae*, 1604), Grotius explica que os indivíduos podem utilizar os bens comuns doados por Deus, e que a “ocupação” é um dos fundamentos teóricos da legitimação da propriedade.

De acordo com sua teoria, na sociedade primitiva, quando as pessoas encontravam artigos de consumo naturalmente produzidos pela terra, ou provenientes de animais ou plantas, ou ainda ambientes de grutas, ter-

renos desertos, podiam utilizar esses bens ou habitá-los, efetivando sua *ocupação*, cuja legitimidade estava justificada (IO CHENG, 2009). Mediante a ocupação do necessário para sobreviver, o *suum* de cada homem se projeta sobre as coisas que podem ser consumidas (SAHD, 2007).⁹

Em relação aos mares e oceanos, Grotius defende que podem ser utilizados por todos os povos para pesca e navegação pelo motivo de sua extensão, mas não é suscetível de apropriação por nenhum país. No que se refere à *terra*, todavia, poderia ser utilizada nas culturas e na pecuária, mas por não ser suficientemente disponível para utilização infinita por toda a gente (possível escassez), deveria ser exclusiva de um único indivíduo por meio de sua efetiva ocupação (GROTIUS, 2005).

Também na lição de Pierre Joseph Proudhon, a *teoria da ocupação* ou do *primeiro ocupante* constitui um dos fundamentos da propriedade, desde que a posse da coisa seja atual, física e efetiva. Apoiado em Cícero (107 a. C), ele sustenta que esse direito de ocupação se limita, não àquilo que cada um *pode* possuir, mas ao que cada um tem *direito* a possuir, invocando o famoso axioma do filósofo grego “*a cada um o que lhe pertence*” (*suum quid que cuius quesit*), em que se pressupõe um direito à igualdade (PROUDHON, 1975, p. 46).

Ainda que fazendo severas críticas, J. Proudhon admite que a propriedade teria sua origem primeiro na guerra e na conquista, legitimados posteriormente nos tratados e contratos. Ratifica o pensamento de que a

[...] terra é um bem comum que a bondade do céu deu aos homens para gozarem a vida; mas compete-lhes a divisão desses bens e das suas produções: cada um recebeu do céu o poder e inteligência necessários para se apropriar de uma parte sem

9 São Tomas de Aquino, citado por Maurício Jorge Pereira da Mota, apoia a propriedade privada: “Tem o homem o poder de adquirir bens e distribuí-los e, assim, é lícito este possuir alguma coisa como própria. Constitui-se em princípio fundamental à vida humana por três razões. Primeiro é que cada um é mais solícito em administrar o que lhe pertence, do que o comum a todos. Segundo, as coisas humanas são mais bem cuidadas quando cada um emprega o seu cuidado em administrar uma coisa determinada. Terceiro, porque cada um cuidando do que é seu de maneira mais satisfatória, reina a paz entre os homens, uma vez que as querelas surgem com mais frequência onde não há divisão das coisas possuídas” (SÃO TOMAS DE AQUINO, apud MOTA, 2008, p. 21).

prejudicar ninguém (REID, apud PROUDHON, 1975, p. 48).

Nega, no entanto, que o direito de propriedade seja um direito natural, e afirma tratar-se de um direito adquirido. Por fim, revela que, para se tornar proprietário, é preciso, além da ocupação, também tomar a posse pelo trabalho, acrescentando a seguinte indagação crítica: se os primeiros ocupantes preencherem tudo, que possuirão os últimos a chegar? Vê-se, portanto, que Proudhon vincula a propriedade aos princípios da igualdade, mas também de sua funcionalidade social.

Se, no princípio, a *ocupação* foi um simples fato, mais tarde a normatividade do direito romano disciplinou os fatos e as relações sociais dela decorrentes. Assim, no direito romano, a *ocupação* era tida como a apreensão de uma coisa sem dono, com a intenção de fazê-la própria, constituindo um dos modos mais importantes de aquisição da propriedade, tendo sido referenciada por Paulo no Digesto (D. XLI, 2, 1, 1).

Na observação de José Carlos Moreira Alves, as coisas podiam ser consideradas sem dono em três situações distintas: i) nunca foram possuídas por qualquer pessoa (*res nullius*); ii) as coisas foram abandonadas por ato volitivo inequívoco do proprietário (*res derelictae*); e iii) aquelas que pertencem às hostes, isto é, bens obtidos daqueles que estavam em guerra ou que não mantinham tratado de paz com Roma (*res hostium*) (ALVES, 1995).

A teoria da ocupação, entretanto, não ficou imune a críticas. Darcy Bessone, ao comentar sobre a filosofia da propriedade, ressalta que uma das objeções acerca da primeira ocupação é a de que esta se funda na vontade unilateral do ocupante, que, em princípio, não poderia vincular terceiros, opondo-se a outras pessoas. Segundo o civilista, seria incompreensível que o direito gerado a partir da simples materialidade da ocupação pudesse se perpetuar no tempo *ad infinitum*. Além disso, haveria de se verificar se o fato que deu causa à primeira ocupação foi lícito, sem violência, o que poderia lhe retirar a legitimidade. Prevalecendo tal teoria, segundo o indigitado autor, melhor seria acolher-se a *teoria do trabalho* (BESSONE, 1996).

2.2.3 Teoria do trabalho

Depois de Grotius, a abordagem mais importante quanto à legítimi-

dade da propriedade foi feita por John Locke, na qual sustenta que o trabalho (fator produtivo) é a verdadeira fonte justificadora desse direito:¹⁰

A terra e tudo o que ela contém foi dada aos homens para o sustento e o conforto de sua existência [...] e ninguém possui originalmente o domínio privado de uma parte qualquer, excluindo o resto da humanidade, quando estes bens se apresentam em seu estado natural (LOCKE, 1994, p. 42, grifo nosso).

O ponto de partida de Locke é de que os bens da natureza, sendo livres, podem ser utilizados por todos, mas o trabalho, agregando-se a determinado objeto físico, provoca-lhe uma mudança qualitativa, suficiente para excluir os demais do compartilhamento. Desse modo, se o homem, com o seu trabalho transforma aquilo que se encontrava no estado da natureza torna-se o seu legítimo proprietário, *verbis*:

[...] um homem que colhe frutos do carvalho ou apanha maçãs de uma árvore e os come, certamente se apropriou deles. ‘Ninguém pode negar que o alimento é dele. Pergunto, então, quando começaram a ser dele? Quando ele os digeriu? quando os comeu? quando os cozinhou? quando os levou para casa? ou quando os colheu? E é óbvio que se o primeiro ato não os tornasse sua propriedade, nada mais poderia fazê-lo’. Foi seu trabalho que ‘colocou uma distinção entre eles e o comum’, e os tornou seus. O trabalho portanto, cria a propriedade da terra quando o homem a cercou e cultivou (LOCKE, apud GOUGH, 1994, p. 8).

Tudo isso evidencia que, embora as coisas da natureza sejam dadas em comum, o homem, sendo senhor de si mesmo e proprietário de sua própria pessoa e das ações de seu trabalho, tem ainda em si a justificação principal da propriedade; e aquilo que compôs a maior parte do que ele aplicou para o

10 “[...] todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem qualquer direito a não ser ele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos... são propriedade sua. Por isso, seja o que for que ele tira do estado que a natureza proporcionou e ali deixou, ele misturou aí o seu trabalho, acrescentando algo que lhe é próprio, e assim o torna sua propriedade” (LOCKE apud GOUGH, 1994, p. 8).

sustento ou o conforto de sua existência, à medida que as invenções e as artes aperfeiçoaram as condições de vida, era absolutamente sua propriedade, não pertencendo em comum aos outros (LOCKE, 1994, p. 47).

Locke defende que a propriedade é um *direito natural* inalienável de homens livres e iguais, existente no estado de natureza, representativo do direito à vida, à liberdade e aos bens. Assim, a propriedade seria um direito natural supremo a ser preservado (SOUZA, 2012). Consoante Norberto Bobbio, a aquisição da propriedade em Locke é um processo de individualização que leva em conta a “[...] energia despendida para aposar-se de algo, ou para valorizar essa coisa economicamente” (BOBBIO, apud SOUZA, 2012, p. 123). “O trabalho marca, portanto, a apropriação individual da natureza” (SOUZA, 2012, p. 123).

Friedrich Hegel, por seu turno, amplia ainda mais a concepção de propriedade e rompe com a visão jusnaturalista de Locke, pois não concorda com a existência de direitos originários existentes no estado de natureza de um Estado natural pré-político. Para Hegel, o direito de propriedade é adquirido dentro de uma realidade histórica e pela vontade livre, em que o trabalho seria uma das mediações sociais que exterioriza essa vontade livre (SOUZA, 2012).

Hegel atribui importância significativa ao *trabalho* na sociedade civil, pois é por intermédio dele que o indivíduo satisfaz suas carências e contribui para a satisfação das carências coletivas. Admite, contudo, que o trabalho também é uma forma de assegurar a *propriedade privada*, já que funciona como forma de mediação pela qual o homem satisfaz suas necessidades naturais e sociais. Contudo, não considera a propriedade um direito natural, mas sim um *direito fundamental*, que surge do *direito abstrato* em que as pessoas se reconhecem como portadoras de direitos e deveres garantidos por um sistema jurídico (SOUZA, 2012).

Compartilhando o mesmo pensamento de Grotius na teoria da ocupação, para Locke, esse direito de propriedade pelo trabalho não é ilimitado. Porém ele adverte que a apropriação da terra é aceitável, desde que possa sobejar aos demais o suficiente para que possam sobreviver.

2.2.4 O jusnaturalismo

Entende-se por *jusnaturalismo*

[...] uma postura que esteja acima do direito positivo, de uma ordem preceptiva de caráter objetivo, imutável e derivada da natureza, a qual não podem contrariar os mandamentos dos homens e na qual encontra esse direito humano sua fonte e fundamento (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1995, p. 419-420).

A teoria do direito natural, concebida nos sécs. XVII e XVIII a partir de Hugo Grotius (1583-1645), Hobbes (1588-1679), e também representada por Pufendorf (1632-94), pretende a regulamentação das relações humanas por intermédio da razão, de forma autônoma, independente da vontade de Deus (ABBAGNANO, 2007).

O *jusnaturalismo* moderno, portanto, rompe com o chamado *jusnaturalismo clássico* (dos filósofos gregos) libertando a ciência do direito de seus fundamentos teológicos, ao tempo em que é caracterizado pela ideia racional de um direito original fundante e universal, conhecido como direito natural. Este pressupõe a existência de *direitos originários* e *inalienáveis*¹¹ dos homens em um estado pré-social, ou seja, no estado de natureza (SILVA NETO, 2006). O jusnaturalismo concebe como invioláveis a *liberdade*, a vida e a *propriedade*, que são tidos como direitos fundamentais que os homens detinham anteriormente ao Estado civil.

É por esse mesmo motivo que as revoluções modernas e as declarações de direitos trazem consignada uma ideia de que o homem, e não o Estado, está em primeiro lugar, bem assim a convicção de que o homem tem direitos naturais, em sentido subjetivo, limitadores da ação do Estado, que devem ser respeitados pelo direito positivo. No entanto, o que se observa na Declaração de Direitos do homem e do cidadão (1798), é sua característica peculiar de um instrumento jurídico-político que não cria “*direitos*”, mas apenas os *reconhece* (STEUDEL, 2007).

11 Kelsen repele essa afirmação, ao dizer que “Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana” (KELSEN, 1998, p. 31).

Esses conceitos advindos do jusnaturalismo moderno não ficaram isentos de críticas. Bobbio (apud STEUDEL, 2007, p. 50) alega que, “[...] do ponto de vista de um ordenamento jurídico, os chamados direitos naturais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo [...]”.

Kelsen, por seu turno, faz duras observações quanto à ausência de coerência da doutrina de seus seguidores:

[...] Os seus representantes não proclamaram um único Direito natural, mas vários Direitos naturais, muito diversos entre si e contraditórios uns com os outros. Isto é especialmente verdade em relação às questões fundamentais da propriedade e da forma do Estado. Segundo uma doutrina do Direito natural, só é ‘natural’, isto é, justa, a propriedade individual, segundo outra, só o é a propriedade coletiva; segundo uma, só é ‘natural’, isto é, justa, a democracia, segundo outra, só o é a autocracia (KELSEN, 1998, p. 154).

Em conclusão, tem-se que o jusnaturalismo aproxima-se de uma ideologia, incompatível com a neutralidade axiológica da ciência do direito e que, em última análise, acaba por buscar a positivação de seus princípios, a fim de lhe dar concretude (STEUDEL, 2007, p. 51). Nesse desiderato, contudo, após positivados, acabam por perder sentido como direito natural.¹²

2.2.5 Os contratualistas

Contratualismo é a doutrina que reconhece como origem ou fundamento do Estado (ou comunidade civil) uma convenção ou estipulação (contrato) entre seus membros. Aristóteles atribui a Licofron (discípulo

12 Modernamente, o jusnaturalismo encontra defensores, entre eles John Mitchell Finnis. Ver a respeito as seguintes obras: *Natural law and natural rights*. Tradução de Cristóbal Orrego Sánchez (*Ley natural y derechos naturales*). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000; *Fundamentals of ethics*. Georgetown: Georgetown University Press, 1983. Finnis; Grisez, Germaine; Boyle, Joseph. *Nuclear deterrence, morality and realism*. Oxford: Clarendon Press, 1987; Finnis, John Mitchell. *The rational strength of christian morality*. London: Netherhall House, 1974.

de Górgias) a doutrina de que a lei é pura convenção (*synthekê*) e garantia dos direitos mútuos. Essa doutrina foi retomada por Epicuro, para quem o Estado e a lei são resultados de um contrato que tem como único objetivo facilitar as relações entre os homens. O termo, porém, é mais frequentemente empregado para demonstrar a tese de que o poder político é necessariamente limitado. Nesse sentido foi entendido por Grotius, Pufendorf e especialmente por Locke, que o usou para defender a revolução liberal inglesa de 1688 (ABBAGNANO, 2007).

Três grandes pensadores modernos marcaram a reflexão sobre a questão política do contratualismo: Hobbes, Locke e Rousseau. Um ponto comum perpassa o pensamento desses três filósofos a respeito da política, qual seja, a ideia de que a origem do Estado está no contrato social.

Parte-se do princípio de que o Estado foi constituído a partir de um contrato firmado entre as pessoas, devendo este ser entendido como um acordo, um consenso geral (e não como um documento) para garantir a existência social, não obstante algumas divergências entre os seus defensores. Porém, existem algumas divergências entre eles, que serão vistas a seguir

2.2.5.1 *Thomas Hobbes*

Hobbes (1588-1679) acreditava que o contrato foi feito porque o homem é o lobo do próprio homem (*homo homini lupus*). Há no homem um desejo de destruição e de manter o domínio sobre o seu semelhante (competição constante, estado de guerra).

O estado de natureza hobbesiano é, assim, um estado de guerra permanente, em que os contendores são os indivíduos agindo isoladamente e entre si. Nessa condição, todos têm direito a tudo o que lhes possa permitir a força, tendo em vista que são inseguros com o porvir e, por conseguinte, há incerteza quanto aos bens materiais necessários para uma vida confortável (BRANDÃO, 2006).

Em consequência disso, torna-se necessário existir um poder que esteja acima das pessoas individualmente, para que o estado de guerra seja controlado, e o instinto destrutivo do homem seja dominado. Neste sentido, o Estado surge como forma de controlar os “instintos de lobo” que existem

no ser humano e, assim, garantir a preservação da vida das pessoas. Para que isso aconteça, é necessário que o soberano tenha amplos poderes sobre os súditos. Os cidadãos devem transferir o seu poder ao governante, que irá agir como soberano absoluto, a fim de manter a ordem (FRITZEN, 2015).

Hobbes adota uma situação anárquica segundo a qual prevalece o direito natural de cada um em relação a todas as coisas, circunstância em que não haveria nem propriedade nem domínio, nem a distinção entre *teu* e *meu* (SAHD, 2007). Haveria, sim, a plena liberdade e igualdade de todos por todas as coisas, ou seja, aquela condição em que “só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo” (MALMESBURY, 2004, p. 47).

Apenas quando se renuncia (pelo contrato) ao direito a todas as coisas é que se passa a exercer o direito sobre as suas próprias coisas e, dessa forma, a propriedade só pode existir no Estado civil, com criação do Estado-leviatã. “E onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado, não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas. Portanto, onde não há Estado nada pode ser injusto” (MALMESBURY, 2004, p. 52).

Hobbes sustenta que a existência do Estado consiste na distribuição dos bens necessários à vida, por intermédio das leis civis. Estas leis constituem a segurança da propriedade de cada indivíduo, pois no Estado regulador haveria a guerra perpétua, onde os bens de cada um são incertos. Diz Hobbes:

Suprimi as leis civis, e ninguém mais saberá o que é seu e o que é dos outros. Visto portanto que a introdução da propriedade é um efeito do Estado, que nada pode fazer a não ser por intermédio da pessoa que o representa, ela só pode ser um ato do soberano, e consiste em leis que só podem ser feitas por quem tiver o poder soberano. Bem o sabiam os antigos, que chamavam Nómois (quer dizer, distribuirão) ao que nós chamamos lei, e definiam a justiça como a distribuição a cada um do que é seu (MALMESBURY, 2004, p. 85).

2.2.5.2 John Locke

Locke (1632-1704) parte do princípio de que o Estado existe não porque o homem é o lobo do homem, mas em função da necessidade de haver uma instância acima do julgamento parcial de cada cidadão, de acordo com os seus interesses. Os cidadãos livremente escolhem o seu governante, delegando-lhe poder para conduzir o Estado, a fim de garantir os direitos essenciais expressos no pacto social. O Estado deve preservar o direito à liberdade e à *propriedade privada*. As leis devem ser expressão da vontade da assembleia e não fruto da vontade de um soberano (FRITZEN, 2015).

No que se refere ao fundamento do direito de propriedade, Locke demonstra que a doação do mundo (Gênesis I, 28-29) foi realizada em benefício de toda a humanidade, transfigurando-se em direito coletivo, pertencente a todos os membros da espécie humana. Assim, a outorga divina não exclui todos os demais homens, pois evidentemente não se tratava de um *domínio privado*, mas sim um domínio em comum com o restante da humanidade (SAHD, 2007).

Como já observado alhures, Locke deduz a propriedade pelo trabalho, não como apropriação da natureza, mas a partir da caracterização do trabalho como transformação. Transformando a coisa em bem, o trabalho cria um suplemento: o valor. Ou seja, não é o ato de propriedade que confere valor às coisas, é simplesmente o ato de posse, posse dos bens. Assim, partindo da atividade que transforma as coisas em bens, se alcança a origem do valor material. O trabalho, portanto, inicia o tempo da posse, pois é uma atividade de transformação (SAHD, 2007).

Um ponto que preocupava Locke era a existência de um direito de propriedade no estado da natureza, ao qual seria possível objetar, pois ao homem primitivo se atribuiu o ato de posse ou ocupação da terra, mas isso não estabelece um *direito de propriedade*. Em reforço dessa tese, afirma que “o fato gerador do direito de propriedade, sem o qual as terras não servem para nada, é o ato de tomar uma parte qualquer dos bens e retirá-la do estado em que a natureza a deixou”, um ato que não depende do consentimento expresso dos outros (LOCKE, 1994, p. 166).

Por fim, Locke reconhece a necessidade de garantia da propriedade privada, ao dizer que os homens que vivem em sociedade são proprietários e, sendo assim, têm o direito de possuir todos os bens que lhe pertencem, em virtude da lei da comunidade social. Ninguém tem o direito de privá-los desses bens, nem sequer o Estado, sem seu próprio consentimento, caso contrário eles não seriam proprietários de nada (LOCKE, 1994, p. 166).

2.2.5.3 *Jean-Jacques Rousseau*

Rousseau (1712-1778) considera que o ser humano é essencialmente bom, porém a sociedade o corrompe, e que o governante nada mais é do que o representante do povo, com delegação para exercer o poder em seu nome. Rousseau defende que o Estado tem origem no pacto formado entre os cidadãos livres, que renunciam à sua vontade individual para garantir a realização da vontade geral.

Em redução de sua teoria, Rousseau assevera que a passagem do estado natural ao estado civil produziu no homem uma mudança considerável, e que, ao privar-se de diversas vantagens da natureza, adquire outras compensações. “[...] o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a *propriedade* de tudo o que possui, advinda do direito de posse do primeiro ocupante” (ROUSSEAU, 1968, p. 14).

Ressalta, entretanto, que esse direito de *primeiro ocupante* só se torna verdadeiro após o estabelecimento do *direito de propriedade*, sendo esse o fato positivo que exclui os demais integrantes da comunidade. Além disso, estabelece condições objetivas para legitimação da primeira ocupação, quais sejam: i) que esse terreno ainda não se encontre habitado por ninguém; ii) que apenas seja ocupada a área de que se tem necessidade para subsistir; e iii) que se tome posse dela, não em virtude de uma vã cerimônia, mas pelo trabalho e pela *cultura*, único sinal de propriedade que, à falta de títulos jurídicos, deve ser respeitado por outrem (ROUSSEAU, 1968).

Conquanto admita o direito do primeiro ocupante, Rousseau segue a linha de pensamento de Locke, referindo-se à posse e ao cultivo (posse-

-trabalho) como elemento legitimador da aquisição da propriedade.¹³

Desse modo, Rousseau se preocupa com o poder ilimitado de apropriação, com severas críticas à usurpação pela força, em que se retira dos demais homens a residência e o alimento oferecidos pela natureza, ou que o simples pisar no solo ou um ato solene possa se converter em posse legítima.

2.3 Legitimação da posse e da propriedade no novo mundo

Em geral a posse e a propriedade eram legitimadas pela ocupação, cujo conceito jurídico foi sendo modificado no tempo. No princípio, consistia na apropriação de um território não pertencente a nenhum outro estado, ainda que habitado, desde que a respectiva população não tivesse organização política, ou a sua organização não lhe permitisse reclamar o direito de ocupação anterior. Se, presentemente, exige-se a reunião de certos elementos para a sua validade, nem sempre foi assim. Durante a Idade Média, o título aquisitivo era *atributivo*, mais que simplesmente fático. Na era das grandes navegações se considerava o simples descobrimento como título suficiente para aquisição de qualquer território.

Mais tarde, no século XVI, além da prioridade pelo descobrimento, passou a ser necessária a tomada de posse, materializada por algum sinal externo: uma cruz, uma bandeira, um marco. Esse sistema de simples ocupação nominal foi, ulteriormente, substituído pelo da ocupação efetiva (*uti possidetis*), à qual se considerou necessário unir a manifestação de uma vontade de possuir o território (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2009).

13 “Da cultura das terras resulta necessariamente a sua partilha, e da propriedade, uma vez reconhecida, as primeiras regras de justiça: porque, para dar a cada um o seu, é preciso que cada um possa ter alguma coisa; de resto, como os homens começassem a levar suas vistas para o futuro, vendo todos que tinham alguns bens que perder, não houve nenhum que não receasse para si a represália dos males que pudesse causar a outrem. Essa origem é tanto mais natural quanto é impossível conceber a ideia da propriedade surgindo fora da mão de obra; porque não se vê o que, para se apropriar das coisas que não fez, possa o homem acrescentar-lhe além do seu trabalho. Só o trabalho, dando direito ao cultivador sobre o produto da terra que lavrou, lho dá por conseguinte sobre o fundo, pelo menos até à colheita, e assim todos os anos; e isso, constituindo uma posse contínua, transforma-se facilmente em propriedade” (ROUSSEAU, 2008, p. 35).

2.3.1 Os novos donos do mundo

A tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453, fez com que os Europeus buscassem alternativas para chegar ao oriente, sem passar pelo Mediterrâneo. Portugal e Espanha foram pioneiros no intento mercantilista e conquistador pela via marítima, dando início a uma longa disputa pelo domínio das terras descobertas e a descobrir, ao ponto de exigir a interferência da igreja como mediadora (COLAÇO, 2004, p. 317).

Duas eram as possibilidades de atingir o oriente: Uma pelo sul, contornando a África, e a outra navegando em direção ao poente, contornando o mundo. Bartolomeu Dias convenceu Dom João II (Portugal) de que a alternativa mais rápida era a primeira. O genovês Cristóvão Colombo defendia a segunda hipótese, tendo a Espanha financiado o seu projeto, que culminou com a descoberta da América e provocou uma reviravolta na divisão do mundo.

De acordo com o Tratado de Alcáçovas (Toledo, 1479-1480), todas as terras encontradas ao *norte* das Ilhas Canárias pertenciam à Espanha. O grande problema é que as terras descobertas por Colombo estavam localizadas ao *sul* (Bahamas), em território português, motivo pelo qual Dom João II reivindicou a posse desse território recém descoberto, dando início a um conflito diplomático entre os dois países.

Em sua defesa e com influência no Vaticano, que devia favores a Fernando de Aragão (Espanha), o papa Alexandre VI, espanhol de nascimento, emitiu as chamadas bulas *inter-cætera* I e II, com um claro favorecimento a seus conterrâneos espanhóis. Com isso, foi estabelecida uma linha vertical a 100 léguas das Ilhas Canárias, a qual consistia na nova demarcação divisória do mundo, ou seja, restava a Portugal apenas o mar (SANTA CRUZ, 2000).

Portugal não se conforma com essa divisão e resiste, inclusive com ameaça de guerra, fazendo com que a Espanha aceite novas negociações diretas, concordando com a substituição da linha horizontal pela vertical, desde que estivesse a 370 léguas do Arquipélago de Cabo Verde. Assim, em 7 de junho de 1494, na cidade espanhola de Tordesilhas, foi assinado um novo tratado traçando um meridiano (polo a polo) a 370 léguas (1.770 km) a oeste de Cabo Verde (SANTA CRUZ..., 2000). Os territórios a leste

deste meridiano pertenceriam a Portugal e os territórios a oeste, à Espanha.

Assim dispõe o texto do tratado em que se estabelece a posição da linha imaginária:

[...] que se faça e assinale polo dito mar oceano uma raia ou linha direita de pólo a pólo, a saber do pólo ártico ao pólo antártico, que é de norte a sul. A qual raia ou linha se haja de dar e dê direita, como dito é, a trezentas e setenta léguas das ilhas do Cabo Verde para a parte do ponente, por graus ou por outra maneira como melhor e mais prestes se possa dar de maneira que não sejam mais nem menos [...] (TORDESILHAS, apud CINTRA, 2012, p. 422).

O Tratado foi pouco eficaz do ponto de vista demarcatório, servindo apenas para que Portugal e Espanha não entrassem em conflitos armados. Também teve pouco efeito perante as outras nações. Prevalendo em verdade aquilo que já consistia ocupação efetiva do território segundo o princípio do *uti possidetis*, posteriormente formalizado entre os dois países por ocasião da assinatura do Tratado de Madri, no ano de 1750.

2.3.2 Cerimônias da posse na conquista Europeia

As crônicas das conquistas do Novo Mundo produzidas ao longo dos séculos XV e XVI não deixam dúvidas de que o poder europeu sobre as terras descobertas (ou achadas) tenha sido assegurado pela superioridade tecnológica, comando tático e força bélica suficientes para subjugar os nativos, mesmo estando em menor contingente.

No entanto, os conquistadores europeus adotaram, cada um à sua maneira, uma forma peculiar de tornar solene e formal o ato de conquista, de modo a concretizar o seu *poder político* sobre os territórios recém “descobertos”, subordinando os nativos e as demais metrópoles.

Franceses, espanhóis, portugueses e holandeses recebiam instruções específicas das respectivas coroas sobre a forma como deveriam agir, no intuito de consolidar sua autoridade colonial. Desse modo, além da utilização da força, o domínio nas colônias foi implementado por meio de práticas de determinadas cerimônias, em que os colonizadores fincavam

cruzes, estandartes, bandeiras, brasões, marchavam em procissões, apanharam torrão do solo e mediram estrelas, proferiram palavras ou permaneciam em silêncio. Ritos, cerimônias, gestos, movimentos e discursos eram atos simbólicos da tomada de posse no além-mar, que, na consciência de seus emissores, legitimava a posse, muito embora isso pudesse não ser bem compreendido pelos outros europeus da mesma época (SEED, 1999). Cada país adotava um sistema, sempre cercado de simbologia, para legitimação do ato de assenhoreamento do território e posterior consolidação da posse.

Quando Colombo desembarcou no local hoje conhecido como Bahamas, em 12 de outubro de 1492, fincou bandeiras do Rei Fernando e da Rainha Isabel e convocou toda sua expedição para testemunhar as declarações solenes que instituíram sua autoridade no solo recém descoberto.

No início da colonização inglesa em Plymouth, no estado de Massachusetts (EUA), em 25 de dezembro de 1620, não se fincou bandeira, não houve cerimônias ou declarações solenes. Os ingleses dos séculos XVI e XVII legitimaram a posse e a ocupação sobre alicerces familiares, construindo casas e cercas e cultivando jardins, simples atitudes cujo significado cultural enfatiza o registro da estabilidade e da permanência e estabelece um direito legal à terra onde edificavam suas moradas. Ao contrário do sistema português, francês, espanhol e holandês, que exigiam registros escritos de aquisição, na legislação inglesa a construção da moradia por si só criava o direito de posse (SEED, 1999).

No final de abril de 1500, enquanto Nicolau Coelho fazia o primeiro contato com os nativos (Tupis) da costa brasileira, o astrônomo e piloto da expedição de Cabral, conhecido como Mestre João, desembarcou e se pôs a observar a altura do sol do meio dia. À noite, estudando as estrelas, foi o primeiro europeu a fazer uma descrição exata da mais famosa constelação daqueles céus: o Cruzeiro do Sul (SEED, 1999). Essa possibilidade de orientação geodésica por meio das estrelas viabilizava a navegação celeste, facilitando o conhecimento da latitude exata da *nova descoberta*. A autoridade reivindicada pelos portugueses dimana desses mecanismos.

A possibilidade de saber a localização exata de determinada área colocava os detentores desse conhecimento em situação de vantagem sobre o domínio desses territórios. Embora os portugueses tenham

fixado uma cruz no local, hoje Município de Santa Cruz de Cabrália (BA), a reivindicação possessória pela Coroa portuguesa não se baseava em solenidade terrestre, mas sim nesse conhecimento tecnológico de medição da latitude, sem necessidade de marcadores físicos em relação às suas possessões no Novo Mundo e na África ocidental.

Conforme conclui Patrícia Seed (1999, p. 170), a posse portuguesa foi instaurada, “[...] com base, não na terra aqui embaixo, mas no céu lá em cima: na posição do sol e das estrelas”.

A coroa Espanhola, por sua vez, adotou outro protocolo, conhecido como “*Requerimento*”, como forma de fixar sua autoridade política. Esse protocolo consistia na leitura de um texto padrão para os nativos, em ato solene, e era um ultimato para que fosse reconhecida a superioridade do cristianismo, sob ameaça de guerra e escravidão.

Diferente dos demais países, a marca registrada da Espanha para fazer valer a sua autoridade era a conquista e não o consentimento ou aliança com os índios. O *requerimento*, de acordo com as ordens da coroa, deveria ser lido antes do ataque, com ritual militar e político, mas, em razão de sua falta de razoabilidade, era motivo de chacota. No texto abaixo fica bem explícito o que o *requerimento* representava em termos de ameaça de violência:

[...] Em nome de sua majestade [...] exijo que reconheçam a Igreja como senhora suprema do universo e [...] mas se não o fizerdes, ou se demorardes maliciosamente para tomar uma decisão, vos garanto que, com a ajuda de Deus, invadir-vos-ei poderosamente e far-vos-ei a guerra de todos os lados e de todos os modos que puder, e sujeitar-vos-ei ao jugo e à obediência da Igreja e de Suas Altezas. Tomarei vossos bens e far-vos-ei todo o mal, todo o dano que puder, como convém a vassallos que não obedecem a seu senhor, não querem recebê-lo, resistem a ele e o contradizem [...] (SEED, 1999, p. 101).

De uma forma ou de outra, ainda que possa ser considerado esdrúxulo, o *requerimento* tornou-se o mecanismo que sancionava o poder absoluto sobre as terras e os povos do Novo Mundo.

2.3.3 A conquista como fundamento da posse

Já no século XVI, questionava-se a legitimidade da presença europeia no continente americano e de seu domínio sobre aquelas terras (PERRONE-MOISÉS, 2000), não obstante a benção papal para a divisão do mundo em duas metades.

Assim como o Rei Francisco I (1494-1547), da França, ironizou e objetou a divisão do mundo entre portugueses e espanhóis pelo Tratado de Tordesilhas, já eram comuns no medievo as críticas e questionamentos pelas outras metrópoles (França, Inglaterra e Holanda) sobre o fundamento moral da aquisição da propriedade pela conquista ou pela *guerra justa*. O assunto, no entanto, ganhou relevo a partir das grandes navegações, quando essas formas de aquisição dos territórios do Novo Mundo se intensificaram.

O frade dominicano Francisco de Vitória (1480-1546) conhecido como o pai do Direito Internacional, foi um dos maiores defensores dos interesses dos nativos do Novo Mundo, pugnando em sua obra (*De indis e de jure belli relectiones*) por práticas humanitárias e justas para aqueles que tinham cultura, religião e etnia diferente e sobre os quais não se poderia impor uma soberania pela força.

Segundo Francisco de Vitória, não existe nenhum fundamento (*haec opinio est sine aliquo fundamento*) na declaração de que o Imperador é o senhor (*dominus*) de toda a terra e, conseqüentemente, dos índios. Portanto, seria legítimo invocar algum direito divino, natural ou humano sobre os nativos (OLIVEIRA, 1973). Por outro lado, em perspectiva diversa, o direito de assenhoreamento de bens de terceiros sempre foi justificado no aspecto político-jurídico, até mesmo nos primórdios do direito das gentes (*jus gentium*).

Hugo Grotius, na obra “O direito da guerra e da paz” (*De jure belli ac pacis*, 1625), cita vários exemplos onde a conquista pela guerra é legitimadora da propriedade: Ciro (*instit. Cyri* (V, 5, 73) diz que “[...] é uma máxima eterna entre todos os homens que, quando se toma uma cidade dos seus inimigos, seus bens e seus tesouros caem em poder dos vencedores”. Platão (*De legibus*, I, 2) disse que “os bens que o vencido possuiu se tornam todos propriedade do vencedor; Aristóteles (*Política*, I, 6) também é de opinião que “[...] é uma lei e, como um acordo comum entre os homens,

que as coisas tomadas na guerra sejam propriedade daqueles que as tomam” (GROTIUS, 2005).

Marcus Tullius Cícero (106 – 43 a.C, *De lege agraria*, II, 16, 40) diz que “Mitilene se havia tornado propriedade do povo romano pela lei da guerra e pelo direito da vitória, e certas coisas começaram a ser bens próprios pela ocupação ou pela guerra, tornando-se propriedade daqueles que se apoderaram dele na vitória” (GROTIUS, 2005).

O jurisconsulto Gaio (L. 5, *Naturalem, Dig*) também afirma que “as coisas que são tiradas dos inimigos se tornam logo, pelo direito das gentes, propriedade daqueles que as tomaram”. Também Paulo (L. 1, *Dig. De acquir. poss.*) declara que “[...] a propriedade havia começado por uma posse natural, e igualmente nas coisas tomadas na guerra, que logo se tornam propriedade dos primeiros possuidores” (GROTIUS, 2005).

O autor holandês, após discorrer sobre o fundamento da propriedade pela conquista, procede a uma indagação importante: “as terras tomadas aos inimigos pertencem ao Estado ou ao povo?” Ancorado em Pompônio (L.20, D. XLXX, 15), sustenta que o território conquistado é acrescido ao tesouro público, como acontecia em Roma. Ainda que as outras coisas estejam em poder dos soldados pelo saque, as terras pertencem ao príncipe e ao império romano (*Ibidem*).

2.3.4 A posse pela guerra justa

Se, de um lado, o propósito dos atos de guerra era fazer tanto mal quanto possível aos inimigos, matando, torturando, destruindo, violando, queimando e roubando, as reflexões de Francisco de Vitória estavam voltadas para as questões humanitárias, principalmente em favor dos povos nativos. Nesse sentido, suas ideias tiveram grande repercussão na forma e nas condições acerca das quais deveria estar submetida as conquistas e colonização da América Espanhola e Portuguesa. Surge assim o conceito, aparentemente paradoxal, de guerra justa (*Bellum iustum*).¹⁴

14 Teoria da guerra justa é provavelmente a perspectiva mais influente sobre a ética da guerra e da paz. A tradição da guerra justa tem sido desenvolvida por uma longa tradição de pensadores, incluindo os notáveis Agostinho de Hipona (354-430), inspirado em Cícero, Tomás de Aquino (1225-1274), Hugo Grócio (1583-1645), com seu influente

Segundo Vitória, para ser justa, a guerra deveria ser praticada apenas como um mal necessário, com o fim de reparar injúria grave. Deve ter por objetivo o restabelecimento da paz, causando o menor mal possível, evitando, assim, danos desnecessários. Não se enquadra dentro dessa concepção o direito do europeu de se apropriar de terras recém descobertas na América, simplesmente invocando o direito da guerra justa, pois esta ficava submetida a determinados requisitos. Um deles é o de ser praticada por Estados soberanos, mediante uma declaração pública em que as partes estão em condições bélicas similares. Além disso, a guerra não pode ser declarada por motivos econômicos, religiosos e políticos, e deve existir proibição aos saques e redução do inimigo à miséria (LIMA, 2012). Por fim, a guerra, para ser justa, deveria ser necessária, ou seja, utilizada como último recurso para se retornar ao status anterior de normalidade.

Em prejuízo aos nativos da América, as Coroas espanhola e portuguesa se utilizaram amplamente do conceito de *guerra justa* para usurpar as terras. Vale dizer que criaram regras próprias para contornar diretrizes que caracterizam uma guerra justa, e que foram fixadas pelos pensadores humanistas. Conquanto houvesse uma legislação lusa protecionista aos interesses indígenas, nem todos os nativos podiam ser beneficiados, uma vez que as benesses eram aplicáveis somente aos índios que aceitassem a colonização. Ou seja, só se aplicavam àqueles que permanecessem nos locais determinados pela coroa (aldeias), servindo como mão de obra aos colonos, e submetendo-se à catequese ministrada pelos jesuítas.

De outro lado, aos nativos selvagens e hostis que resistiam, permanecendo infiéis, aplicava-se o princípio da guerra justa. Dessa forma, os portugueses legitimavam perante a igreja o ato de apossamento das terras, ao tempo em que lhe impunham o regime de escravidão. Os índios perdiam de uma só vez os bens que lhe eram mais caros: a terra e a liberdade.

Conquanto a utilização da guerra justa tenha sido abolida no período Pombalino (1750-1777), retorna com toda plenitude no século seguinte.

livro *De Jure Belli ac Pacis* ("Sobre os direitos de guerra e paz"), de 1625, Francisco Suárez (1548-1617), Vattel (1714-1767), Francisco de Vitória (1548-1617), Samuel Pufendorf (1632-1704) e Christian Wolff (1679-1754). Porém, Grócio é provavelmente aquele que mais se dedicou à elaboração do conceito e da doutrina (OREND, 2008).

Em Carta Régia de novembro de 1808, D. João VI declarou que as terras conquistadas em “guerra justa” pela Coroa eram tidas como devolutas. Então ordenou que aldeassem, e que os índios hostis fossem catequizados e convertidos à fé cristã.

Esse período joanino foi caracterizado por uma necessidade da garantia de posse da colônia, diante dos inimigos externos (potências estrangeiras) e internos, como os povos indígenas em regiões distantes dos centros urbanos, que ameaçassem as fronteiras do Império.

Assim, D. João passou a decretar guerra contra os índios botocudos, que eram antropófagos e não aceitaram a submissão ao reino por nenhum outro meio. Por esse motivo, o rei ordenou uma guerra ofensiva sem tréguas, até o momento em que todos os índios da região estivessem submissos, e as terras que ocupam lhes fossem tomadas. Para isso, utilizou as expedições de bandeiras, inclusive compostas por índios domesticados, com direito a recompensas, com índios escravos e lotes de terras (SPOSITO, 2009).

É privatização da *guerra justa*, abrindo caminho para a franca expansão da colônia para o interior do Brasil.

3 O Estado multicultural e pluriétnico

Redefinir convivência humana, configurada na historicidade de sujeitos singulares e coletivos, com dignidade, identidade e com reconhecimento à diferença, implica na luta contra imposições padronizadas que caracterizam a sociedade moderna, estremecida com o enfraquecimento dos Estados-nacionais e com a hegemonia política do neoliberalismo (WOLKMER, 2007).

Na última década do século XX, iniciou-se um movimento em favor do reconhecimento das sociedades pluriétnicas, que culminou com reformas constitucionais nos países que compõem a Comunidade Andina de Nações (CAN): Colômbia, Bolívia, Equador e Peru. Estes países aderiram à Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1989, durante sua 76ª Conferência. A Convenção destacou o re-

conhecimento: i) da natureza do Estado plural; ii) dos direitos humanos e liberdades fundamentais aos povos indígenas e tribais; iii) dos direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam (BRASIL, 2004a).¹⁵

Embora estas reformas não estejam isentas de contradições e limitações, é adequado interpretá-las sob o signo de uma perspectiva pluralista permissiva à construção das bases de um Estado multicultural, mas que não deve se descurar dos balizamentos valorativos impostos pelo regime constitucional vigente, a ponto de eles serem suplantados pela ordem internacional.

3.1 Multiculturalismo e indigenismo nas Américas

Multiculturalismo é um termo utilizado para descrever a existência de muitas culturas em uma mesma dimensão espacial (local, regional ou nacional). Observa-se, nesse pluralismo cultural, o movimento de transição de uma cultura comum para culturas diversas, visando a inclusão dos diferentes tipos culturais que pertencem a determinada comunidade formada por grupos minoritários, sendo que estes são reduzidos a uma representação simbólica na cultura dominante.

Esse ideal de uma sociedade pluralista, embora tenha adquirido contornos contemporâneos após o novo regime constitucional, já se manifestava pulsante nos escritos de Immanuel Kant, no plano do pluralismo jurídico e político na ordem internacional.

Por meio de estudos biológicos, antropogeográficos e históricos, Kant reconheceu a originalidade dos povos, e assim, lhes concedeu uma significação positiva, conforme a sua concepção sobre o direito internacional. Por esta razão, ele afirmava que seria inconcebível criar um Estado mundial, uma vez que, do ponto de vista político e moral,

15 Art. 14 - “Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de **propriedade e de posse** sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes” (BRASIL, 2004a, grifo nosso).

era inaceitável, já que a diversidade das culturas deveria ser preservada como categoria moralmente desejável. Para Kant, a sociedade, a ciência e a cultura se desenvolvem a partir de antagonismos, sendo análogas ao mundo material (NOUR, 2003).

A democracia, portanto, é legitimada na medida em que o seu exercício for distribuído a uma diversidade de grupos com diferentes interesses ideológicos, econômicos e sociais. Com isso, evita-se a dominação por uma elite e afasta-se o risco de uma leitura social monocromática.

Conforme a lição dada por Habermas (apud SELVATTI, 2011),

[...] o pluralismo das sociedades pós-modernas pode ser visto de duas maneiras: uma quando descrevemos as várias concepções de cada um sobre uma vida digna, visão liberal; e de outro foco, visão republicana, quando descrevemos as múltiplas identidades sociais e culturais dentro desta sociedade.

Tendo em vista o multipluralismo das sociedades, o filósofo alemão defende a conciliação entre o reconhecimento das diferenças, a inclusão do cidadão na comunidade política e a valorização da autonomia individual, encontrando o equilíbrio entre igualdade e diversidade. Não se pode mais buscar a fundamentação do moderno direito positivo no ideal platônico, tampouco na eticidade kantiana, mas no procedimento democrático calcado em acordo comunicativo entre sujeitos participantes.

Na esfera da sociedade moderna, a cultura não pode ser caracterizada como monolítica, imutável, homogênea e sem contradições, uma vez que os múltiplos sistemas sociais e políticos estão abertos a práticas, modelos e formas de representação, marcados pelas diferenças, identidades e especificidades culturais. As várias dimensões étnicas, morais e religiosas, bem como os ativismos complexos e os grupos de interesses insurgentes, comprovam a cada dia que o pluralismo é o paradigma nuclear das sociedades contemporâneas (CITTADINO, apud WOLKMER, 2007).

Nesse mesmo sentido de ideias, e com maior amplitude, Boaventura Sousa Santos, em pesquisa sobre comunidades indígenas latino-americanas, desenvolveu o conceito de *democracia intercultural*. Esta consiste no

resultado de um ato político consensual entre grupos étnico-culturais que sublimam o seu passado de relações violentas e passam reconhecer e dividir espaço com as outras culturas, iniciando um processo de ocupação do poder antes reservado às elites (SANTOS, apud BOCHENEK, 2013).

A coexistência de diferentes formas de deliberação democrática, critério de representação e reconhecimento de direitos, está na dependência de medidas de educação orientadas na reciprocidade cultural.

3.2 Pluralismo jurídico e interculturalidade na América

A exemplo do que já havia ocorrido no Equador em 2008, a nova Constituição Política do Estado da Bolívia (2009) criou uma estrutura chamada de plurinacional, onde 36 etnias são reconhecidas como nações. Juntas, elas compõem o nome oficial do país, o Estado plurinacional da Bolívia. O próprio Tribunal Constitucional passou a ter uma composição mista, que representa as nações indígenas, assim como outras estruturas estatais.¹⁶

Ainda que a nova constituição boliviana já tivesse previsto a existência da Justiça Indígena Campesina, bem como sua coexistência com a Justiça Ordinária, o Tribunal Constitucional Plurinacional, em decisão inédita, trouxe um novo entendimento quanto à *dimensão da atuação* dessa justiça ancestral, hoje reconhecida pelo Estado.

Ao decidir uma questão de competência, o Tribunal Constitucional Plurinacional utilizou informações culturais e antropológicas como critérios, com base em estudos realizados por sua Unidade de Descolonização, que, por meio de nota técnica, comprovou a origem étnica e a formação cultural da população.

Além de dirimir conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena Campesina estabeleceu a coexistência de bases jurídicas distintas para cada nação indígena e para a justiça comum, entre as quais não há hierarquia. Desse modo, elas formam uma jurisdição multifacetada,

16 “Artículo 190. I - Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán las funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (BOLÍVIA, 2008, p. 45).

que respeita a formação histórica de cada povo e, ao mesmo tempo, estabelece limites, tendo em vista os direitos humanos, os tratados internacionais e as garantias constitucionais (BRASIL, 2012a).

Também na Colômbia, a Corte Constitucional fortaleceu a jurisdição penal indígena ao reconhecer a competência dessas comunidades para julgar fatos cometidos por seus membros e permitir o cumprimento da pena dentro de seu território. Entendeu que as medidas de privação da liberdade aplicadas aos indígenas devem ser cumpridas, preferencialmente, na própria comunidade do apenado ou, em todo caso, em algum lugar onde se preservem os costumes de sua etnia, aliviando, assim, a grave situação de superlotação carcerária e a perda de cultura aborígene.

A Corte chegou a essa conclusão ao analisar uma ação de tutela interposta em uma ação penal ordinária, ajuizada contra um indígena que teve relações sexuais com uma menor de idade, supostamente consentida. A decisão assinalou, ainda, que a integridade sexual dos menores não pode excluir a consideração sobre a diversidade cultural dos indígenas, motivo pelo qual a decisão do tribunal Estatal foi anulada, com remessa do feito para ser julgado pelo tribunal tradicional indígena (COLÔMBIA, 2013).

Os exemplos de Bolívia, Colômbia e Equador podem ser citados, não apenas como modelos de reconhecimento da multiculturalidade, mas também de superação daquelas dificuldades políticas e técnicas, permitindo aos povos indígenas a instituição do *pluralismo jurídico*, coroado com a conquista do direito a uma jurisdição diferenciada.

Boaventura de Sousa Santos produziu um trabalho em que essas questões foram abordadas em uma ambiciosa investigação comparada sobre justiça indígena, plurinacionalidade e interculturalidade na Bolívia (SANTOS, 2012) e no Equador, realizada por uma equipe plurinacional e interdisciplinar entre 2010 e 2012. Os principais resultados sobre a situação de cada país foram divulgados em dois extensos volumes que se tornaram livros de referência para refletir sobre o desafio partilhado de construir uma nova cultura jurídica. Sobre esse tema assim se expressou o jurista português:

Al final de la última década, Bolivia y Ecuador fueron los dos países latino

americanos que pasaron por transformaciones constitucionales más profundas en el curso de movilizaciones políticas protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares. [...] El reconocimiento de la existencia y legitimidad de la justicia indígena que, para remitirnos al periodo posterior a la independencia, venía de décadas atrás, adquiere un nuevo significado político. No se trata solo del reconocimiento de la diversidad cultural del país o de un expediente para que las comunidades locales y remotas resuelvan pequeños conflictos sensu interior, garantizando la paz social que el Estado en ningún caso podría garantizar por falta de recursos materiales y humanos (SANTOS, 2012, p. 13).

Evidente que a tradição eurocêntrica da arquitetura da jurisdição estatal, sempre monolítica e hegemônica, promove uma tensão na disputa pelo reconhecimento de justiça indígena. Tal tensão é originada na formação profissional dos juristas nas faculdades de direito, onde prevalece a cultura jurídica dominante, que impugna a aceitação de um pluralismo jurídico. Supostamente, isto ocorre porque põe em risco alguns dos fundamentos do Direito, como os princípios da soberania, unidade e autonomia (SANTOS, 2012).

Sendo assim, a implementação do pluralismo jurídico encontra-se na dependência da ruptura com esses fundamentos e do abandono completo do colonialismo, a exemplo do que ocorreu com o Equador, Bolívia e a Colômbia, para que o modelo político ancião passe por uma transformação que permita sua evolução.

Em suas conclusões acerca da experiência Boliviana, Boaventura de Sousa Santos propugna sobre a lógica de uma “*ecología dual de saberes jurídicos*” em que os dois sistemas [jurídicos] possam conviver harmoniosamente, um enriquecendo o outro, pois só assim tal procedimento será legítimo:

La coordinación entre las dos justicias debe ser conducida según la lógica de la ecología de saberes jurídicos y no según la lógica de la dualidad de saberes jurídicos. Será un proceso largo de transición que irá avanzando en la medida en que las dos justicias se dispongan a aprender una con la otra y a enriquecerse mutuamente a través de los mecanismos de convivencia que crean. En este proceso las complementariedades entre el derecho ordinario y el derecho indígena deberán ser ampliadas y celebradas como ganancia democrática. A su vez, las contradicciones

deben ser resueltas de acuerdo con una lógica de suma positiva, es decir, mediante decisiones o procedimientos de los que resulte el refuerzo jurídico, el prestigio social y la legitimación política de las dos jurisdicciones en presencia (SANTOS, 2012, p. 46 e 47, grifos do autor).

A jurisdição dual vigente na Bolívia, Equador, Colômbia e outras nações andinas foi precedida de modificações no texto constitucional de cada um desses países, após prolongados embates, com participação intensiva das comunidades indígenas.

No Brasil, entretanto, a realidade difere dos demais países latino-americanos, não só pela dimensão continental do território, com largas implicações geopolíticas, mas também pelo fato de que, quantitativamente, tem um pequeno contingente de indígenas, equivalente a 0,47 % da população nacional.

Embora ocupem aproximadamente 13% das terras brasileiras, não há justificativa que mantenha um sistema próprio de jurisdição diferenciada. Entretanto, ao menos em instâncias conciliatórias e no âmbito das próprias comunidades, nada impede que algumas questões pontuais, cuja pertinência temática é intrínseca às tradições e à cultura de determinada etnia, possam de *lege ferenda* ser dirimidas pelos seus pares.

De outro lado, é incontestável um esforço para constituição de um Estado plural, solidário e fraterno, de forma a reafirmar os ditames previstos na Constituição. Uma voz constante e firme no Supremo Tribunal Federal (STF) nesse sentido foi a do Min. Carlos Britto, que defendeu a pluralidade étnica e a necessidade de convivência pacífica entre índios e não-índios. No voto de sua relatoria na demarcação da TI Raposa/Serra do Sol, cunhou a expressão de que a “demarcação de terras indígenas constituiu um capítulo avançado do constitucionalismo fraternal” (BRASIL, 2009a) *verbis*:

Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas,

a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica (BRASIL, 2009a).

No epicentro da identificação dos valores culturais, da identidade tribal e das tradições indígenas está a disputa pela terra, espaço fundiário necessário ao desenvolvimento de índios e não-índios. Em prol das comunidades nativas, há ainda um interesse da comunidade internacional, na medida em que em outros países as disputas étnicas são igualmente presentes e antigas.

No interesse de dar um regramento mínimo a essas relações no que diz respeito aos direitos dos povos autóctones, também referenciados como grupos vulneráveis, os organismos transnacionais vêm produzindo textos normativos dos mais diversos campos de abrangência. No tópico seguinte, alguns desse instrumentos serão analisados, sempre com a tônica em torno da disputa pelo espaço territorial.

3.3 A proteção internacional dos povos indígenas

3.3.1 Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH (1948)

Na ordem internacional, a matriz protetiva dos direitos humanos foi a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) (1948), proclamada pela Organização da Nações Unidas (ONU) em resposta às consequências nefastas causadas pelas atrocidades cometidas na Segunda Guerra

Mundial (1939-1944), em especial pelos regimes nazista e fascista. A partir desses episódios, a *dignidade da pessoa humana* passou a figurar como núcleo do constitucionalismo contemporâneo, donde surgiram as novas dimensões de direitos ligados à fraternidade, solidariedade (terceira dimensão) e ao pluralismo (quarta dimensão) (NOVELINO, 2012).

O objetivo da Declaração Universal é promover um ideal comum a todos os povos e o respeito aos direitos e liberdades, sem distinção alguma de raça, de cor, de sexo, de língua e de religião (*UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS*, 1948).

A cláusula não discriminatória implica, portanto, no respeito a uma organização social nativa própria, com seus costumes, língua e tradições próprias, e representativa de uma cultura diferenciada. Esses elementos foram positivados na Constituição Federal de 1988 na garantia do exercício de manifestações culturais indígenas, afro-brasileiras, bem como na valorização da identidade étnica de cada uma delas (CF, art. 215).

A Declaração Universal assegura, por outro lado, a utilização de instrumentos para a defesa dos direitos e liberdades individuais, ao deferir a legitimidade de qualquer pessoa para invocar dos órgãos competentes a proteção de seus direitos (DUDH, art. 2º), independente de qualquer *condição racial* (*UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS*, 1948).¹⁷

Do mesmo modo, ainda com inspiração no catálogo de direitos individuais, a Declaração reservou um dispositivo específico (art. 17)¹⁸ para *garantia da propriedade privada* (*UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS*, 1948), ao mesmo tempo que assegura ao seu titular a conservação desse direito contra atos arbitrários, não só os praticados pelo Estado (eficácia vertical),

17 “Art. 2º - **Todos os seres humanos** podem **invocar os direitos e as liberdades** proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, **nomeadamente de raça**, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania” (*UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS*, 1948, grifo nosso).

18 “Art. 17 - 1. Toda a pessoa, individual ou colectiva, tem direito à propriedade. 2. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade” (*UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS*, 1948).

mas também nas relações entre particulares (eficácia horizontal).

No âmbito de proteção da Declaração, portanto, já se preconizava a necessidade do *due process of law*, em caso de desapossamento, seguindo a mesma linha de princípio vigente na Carta Magna (1215)¹⁹ e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).²⁰

Não há no texto da Declaração de Direitos Humanos, um dispositivo específico de proteção dos direitos das comunidades étnicas, mas nesse breve recorte é possível constatar que a defesa da *propriedade* privada no plano internacional é uma tônica constante, erigindo, nesse particular, todas as etnias em um mesmo patamar de proteção no que tange aos seus direitos territoriais.

3.3.2 A Convenção n. 169, da OIT (1989)

A Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, aprovada em 1989, durante sua 76ª Conferência (BRASIL, 2004), se destacou como um dos registros mais antigos acerca do reconhecimento da *etnicidade indígena* e dos critérios de identificação dos grupos étnicos.

A Convenção foi internalizada no direito positivo nacional por ato do Congresso Nacional com a edição do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e promulgada pelo Presidente da República, de acordo com o Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, com *status* de lei ordinária.²¹

19 *Magna Charta Libertatum* (1215) - Art. 39 - “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”. Tradução: Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra (A MAGNA CHARTA..., 2009).

20 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) - Art. 17- “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização” (DECLARAÇÃO..., 1978).

21 Importante registrar que, pelo fato da Convenção ter sido ratificada anteriormente à vigência da Emenda Constitucional n. 45, ainda que referente aos Direitos Humanos, não lhe foi conferida hierarquia de Emenda Constitucional, já que não houve *quorum*

A ratificação da Convenção pelo direito interno é compatível com a declaração preambular da própria Constituição de 1988, em que o Estado brasileiro se compromete em assegurar o exercício dos direitos sociais, tendo em conta uma sociedade fraterna, *pluralista* e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional.²²

Dois aspectos da Convenção n. 169 interessam ao presente estudo, e o primeiro deles é referente ao direito de autoidentificação étnica, que vem estampada logo no art. 1.º, item 2: “A *consciência de sua identidade* indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção” (BRASIL, 2004).

Na dicção de Joaquim Shiriashi Neto, o critério de distinção dos sujeitos previsto na Convenção *é o da consciência, ou seja, da autoidentificação que o sujeito faz de si mesmo em relação ao grupo ao qual pertence* (SHIRAISHI NETO, 2007).

Consoante se verá adiante, esse conceito não difere daquele já existente no Estatuto do Índio (art. 3º, I e II) (BRASIL, 1973a), em que se admite a autodefinição. Todavia, a adoção desse critério deve ser interpretada com temperamentos, na medida em que essa autodefinição deve ocorrer como evento totalmente endógeno, sem a intervenção de estranhos a lhe modificar e moldar essa consciência natural.

Um segundo aspecto importante, refere-se à abordagem acerca do direito de posse sobre as “terras” dos povos indígenas, consignada entre os artigos 13 a 19 da Convenção.

No texto, o termo “terra” (art. 13.2) abrange o conceito de território, entendido como a totalidade do *habitat* no qual se encontram os povos nativos, critério que se afina com o texto constitucional. Mais adiante, o teor da Convenção da OIT consigna o dever de reconhecimento dos direitos de *propriedade* e de *posse* sobre as terras que, tradicionalmente, são ocupadas pelos povos interessados (art. 14.1) (BRASIL, 2004).

Aqui transparece, desde logo, uma colisão com a norma interna que deve ser reputada ineficaz, haja vista que na constituição brasileira a

qualificado na sua aprovação congressional.

22 Texto do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988).

propriedade [das terras] é da União (CF/88, art. 20, XI) (BRASIL, 1988), e que, por se tratar de um bem público federal de natureza especial²³, não pode ser transferida aos indígenas a qualquer título.

O art. 15, por seu turno, cuida dos recursos naturais, inclusive minerais, prevendo indenização pelo Estado para sua utilização (BRASIL, 2004), o que também não se aplica internamente, haja vista que a Constituição defere tão somente a exploração do solo. As riquezas do subsolo estão sujeitas ao controle congressual, questão pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.²⁴

Uma última observação, mas não menos importante, se refere aos limites impostos pela própria Convenção quanto aos direitos nela previstos, com duas restrições, uma de ordem interna e outro de natureza internacional, que remetem aos direitos fundamentais. Por esse motivo, visando evitar antinomias, ou seja, manter hígido o regime jurídico dos signatários, ficou previsto, no art. 8º, 2, da Convenção, que:

Esses povos [indígenas] deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os *direitos fundamentais* definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os *direitos humanos* internacionalmente reconhecidos (BRASIL, 2004, grifo nosso).

De fato, há práticas nativas contrárias aos direitos humanos. Pelo menos treze etnias indígenas no Brasil mantêm costumes primitivos com práticas de infanticídio contra: filhos de mulher adúltera; portadores de alguma doença; filhos gêmeos, vistos como amaldiçoados, entre outros motivos fúteis. Nenhum deles se compatibiliza com o sistema penal

23 Esta é a natureza jurídica das terras indígenas, segundo posição majoritária dos doutrinadores entre eles, Maria Sylvia Di Prieto, Celso Antônio Bandeira de Mello, Dirley da Cunha Junior e Robério Nunes dos Anjos Filho. Em sentido contrário, Fernando da Costa Tourinho Filho, que entende ser bem público de uso comum do povo. As obras estão referenciadas nesse trabalho.

24 STF Pet. N. 3.388/RR. Uma das salvaguardas fixadas na decisão foi de que o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei (BRASIL, 1988).

brasileiro, nem tampouco com a condição humana que tem o direito à vida como princípio mais importante. (TRADIÇÃO, 2014).

Dessa sintética exposição, o que se extrai do texto da Convenção n. 169, da OIT –sem nenhuma intenção de lhe retirar a importância como instrumento eficaz na fixação de uma política internacional uniformizadora dos direitos indígenas nos países que lhe são signatários – é que, no aspecto fundiário, justamente onde se encontram as disputas mais intensas, o documento serve muito mais como um mecanismo de reafirmação dos direitos já reconhecidos pelo direito positivo brasileiro, do que propriamente pela implementação de um direito *novo* na ordem jurídica interna.

3.3.3 Declaração das Nações Unidas sobre direitos dos povos indígenas

Na 107ª Sessão Plenária das Organizações da Nações Unidas (ONU), realizada em 13 de setembro de 2007, em reafirmação às diretrizes já fixadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção n. 169 da OIT, foi aprovada a *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*,²⁵ manifestando preocupação

[...] com o fato de os povos indígenas terem sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007, p. 3).

No que tange ao direito às terras e territórios, estabeleceu-se, no art. 26, que:

25 Aprovada em 13 de setembro de 2007, na Assembléia Geral das Nações Unidas por maioria do votos, sendo de 144 (cento e quarenta e quatro) Estados a favor e 4 (quatro) votos contra (Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos da América) e, ainda, 11 (onze) abstenções (Azerbaijão, Bangladesh, Butão, Burundi, Geórgia, Quênia, Nigéria, Federação Russa, Samoa e Ucrânia, e a nossa vizinha amazônica Colômbia).

1. Os povos indígenas têm direito às **terras, territórios** e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de **possuir**, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma **tradicional de ocupação** ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão **reconhecimento** e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007, p. 14, grifo nosso).

Quanto à identidade dos povos indígenas, a Declaração consignou em seu art. 3º, que “Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007, p. 14).

Conquanto a Declaração dos Povos Indígenas tenha sido engendrado em órgão com maior legitimidade, haja vista que dimana de um dos foros mais representativos das Nações (ONU), ampliando os direitos previstos na Convenção 169, da OIT, não tem força vinculante aos seus signatários.

Como bem acentuou o Min. Menezes Direito, a Declaração “[...] inaugura um tratamento autonomista e emancipacionista das comunidades indígenas, definindo o termo *povos* em um sentido bem diverso daquele utilizado na Convenção n.º 169, como se extrai de sua inspiração e seus dispositivos” (DIREITO, 2010, p. 396).

Além disso, por se referir a *territórios* e direito de *propriedade*, não será possível sua aplicação integral na ordem interna. No primeiro caso, o termo *território* não deve ser adotado e interpretado como uma fração independente do espaço territorial nacional, pois isso afetaria a soberania do Estado brasileiro. Seu conceito permanece vinculado ao de terra, como espaço geográfico destinado ao seu *habitat*. Conforme bem resumiu o Min. Carlos Britto, “Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui

em unidade federada” (BRITTO, 2010, p. 232).

Quanto ao termo *propriedade*, também não é adequado ou aplicável internamente pelas razões já expostas quando dos comentários acerca da Convenção n. 169, vale dizer, o direito reconhecido aos indígenas limita-se tão somente à *posse usufrutuária*, haja vista que no plano interno o domínio [das terras indígenas] é da União.

De outro lado, é preciso averiguar o conteúdo terminológico das expressões “povos indígenas” e “nações indígenas”, ambos rejeitados no texto constitucional pela sua conotação de autonomia e independência, motivo pelo qual se preferiram as expressões “comunidade indígena” ou “organização indígena” (ANJOS FILHO, 2009a). O Min. Ayres de Britto diz que esse é o motivo de “[...] não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica, a dimensão de instância transnacional” (BRITTO, 2010, p. 233 e 234).

O ponto mais polêmico da Declaração diz respeito àquele relativo à *autodeterminação dos povos indígenas*. A expressão sugere que as comunidades étnicas teriam o poder de promover uma organização política independente do Estado na qual se inserem. Assim, é preciso investigar se esse conceito não transborda a dimensão que lhe emprestou a Constituição Federal (CF/88) em relação às suas atividades organizacionais.

A questão causou certa perplexidade ao Min. Menezes Direito manifestada por ocasião de seu voto-vista na Pet. n. 3.388/RR. Argumentou que a Declaração intenta “[...] claramente conferir aos povos indígenas a qualificação de nações, dotadas de autogoverno e autodeterminação (arts. 3º, 4º, 6º e 12, *in fine*), com desprezo das fronteiras (art. 36, 1) e do sistema representativo dos Estados-Membros (art. 32)” (DIREITO, 2010, p. 397). Ao final, concluiu que seu convencimento é de que não seria possível qualificar a Declaração “[...] como um instrumento normativo do Direito internacional”, e reconheceu sua não aplicabilidade no plano da positividade jurídica interna (DIREITO, 2010, p. 399).

Nesse sentido, o Min. Menezes Direito foi seguido pelo Min. Cezar Peluso, nos seguintes termos: “Não é um tratado, não corresponde a nenhuma das categorias de documentos internacionais com força jurídica vinculante. Em outras palavras, a meu ver, não tem *status* nomológico ou *status* normativo” (PELUSO, 2010, p. 537).

Não obstante a tomada de posição acerca da inoperância da Declaração no direito positivo pátrio, alguns temperamentos foram adotados por outros ministros. Embora a leitura de alguns dispositivos do documento internacional esteja na direção da concessão de autonomia e independência política aos povos indígenas, concluem que, para que fossem concretizadas no plano interno brasileiro, tais medidas estariam sujeitas à conformação com as limitações previstas na própria constituição (MENDES, 2010, p. 804).

Nesse estado de coisas, em função desse tratamento jurídico apresentar algumas discrepâncias previstas nos tratados e convenções pertinentes aos direitos indígenas, em que alguns avanços suplantam as diretrizes constitucionais do direito interno, pode-se concluir que, relativamente ao *regime de demarcação* e ocupação das terras indígenas, não há qualquer inovação a ser implementada.

3.4 Conflitos possessórios no direito comparado

Os povos indígenas habitam praticamente todos os continentes do planeta e estão espalhados em pelo menos 53 países, desde as planícies frias do Ártico até as ilhas mais longínquas do Pacífico Sul (BARBOSA, 2007)²⁶.

Dois fatores são comuns a todas essas populações autóctones ou alóctones: i) a preservação das suas características étnicas; e ii) os conflitos seculares pela disputa dos territórios e oposição ao processo de conquista pelas civilizações eurocêntricas.

É possível afirmar com alguma segurança que existe um padrão global de desvantagem do nativo, motivado pela continuidade do processo colonizatório, e pela posição eurocêntrica ainda muito presente. Este *sta-*

26 No Ártico, Dinamarca (Groelândia) e Rússia; na América do Norte, Canadá, Estados Unidos e México; na América Central, Guatemala, Nicarágua e Costa Rica; na América do Sul, Colômbia, Venezuela, Suriname, Equador, Peru, Bolívia, Brasil, Paraguai, Argentina e Chile; no Pacífico/Oceania, Austrália, Aotearoa/Nova Zelândia, Tuvalu e Nova Caledônia (França); no Leste e Sudeste Asiático, Japão, China, Taiwan, Filipinas, Indonésia, Malásia, Tailândia, Vietnã, Laos e Burma; no Sul da Ásia, Bangladesh, Nepal e Índia; no Oriente Médio, Israel e Palestina; na África, Marrocos, Argélia, Mali, Níger, Burkina Faso, Kênia, Uganda, Tanzânia, Burundi, República Democrática do Congo, Camarões, República Centro Africana, Namíbia, Botswana, Zimbabwe e África do Sul (URT, 2014).

tus se mantém, mesmo que inconscientemente, agravada pela memória do processo destrutivo de culturas nativas, transfiguradas pela guerra, conquista, genocídio, exclusão e exploração econômica (URT, 2014).

A par de todos esses aspectos decorrentes do encontro de culturas e processos civilizatórios distintos, importa para este trabalho o embate pelo território, ou mais especificamente, a problemática envolvendo a disputa da terra. Procura-se analisar as vicissitudes encontradas em outros países e quais as soluções pacificadoras adotadas, bem como as modificações introduzidas em cada ordenamento jurídico interno.

Vejamos as circunstâncias existentes na Austrália, Canadá, México e Peru, representativas do que ocorre no resto do globo.

3.4.1 Austrália

Os povos nativos da Comunidade da Austrália (*Common wealth of Australia*) foram divididos em duas categorias oficiais, cada qual abrigando um grande número de grupos étnicos: São eles os aborígenes e os Ilhéus do Estreito de Torres, que representam 2,5% da população total do país.

Embora os holandeses tenham chegado à ilha-continente em 1606, a colonização efetiva ocorreu com a chegada do britânico James Cook, que, em 1770, mapeou a costa leste da Austrália e a reivindicou para o Império Britânico. As terras recém descobertas, no entanto, passaram a servir para instalação de colônias penais.

Isso fez com que muitos condenados libertos se aventurassem em busca de ouro ou terras agricultáveis ou propícias à pecuária, iniciando o conflito entre os aborígenes, que viviam de acordo com o modo tradicional indígena, e outros brancos, que estavam interessados na expansão agropastoril. Como o Reino Unido não havia praticado nenhum ato de conquista por meio da guerra, ou adquirido as terras por meio de compra ou mesmo tratado internacional, a legitimação de apossamento do território (direito de conquista) se justificava pela vetusta tese jurídica da *terra nullius*, argumentando que os habitantes originários tivessem a posse ou qualquer direito de ocupação sobre seu território.

Em razão do *Aborigines Protection Act*, de 1869, em Victoria, os nativos passaram a ser diretamente controlados por agentes estatais, tornando-se

comunidades administradas. O efeito nefasto disso foi a remoção forçada de pelo menos 40% das crianças aborígenes de seus lares, fato que ficou conhecido como a geração perdida (*stolen generation*).²⁷ Nos anos 1960, com a inclusão dos aborígenes no censo nacional australiano e nas listas de eleitores, encerrou-se a política assimilacionista e de proteção.

Por fim, no ano de 1972, o primeiro-ministro Gough Whitlam deu uma declaração histórica, proferindo a seguinte afirmação: “Vamos legislar para reconhecer aos aborígenes os direitos à terra – e não apenas porque a questão é indiscutível, mas porque todos nós, australianos, ficamos diminutos enquanto são negados aos aborígenes seu lugar de direito no país” (WHITLAM, apud WHITLAM INSTITUTE, 2015).²⁸ Em 1976, o *Aboriginal Land Rights Act* deu início ao reconhecimento dos direitos territoriais aborígenes por parte do Parlamento e dos tribunais (URT, 2014).

A propriedade das terras tradicionais (*native title*) não era reconhecida até 1992, ano em que um grupo ilhéu do Estreito de Torres processou o governo federal e o estado de Queensland, exigindo a propriedade sobre as suas terras, episódio que ficou conhecido mundialmente como o “Caso Mabo”. Eddie Mabo era um ativista indígena cujos esforços levaram o Supremo Tribunal da Austrália a afastar a doutrina da “*terra nullius*”, afirmando a titularidade das terras com base na posse tradicional aborígine (*native title*).

O processo judicial desencadeou uma profunda transformação no cenário jurídico e legislativo da Austrália, com efeitos sobre o estatuto e os direitos de propriedade das populações indígenas e as relações étnicas em geral, a ponto de forçar o Parlamento Australiano a editar uma lei conhecida como *Native Title Act* (NTA), em 1993. Por meio desta nova legislação, passaram a ser reconhecidos: i) os direitos à posse de terra dos nativos; ii) os direitos de indenização nos casos de desapossamento; e iii)

27 O fato é conhecido como “*The Lost Generation*”, ou a geração perdida, onde crianças aborígenes eram adotadas e sumiam de suas aldeias para nunca mais serem vistas novamente. O objetivo era de quebrar moralmente e psicologicamente qualquer tentativa aborígine de interferência na vida e na política dos brancos (ABORÍGENES..., 2015).

28 Tradução livre de: “*We will legislate to give Aborigines land rights – not just because their case is beyond argument, but because all of us Australians are diminished while the Aborigines are denied their rightful place in the nation*” (WHITLAM INSTITUTE, 2015).

o direito de participar das decisões sobre atividades a serem exercidas em suas áreas; além de financiamento sobre questões relacionadas aos direitos de posse, dentre outros benefícios.

3.4.2 Canadá

O Estado do Canadá reconhece constitucionalmente os direitos de três etnias aborígenes em seu espaço geográfico: os *indians*, os *métis* e os *inuit* (esquimós), conforme previsão expressa no art. 35,²⁹ do Ato Constitucional de 1982 (*Constitution Act*, 1982) (CANADÁ, 1982). Além desse reconhecimento, reafirma os direitos já existentes e os decorrentes de acordos sobre as terras que venham a ser adquiridas no futuro.

Em 1760, a Grã-Bretanha obteve o controle da maior parte da América do Norte, e três anos mais tarde divulgou a Proclamação Real, que demarcava terras para os índios e determinava que apenas os governos poderiam intervir nas questões de terras indígenas. Isso levou a uma série de pactos de cessão de terras, sob os quais as Primeiras Nações abriram mão de suas reivindicações de tratos especificados de terras em troca de pagamentos de quantias e anuidades.

Para os colonizadores, os tratados eram uma forma de dominação jurídica. Permitiam extinguir as reclamações dos indígenas e obtinham sua boa vontade, em troca de alguma proteção jurídica contra invasões de terras tituladas como “reservas”, as quais não seriam acessíveis aos colonizadores chegando ao Canadá, da Europa e Estados Unidos (URT, 2014).

Após o surgimento da Confederação Canadense, no ano de 1867, ocorreu a promulgação do primeiro Ato Indígena (*Indian Act*, 1876), que deu ao governo federal amplos poderes para controlar os índios que viviam nas reservas. Ditava quem era e quem não era índio, controlava o movimento das reservas, e dava ao governo federal autoridade sobre os índios que não possuíam reservas de terras.

29 *Constitution Act*, 1982, Art. 35 “(1) *The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed*; (2) *In this Act, ‘aboriginal peoples of Canada’ includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada*; (3) *For greater certainty, in subsection (1) ‘treaty rights’ includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired*” (CANADÁ, 1982, p. 9 e 10).

O *Indian Act* também favorecia a divisão das terras das reservas em lotes individuais e, embora o Estado mantivesse uma retórica de promoção da agricultura entre os indígenas, proibia hipotecas sobre essas terras, de modo que os indígenas não conseguiam crédito para investir nos equipamentos, permanecendo sem competitividade (URT, 2014).

Ainda que constitucionalmente protegido, nenhum direito aborígine é absoluto pela lei canadense. Os direitos de pesca, por exemplo, não são exclusivos dos povos aborígines. Eles podem exercê-los, mas não estão imunes à regulamentação por outros governos. O título indígena, por outro lado, pode dar origem a um direito exclusivo de usar e ocupar as terras, mas esse direito pode ser desrespeitado pelo governo quando confrontado como desenvolvimento econômico, geração de energia, ou a proteção do ambiente ou espécies ameaçadas de extinção (BEAUDOIN, 2006).

Durante as últimas décadas tem havido um aumento significativo nas atividades reivindicatórias de terras por parte dos aborígines, que se baseiam no direito de uso e ocupação tradicionais.

A Suprema Corte do Canadá, ao decidir o caso *Delgamuukw vs. British Columbia* (1997) (CANADÁ, 1997), interpretou o art. 35, do Ato Constitucional, no sentido de que os povos indígenas interessados na obtenção do título nativo devem apresentar as provas de que:

- (i) ocupavam o território antes da declaração de soberania;
- (ii) se a ocupação atual é invocada como prova da ocupação anterior à soberania, deve haver uma continuidade entre a ocupação presente e aquela anterior à declaração de soberania;
- (iii) no momento da declaração de soberania, esta ocupação deve ter sido exclusiva. Embora não seja necessário comprovar uma continuidade perfeita, a posse deve ao menos demonstrar a manutenção efetiva do vínculo entre os povos reivindicantes e o território reivindicado. Por fim, a prova oral é admitida para comprovar as alegações (BEAUDOIN, 2006).

No momento, nas questões relacionadas com os direitos indígenas, iniciadas na década de 1990, algumas prioridades continuam a evoluir judicialmente e através da negociação e implementação de acordos

de autodeterminação entre os povos aborígenes e o Governo do Canadá. Nessa linha de princípio, é correto afirmar que o art. 35, do Ato constitucional de 1982, impôs limites ao poder do governo para a extinção ou regulação dos direitos dos aborígenes, o que deve ser considerado um instrumento eficaz dessas limitações, bem como de prevenção quanto a incursões ou infrações futuras.

Por fim, a abordagem judicial de um direito de autodeterminação (*self-government*) é metódico e gradual. Negociações políticas estabeleceram alguns poderes de autogoverno para as comunidades individuais dos grupos denominados *Primeiras Nações* e *Inuit*, mas ainda não atendem plenamente as pretensões dos Métis e outros povos aborígenes que não residem em comunidades. A longo prazo, é provável que estas questões tenham que ser solucionadas por intermédio de negociações políticas (HENDERSON, 2006).

3.4.3 México

O México pré-colombiano era habitado por povos indígenas que, no processo de evolução, formaram as etnias dos *olmecas*, *teotihuacanos*, *maias*, *zapotecas*, *mixtecas*, *toltecas* e os *astecas*, as quais floresceram durante quase 4000 anos antes do primeiro contato com os europeus.

No início do século XVI, a partir da chegada de Hernán Cortés, em 1519, todas essas civilizações, em especial o império asteca, foram invadidas e conquistadas pelos espanhóis. Durante o período de conquista e colonização, a história entre conquistadores e conquistados foi marcada pela evangelização e aculturação dos nativos, com a adoção do padrão de imposição do regime assimilacionista.

Atualmente o governo mexicano não realiza censos raciais, não sendo possível aferir a correta composição étnica da origem da população mexicana, mas, segundo uma pesquisa de opinião realizada em 2011, constatou-se que 52% dos mexicanos se declararam mestiços, 19%, indígenas, 6%, brancos, 2%, mulatos, e 3%, “outra raça” (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2011, p. 58).

Após o México tornar-se independente da Espanha, no ano de 1821, o colonialismo permaneceu, mas o domínio passou a ser exercido pelos

“crioulos”, isto é, pelos espanhóis nascidos no México, que prosseguiram com a exploração dos indígenas, em patamares piores que aqueles praticados no modelo colonial (URT, 2014).

A Revolução Mexicana, ocorrida em 1910, mobilizou milhões de camponeses e índios que haviam sido despossuídos dos “*ejidos*” (propriedades coletivas de origem indígena), e se insurgiam, essencialmente, contra a ditadura do Presidente Porfirio Díaz. Assim, as principais reivindicações revolucionárias consistiam na proibição da reeleição do Presidente da República, no retorno dos “*ejidos*” e na devolução das respectivas terras às comunidades indígenas (PINHEIRO, 2006).

Em 5 de fevereiro de 1917, foi promulgada pela Assembleia Constituinte a nova constituição mexicana, a primeira da história a incluir os chamados direitos sociais³⁰, que só viriam a constar da Constituição de Weimar dois anos depois, em 1919.

Da mesma forma, a Constituição do México (1917) foi a primeira a reconhecer um Estado *multiétnico* e *pluricultural*, prevendo no capítulo das garantias individuais que a nação era composta originariamente pelos povos indígenas, descendentes daqueles que habitavam o território no tempo da colonização (*critério congênito*) e que ainda conservam suas instituições sociais, econômicas e políticas (*critério sociocultural*). Ressalva, no entanto, que o critério fundamental para identificar o destinatário desse reconhecimento, é a sua *consciência étnico-identitária* (art. 2º) (MÉXICO, 1917).³¹

Nesse mesmo dispositivo, o texto constitucional garantiu o direito

30 “No tocante às ‘terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional’, a Constituição estabeleceu a distinção entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e ‘sagrado’ da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova Constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sócio-política provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano” (COMPARATO, 2015).

31 *Constitucion política de los estados unidos mexicanos* (1917). “Artículo 2º. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciar se la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quién se se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas [...]” (MÉXICO, 1917, p. 1).

dos povos indígenas e sua autonomia para decidir sobre questões internas de sua convivência de natureza social, econômica, política e cultural, além de poder aplicar os seus próprios *sistemas normativos* na regulação e solução de seus conflitos internos, desde que submetidos aos princípios gerais da Constituição, e respeitando as garantias individuais e os direitos humanos (*pluralismo jurídico*).

Às organizações que constituem a população agrícola dos *ejidos e comunales*, atribui-se a personalidade jurídica de gestão, tanto para atividades de produção como para expansão urbana (art. 27) (MÉXICO, 1917).

No que diz respeito ao regime jurídico das terras indígenas, a constituição não garante especificamente o direito à terra, remetendo à lei infraconstitucional a disciplina legal para garantir a sua integridade (art. 27, VII) (MÉXICO, 1917).³²

Conquanto o respeito às comunidades agrárias e às populações indígenas esteja garantido no plano da forma, há um embate fundiário importante no país, protagonizado por grupos independentes em forma de guerrilha. Entre eles está o movimento do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN), iniciado em 1994, pelos indígenas de Chiapas (estado situado no sul do México), que lutam contra a exclusão social, a marginalização e a subordinação econômica que os povos vêm sofrendo ao longo dos séculos na história mexicana (TEAO, 2012).

O neozapatismo possui o braço armado formado pelo EZLN e pelo Comando Clandestino Revolucionário Indígena (CCRI). As principais lideranças indígenas são os comandantes Tacho, Ramona, David, dentre outros. Dentre as estratégias do movimento, destacam-se as marchas, os levantes, os encontros, a divulgação dos rumos do movimento pela internet, a crítica à corrupção política, à globalização e ao neoliberalismo, a articulação do movimento indígena com setores da sociedade civil nacional e internacional. No entanto, segundo Teao (2012), apoiado no trabalho de Cal y Mayor, o EZLN “[...] tem sua atuação alheia às formas de organização social próprias das comunidades indígenas, ao impor estruturas governativas com cargos burocráticos”.

Além disso, “os indígenas lutaram ao longo dessa trajetória para serem

32 Artículo 27, VII: “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas” (MÉXICO, 1917).

cidadãos mexicanos, mas na recusa do diálogo com o governo para manter o movimento vivo, ocorre a privação do acesso aos direitos sociais” (TEAO, 2012)

3.4.4 Peru

O território peruano abrigou a civilização de *Caral*, uma das mais antigas do mundo, bem como o *Império Inca*, considerado o maior da América pré-colombiana, abrangendo diversas nações e mais de 700 idiomas diferentes (IMPÉRIO INCA, 2015).

No ano de 1531, o conquistador espanhol Francisco Pizarro desembarcou no Peru com 168 homens e, se aproveitando de uma guerra civil que dividia os nativos, conseguiu transformar o império Inca em uma possessão espanhola, após obter a permissão da Rainha da Espanha, que o nomeou governador e capitão dessas novas terras.

Ao contrário de Portugal, que delegava o poder de gerência aos próprios portugueses, a colonização espanhola valeu-se da tática de atribuir à nobreza Inca a administração da colônia. Os *kurakas*, administradores e aristocratas incas, foram confirmados em seus postos e, cooptados, converteram-se em agentes comerciais entre os mundos andino e o europeu. Durante o século XVIII, mais de cem sublevações e rebeliões eclodiram no Peru, como consequências de uma administração colonial que passou a apoiar *missioneiros* com dinheiro e homens armados. Estes haviam conseguido alcançar as regiões de floresta amazônica situadas fora do alcance espanhol. Ao final do século XVIII, *Tupac Amaru* revoltou-se contra a dominação colonial espanhola e autoproclamou-se o Inca *Tupacmarull*, iniciando um movimento de independência, seguido por uma violenta reação da coroa de dimensões etnocidas. Com isso, os incas perderam a condição hereditária de *kuracas* e as manifestações culturais do seu povo foram proibidas (URT, 2014).

Seguindo uma tendência de vários outros países da América latina, a Constituição Política do Peru (1993), eleva a sua identidade étnica e cultural (art. 2º) ao nível de Direito fundamental, reconhecendo uma sociedade pluriétnica e multicultural (PERU, 1993).³³

33 Constituição Política do Perú (1993). *Artículo 2. - Derechos fundamentales de la persona toda persona tiene derecho: [...] 19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.*

No art. 89,³⁴ a Constituição peruana primeiramente reconhece a existência das comunidades *campesinas e nativas*, para, em seguida, lhes atribuir personalidade jurídica e catalogar os seus direitos. Do mesmo modo, o texto constitucional confere a essas duas organizações a autonomia nas *relações do trabalho* comunitário, na *disposição de suas terras*, bem como em matéria econômica e administrativa, nos termos da lei. No mesmo dispositivo, foi previsto um regime de proteção relativo às terras campesinas e nativas, tornando-as imprescritíveis, desde que não sejam abandonadas (PERU, 1993).

O que se percebe, logo de início, é que, no sistema constitucional peruano, o regime de terras nativas difere do Brasil em grande escala. Em primeiro lugar, os camponeses e os indígenas são postos em regime de equivalência para efeito daqueles direitos, o que demonstra muito mais uma conquista protetiva de raiz social do que propriamente com base puramente étnica como acontece no Brasil.

Notam-se, ainda, diferenças pertinentes à titularidade da terra, que parece ser de natureza dominial. Atente-se também para a circunstância de se tratar de organizações com personalidade jurídica plena para a gestão de negócios e não puramente processual, como ocorre no Brasil. Por fim, conquanto as terras estejam sob um manto de proteção em relação à prescrição, ou seja, não podem ser adquiridas por usucapião, permite-se que sejam retomadas pelo Estado, caso não estejam cumprindo a sua função social, e este é um fato que não ocorre entre nós. Por fim, nada se fala quanto à intransmissibilidade, inalienabilidade, impenhorabilidade, razões favoráveis para que tais bens devam ser considerados de natureza privada.

34 Constituição Política do Perú (1993). art. 89 – *Comunidades Campesinas y Nativas*. *Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.*

4 Os fundamentos da posse indígena

O correto entendimento da origem das controvérsias interétnicas do passado e presente dependem da compreensão da base teórica do regime histórico-dogmático das terras indígenas no Brasil, cotejada com Teoria do Indigenato e a configuração da posse indígena adotada pela Constituição de 1988.

4.1 O regime histórico-dogmático das terras indígenas no Brasil

4.1.1 O testamento de Adão

Os conflitos entre as Coroas Portuguesa e Espanhola tomaram dimensões épicas durante os séculos XV e XVI,

com as grandes navegações ultramarinas, culminado com a descoberta e conquista do Novo Mundo.

O Tratado de Tordesilhas, assinado no ano de 1494³⁵ sob a benção do Papa Júlio II (1506), autorizava que todas as terras descobertas ou por descobrir, fossem repartidas entre Portugal e Espanha, ratificando a prévia divisão do globo terrestre (TRATADO DE TORDESILHAS, 2015).

Mais tarde foi assinado o Tratado de Madri (1750), sob invocação do princípio do *uti possidetis*³⁶, instituto originário do Direito Romano, que legitimava o direito de conquista sob o adágio de que “quem possui de fato, deve possuir de direito”.³⁷

35 “[...] a diplomacia castelhana apressou-se em obter junto ao Papa Alexandre VI, Aragonês de Valência então reunido com Castela, uma nova partição de terras. Assim, em 3 de maio de 1493, a Bula Inter Coetera estabelecia uma nova linha de marcação, um meridiano que separaria as terras de Portugal e de Castela. O meridiano passava a cem léguas a oeste das ilhas de Cabo Verde. As novas terras descobertas, situadas a Oeste do meridiano e a 100 léguas de Cabo Verde, pertenceriam a Castela. As terras a leste, pertenceriam a Portugal. A bula excluía todas as terras conhecidas já sob controle de um estado cristão. Os termos da bula não agradaram a João II de Portugal, que julgava ter direitos adquiridos que a Bula vinha a ferir. Além disso, os seus termos causavam confusão, pois um meridiano vinha a anular o que um paralelo tinha estabelecido. Complementarmente, a execução prática da Bula era impossibilitada por sua imprecisão e pela imperfeição dos meios científicos disponíveis à época para a fixação do meridiano escolhido. Assim sendo, D. João II abriu negociações diretas com os Reis Católicos, Fernando II de Aragão e Isabel I de Castela, para mover a linha mais para oeste, argumentando que o meridiano em questão se estendia por todo o globo, limitando assim as pretensões castelhanas na Ásia. D. João II propôs, por uma missão diplomática aos reis católicos, estabelecer um paralelo das Ilhas Canárias como substituto ao meridiano papal. Os castelhanos recusaram a proposta, mas se prestaram a discutir o caso. Reuniram-se, então, os diplomatas, em Tordesilhas” (TRATADO DE TORDESILHAS, 2015).

36 Direito romano: *Uti possidetis nunc easaedes quibus de agitur, Nec vi, Nec clam, Nec precário alterab altero*, que, em tradução livre, significa “[...] a ordem do pretor para que não se perturbe aquele que se acha na posse do imóvel”.

37 “O Tratado de Madrid foi firmado na capital espanhola entre D. João V de Portugal e D. Fernando VI de Espanha, em 13 de janeiro de 1750, para definir os limites entre as respectivas colônias sul-americanas, pondo fim assim às disputas. O objetivo do tratado era substituir o Tratado de Tordesilhas, o qual já não era mais respeitado na prática. Pelo tratado, ambas as partes reconheciam ter violado o Tratado de Tordesilhas na Ásia e na América e concordavam que, a partir de então, os limites deste tratado se sobreporiam aos limites anteriores. As negociações basearam-se no chamado Mapa das Cortes, privilegiando a utilização de rios e montanhas para demarcação dos li-

Portugal e Espanha, ao descobrirem novas terras, proclamavam a posse do território com fundamento nos tratados e no seu próprio ordenamento jurídico. O ato de conquista era então formalizado e publicizado, de modo a obter o reconhecimento do seu direito de precedência sobre os territórios, autolegitimando a posse e a propriedade sobre as áreas conquistadas.

Conforme destaca Luiz de Lima Stefanini, as terras “achadas” pelas navegações ultramarinas passaram de imediato ao domínio português e, conseqüentemente, a subsumir-se ao Direito Luso (STEFANINI, 2011).

Aperfeiçoado o ato de apreensão e subjugados os antigos possuidores, iniciava-se o gerenciamento dos recursos materiais e humanos para a defesa das novas fronteiras, com a adoção de providências necessárias para a exploração das riquezas naturais encontradas. A partir desse momento tiveram início os conflitos interétnicos entre o homem branco europeu e os povos autóctones.

O empreendimento da conquista era uma atividade puramente mercantil e expansionista, em que a escravidão, extermínio, extrativismo e atos de guerra são suas componentes constantes. Caio Prado Júnior observa que, vista no plano mundial, a colonização dos trópicos é uma vasta empresa comercial complexa, “[...] destinada a explorar os recursos naturais de um território virgem em proveito do comércio europeu” (PRADO JÚNIOR, 1997, p. 31).

A posse desses territórios pelos europeus provocou uma inevitável ruptura na relação do nativo com seu *habitat*, com seus costumes, suas crenças e, principalmente, com o seu domínio territorial. Após consolidação do apossamento, as terras eram doadas, redistribuídas e transferidas aos colonos e aos nativos, mas agora sob o comando normativo luso, editados especialmente para a administração e gerenciamento econômico das colônias.

O ato de assenhoreamento subverte uma ordem natural pré-estabelecida entre o sujeito e todas as coisas móveis, imóveis e semoventes (*res mancipi e nec mancipi*) substituindo o nativo pelo

mites. O diploma consagrou o princípio do direito privado romano do *uti possidetis, ita possideatis* (quem possui de fato, deve possuir de direito), delineando os contornos aproximados do Brasil de hoje” (TRATADO DE MADRID, 2015).

colonizador na posse e domínio. Em seguida, a ordem dominial é novamente reestruturada, seguindo uma sequência padronizada: conquista; apossamento; autolegitimação e redistribuição dos bens.

Por esse motivo afirma-se que, de uma perspectiva lógico-jurídica, o domínio público antecede ao privado (GALVÃO, 2005). Ou na contundente lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] no início todas as terras existentes eram públicas e pertencentes a Portugal” (DI PIETRO, 2012, p. 777). No mesmo sentido, a dicção de Celso Antonio Bandeira de Mello, acentuando que, com a descoberta do País, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa Portuguesa e, com a independência do País, passaram a integrar o domínio imobiliário do Estado brasileiro (MELLO, 2010).

Esse apossamento das terras conquistadas e aquelas que viriam a ser descobertas, bem como sua divisão entre as metrópoles ibéricas, não ficou imune a críticas. O Rei da França, Francisco I, inconformado com as resoluções do Tratado de Tordesilhas, declarou ironicamente que “O sol brilha para todos e desconheço a cláusula do testamento de Adão que dividiu o mundo entre portugueses e espanhóis” (NUNES, 2010). No entanto, os donos do mundo não se detiveram diante de seus opositores.

A legislação lusa Colonial, Imperial e Republicana, bem como as Constituições outorgadas ou promulgadas no período, registraram com certa precisão as vicissitudes administrativas e jurídicas no tratamento dispensado ao regime da posse e à propriedade da terra e sua relação aos nativos e ao colono europeu.

Nos séculos XVI e XVII, o Governo Português produziu vários instrumentos legais que definiam e propunham uma política para a nova configuração possessória sobre terras antes ocupadas pelos índios. O Direito regulado pelas Ordenações do Reino, adicionava-se às Cartas Régias, Decretos, Alvarás, Regimentos (MONTANARI JÚNIOR, 2011), estes destinados a regular especificamente as relações intersubjetivas da Colônia. Essa gama de dispositivos produziu uma legislação fragmentada, flutuante e anacrônica, revogada e reafirmada de tempos em tempos, conforme a conveniência do poder dominante (NOZOE, 2006).

Entender os fundamentos, os pressupostos, as circunstâncias e o contexto da *posse indígena* desde a Colônia até a Constituição de 1988, não dispensa uma breve digressão histórica. Doravante serão objeto de estudo

alguns dos principais atos legislativos e o sistema constitucional que se seguiu no império e na república, analisando criticamente sua à origem, contexto social, jurídico e político.

4.1.2 Senhores naturais e primários

O Alvará Régio³⁸, de 1º de abril de 1680³⁹ (BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO, 1948), é considerado por estudiosos, sociólogos, antropólogos e juristas, como o documento histórico mais importante no reconhecimento da dominialidade indígena sobre suas terras. É com base no Alvará Régio (1680) que João Mendes Júnior desenvolve a *Teoria do Indigenato*, segundo a qual as populações indígenas são titulares de um direito congênito que independe de qualquer atividade legitimadora do Estado.

Difunde-se a ideia de que esse primeiro documento é o que fundamenta a posse indígena desde o período colonial até a Constituição de 1988, quando teriam sido confirmados os direitos originários dos índios sobre as terras tradicionais. Segundo essa mesma corrente doutrinária, o texto do Alvará, onde se afirma que os índios são os *senhores primários e naturais* de suas terras, é a prova inequívoca de legitimação do reconhecimento desse direito congênito, vigente até nossos dias.

No entanto, uma leitura atenta desse documento, sob uma lente puramente jurídica e historicamente contextualizada, não conduz a essa mesma conclusão. Em verdade, nunca se pretendeu reconhecer posse e domínio dos índios, ou lhes devolver suas terras, mas sim, submetê-los mais facilmente ao regime de escravidão.

A história demonstrou que o domínio pleno das terras e dos bens jamais voltariam aos nativos.

Historicamente, a política fundiária setecentista foi marcada pela

38 Na verdade, tratava-se de ato normativo denominado Provisão de 1º de abril de 1680, mas aparece referenciado em várias obras, inclusive a de João Mendes Júnior, como Alvará Régio de 1680, e, em razão da tradição dessa nomenclatura, assim será identificado no decorrer deste trabalho.

39 No dia 1º de abril, também são promulgados outros dois textos regulatórios, sendo um Alvará e uma Lei, todos voltados para o Estado do Maranhão, mas seu conteúdo não se confunde com o denominado Alvará Régio (MARCHINI, 2011).

imposição de *descimentos*, assim chamados os procedimentos de remoção e reunião dos índios em *aldeias de repartição*. Os *descimentos* eram viabilizados por meio expedições realizadas pela Santa Igreja por ordem do Rei, com o objetivo de convencer os índios a deixarem suas terras de origem para viverem em *aldeamentos* missionários, especialmente criados para esse fim (MONTANARI JÚNIOR, 2011).

O Alvará Régio (1680), expedido por D. Pedro, Príncipe Regente e sucessor do reino de Portugal e Algarves, determinava a *repartição* dos índios no Estado do Maranhão⁴⁰ e sua evangelização pelos religiosos da Companhia de Jesus.⁴¹ Declarava que os índios livres espalhados pelo sertão deviam ser reconduzidos às aldeias daquele Estado.

A ordem, portanto, era empreender missões de recondução de índios espalhados pelo sertão, para agrupá-los, catequizá-los, distribuí-los e reparti-los. A Provisão régia implementou tal medida pela necessidade de *interesse público* na conservação do Estado do Maranhão e maior comodidade

40 “Ao sistema colonial não interessava a dispersão dos índios em aldeias autônomas, espalhadas ao longo do litoral, mas a sua concentração em espaços localizados próximos aos núcleos produtivos sob o controle dos portugueses. Esses aldeamentos missionários, chamados também de ‘aldeias de repartição’, estavam integrados ao sistema colonial, funcionando como uma espécie de ‘armazém’ onde os índios, uma vez descidos, eram estocados. Aí, depois de catequizados, eram alugados e distribuídos – repartidos. Desrespeitando a localização das malocas tradicionais, as aldeias missionárias foram efetivamente situadas em locais próximos aos povoados portugueses. Possuíam uma igreja ou capela, uma escola e casas para cada família, bem diferentes das malocas comunitárias e da vida que os índios levavam em suas aldeias de origem. Seu objetivo principal era mesmo concentrar os índios, de nações e culturas diferentes, em um local de fácil acesso, onde pudessem ser catequizados e ‘civilizados’, aprendendo os princípios da religião cristã e certos valores como obediência e disciplina, que os tornavam aptos para serem integrados ao sistema colonial como força de trabalho. [...] os documentos dessa época referem-se a aldeias indígenas, para identificar de que tipo de aldeia se trata. Havia a aldeia original criada pelos próprios índios, onde eles viviam com relativa autonomia e independência, fora do sistema colonial. Mas havia também a aldeia criada e controlada pelos portugueses – os aldeamentos missionários – para onde povos inteiros eram transferidos e submetidos a outro tipo de vida” (FREIRE; MALHEIROS, 1997).

41 O preâmbulo do Alvará Régio de 1º de abril de 1680 tinha a seguinte inscrição: “Provisão sobre a repartição dos índios do Maranhão e se encarregar a conversão d’aquella gentildade aos Religiosos da Companhia de Jesus” (BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO, 1948).

dos colonos nas práticas agrícolas, que não podiam prescindir da mão de obra indígena.⁴²

Rodrigo Meirelles Marchini compartilha dessa ideia ao afirmar que a legislação colonial determinava a “domesticação” e o aumento da população indígena nas povoações por meio dos *descimentos*, revelando a preocupação com um contingente estável de indígenas nesses locais, que seria repartido como mão de obra (MARCHINI, 2011).

O *modus vivendi* nas terras que eram concedidas aos índios, e cuja posse se prometia garantir, era bem diferente daquele vivido no modo tradicional, desfigurando por completo o seu *habitat*.

Diante disso, se em um primeiro momento parecia existir uma política de garantia de *posse* das terras aos índios aldeados, com a promessa de que elas não poderiam ser tomadas ou molestadas por terceiros, o Alvará Régio atendia unicamente à conveniência dos colonos e, por via reflexa, aos interesses da Coroa.

No entanto, paradoxalmente, uma parcela dos juristas entende que o documento era benéfico aos nativos. Seguem a linha de pensamento de Mendes Júnior, para quem o Alvará é reconhecimento primeiro dos direitos congênitos, que teriam sido confirmados na atual Constituição (1988) sob a forma de *direitos originários*. Alguns chegam a afirmar que o Alvará Régio (1680) jamais foi revogado e sim recepcionado pelo atual regime constitucional (SILVA; LUZ; HELM, apud SILVA, 2004).

42 “Eu o Príncipe como suceçor Govenador e regente destes Reinos e Senhorios de Portugal & C.ª. Faço saber aos que esta minha Provisão virem que por haver entendido ser precisamente necessário ao bem publico e conservação do Estado do Maranhão que haja nelle copia de gente de serviço de que se valhão os moradores para a cultura de suas searas e novas drogas que se tem descoberto [...] assim tambem convem nao somente coservar os índios livres que deprezente se achão nas Aldeas, mas procurar augmental-osdecendo outros do Certão para que sirvão o mesmo Estado, e por que para isto se conseguir He preciso repartir os índios que há de presente de modo que se acuda opara que são necessários [...]” (grafia original) (BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO, 1948).

4.1.3 O Marquês e suas leis

A Lei de 6 de junho de 1755 (SILVA, 1830)⁴³ editada pelo El-rey D. José I, mas sob o comando do Marquês de Pombal⁴⁴, versava sobre a garantia das liberdades individuais dos índios no estado do Maranhão, ao tempo em que destacava o insucesso da administração dos aldeamentos jesuítas.

No texto da lei há uma clara demonstração de que o sistema de *descimentos* não estava cumprindo a sua função a contento, tanto em relação à prosperidade dos empreendimentos extrativistas, como na conversão dos gentios à devoção da Santa Igreja Católica. A lei advertia, ainda, que esse insucesso vinha se refletindo de forma negativa em todo o estado, de forma que os índios retornavam aos seus locais de origem ou se refugiavam nas selvas⁴⁵.

Conquanto a lei reafirmasse uma suposta liberdade dos índios, ordenava que, em caso de guerras, aqueles que fossem capturados ficariam prisioneiros, à semelhança do que ocorria nas guerras da Europa, e que deviam ser mandados para aldeias de índios livres e católicos já convertidos, onde seriam “libertados”.

Optando por um caráter aparentemente pacificador, a Lei ordenava

43 Essa lei é muitas vezes confundida com a Lei de 7 de junho de 1755 do Diretório dos Índios.

44 Marquês de Pombal, Sebastião José de Carvalho e Melo (Lisboa, 13 de maio de 1699–Pombal, 8 de maio de 1782), Conde de Oeiras foi um nobre, diplomata e estadista português, secretário de Estado do Reino durante o reinado de D. José I (1750-1777) (POMBAL, 1904).

45 Lei de 06 de junho de 1755. “[...] Todos quantos índios se descerão dos Sertoos para as Aldeias em lugar de propagarem, e prosperaram nellas de sorte que as suas commodidades, e fortunas servissem de estímulo aos que vivem dispersos pelos matos para virem buscar nas povoações pelo meio das felicidades temporaes o maior fim da Bemaventurança Eterna [...] se tem visto muito diversamente, que, havendo descido muitos milhões de índios, unindo-se ao grêmio da Santa Madre igreja se foram sempre extinguindo de modo que he muito pequeno o numero das povoações e dos moradores dellas [...] que em vez de convidarem o animarem os outros índios barbaros a que os imitem, lhes serve de escandalo para se internarem nas suas habitações silvestres [...] com lamentável prejuizo e grave damno do mesmo Estado, não tendo os habitantes delle quem o sirva e ajude para a colherem na cultura das terras os muitos frutos que delas abundão” (grafia original) (SILVA, 1830).

que fossem cumpridas as disposições do Alvará Régio de 1680, referentes ao respeito à liberdade dos índios e à utilização de seus bens, garantindo-lhes a posse das áreas dos aldeamentos, formados pelas doações de sesmarias.

Inicialmente com abrangência territorial apenas no estado do Maranhão, a Lei de 6 de junho de 1755 teve sua vigência ampliada para todo o Brasil pelo Alvará de 8 de maio de 1758 (SILVA, 1830), declarando em definitivo a liberdade do índio, proibindo expressamente a escravidão ou o cativoiro.

Nesta lei há uma ordem para o cumprimento das determinações constantes no Alvará Régio (1680), inclusive no que diz respeito às terras ocupadas pelos índios. No entanto, se refere às terras concedidas em aldeamentos de repartição e não àquelas ocupadas de forma selvagem e tradicional, onde eles eram seminômades a vagar livremente.

O objetivo explícito nos atos legais expedidos sob o comando do Marquês de Pombal era intermediar um procedimento civilizatório, tornando o índio cultivador de suas terras e participante efetivo da economia colonial (MARCHINI, 2011). Na condição de déspota esclarecido, o período pombalino foi marcado por hesitações e contradições, ora decretando o cativoiro dos nativos, ora proclamando liberdade absoluta (SOARES, 1990).

Tanto em relação às liberdades como aos territórios, as medidas político-administrativas eram idealizadas para dar continuidade ao sistema de controle dos aldeamentos, vale dizer, civilizar e catequizar os índios com o fim de viabilizar a expansão territorial e a luta pela hegemonia comercial. Era preciso que a colônia se tornasse grande produtora de bens comerciáveis de alto valor nos mercados europeus, e a lavoura era eixo central desses interesses, como de resto ocorreu em toda a Europa ocidental (HOLANDA; CAMPOS, 1960-1971).

Mais adiante, tanto o Alvará Régio (1680) como a Lei de 06 de junho de 1755 serão examinados com maior detalhamento, por ocasião dos comentários e críticas acerca das fontes normativas da Teoria do Indigenato, desenvolvida por João Mendes Júnior no início do século XX.

4.1.4 Um imperador, uma Constituição

A Constituição Política do Império do Brasil (1824) se caracterizou

pela criação de um Estado monárquico liberal, com centralização do poder, sem espaço para direitos sociais, motivo pelo qual não fez qualquer referência aos povos indígenas. Não se tratou de mero esquecimento ou desprezo pela causa, mas de uma opção política. Em 1822, o paulista José Bonifácio apresentou às Cortes Gerais de Lisboa dois projetos que diziam respeito ao reconhecimento dos títulos originais dos índios sobre seus territórios, mas que não foram implementados (SILVEIRA, 2009).

Sendo assim, a matéria relativa às terras indígenas permaneceu regulada pela legislação especial do período colonial, consistente de cartas régias, alvarás, regulamentos e provisões, que não foram automaticamente revogados. De fato, com a independência do Brasil de Portugal, em 1822, não houve uma ruptura imediata com o sistema jurídico português, muito embora tenha ocorrido uma maior democratização das leis, diminuído o despotismo, tornando as penas criminais e civis mais brandas (ANDRÉ, 2007).

Relativamente a direitos indígenas, porém, dois fatos se destacaram nas primeiras décadas do século XIX: a) a chegada da família real ao Brasil (1808); e b) a expulsão dos jesuítas durante o reinado de Dom José, sob orientação do Marques de Pombal, em 1822 (ROSA; BRANCO, 2011).

Com a chegada de D. João VI, houve um forte endurecimento em relação aos índios, na medida em que se instituiu o regime da “guerra justa”, na qual era possível escravizar os índios capturados em combate, expropriando suas terras. Pontua o antropólogo Hilário Rosa que este ato tornou letra morta o Alvará de 1680 e a Lei de 1755, e as disposições neles contidas (ROSA; BRANCO, 2011).

De outro lado, com a expulsão dos jesuítas (1759), os índios aldeados permaneceram sem qualquer amparo. Manuela Carneiro da Cunha relembra que nessa época “[...] a política indigenista viu sua arena reduzida e sua natureza modificada: não havia mais vozes dissonantes quando se tratava de escravizar índios e de ocupar suas terras” (CUNHA, 2012, p. 16).

Assim, circunstâncias diversas daquelas outras, que antes regulavam as relações possessórias luso-coloniais, adquirem nova roupagem no período pré-imperial, tornam-se incompatíveis e, por esta razão, revogam o direito anterior. Entrementes, alterações mais substanciais foram implementadas com a edição da Lei de Terras que, segundo João Pacheco de Oliveira, iria

apressar a espoliação das terras dos índios (OLIVEIRA; FREIRE, 2006).

4.1.5 Lei de Terras em uma terra sem lei

No período entre a suspensão do Regime das Sesmarias (1822) e a vigência da Lei de Terras (1850), o Brasil permaneceu sem uma legislação regulatória da questão fundiária, prevalecendo o *regime de posse* como única forma de aquisição e legitimação da propriedade privada (LOPES; MATTOS, 2006).

A lei veio para impor regras a um período de caos criado com a extinção do regime sesmarias. Havia, ainda, a necessidade de se identificar terras livres que pudessem ser destinadas à colonização estrangeira, proibir a transferência graciosa de terras públicas a particulares e legitimar as posses já formadas (LEITE, 2004). Além disso, procurou-se promover a divisão entre os *bens públicos* e os *privados*, tendo por objetivo, não só a legitimação das posses de terras sob o domínio privado, mas, sobretudo, a instituição de uma política regulatória das terras públicas. A partir dessa nova lei, o termo “*devoluto*” deixou de se referir às terras devolvidas ao Rei por não terem sido aproveitadas pelos donatários, passando a designar aquelas [terras] ainda *não apropriadas* ou públicas (SILVA, 1996).

A Lei de terras (1850) qualificou as *terras devolutas* pelo método de exclusão. Ou seja, incluíam-se no conceito de terras devolutas as hipóteses que *não* estivessem elencadas em um rol taxativo. Assim, foram relacionadas como devolutas as terras que: a) não estivessem no domínio particular por qualquer título legítimo; b) não tivessem sido adquiridas por sesmarias e outras concessões do Governo; c) não se achassem afetadas a algum uso público; d) não estivessem regularmente possuídas, mas fossem revalidadas pela própria Lei n. 601/1850.

Em relação às terras indígenas houve um dispositivo específico (art.12) ficando assegurado que o “[...] Governo *reservará das terras devolutas as que julgar necessárias para a colonização dos indígenas [...]*”, com o que as reservas indígenas seriam instaladas em terras públicas, cabendo ao poder imperial decidir quando e onde seriam instaladas.

Além de regulamentar o sistema agrário, ficou estabelecido que as *reservas indígenas* seriam instaladas em terras devolutas, a serem afetadas

a este fim específico. Procedimento semelhante já havia sido utilizado séculos antes nos *aldeamentos* coloniais. Segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, ao criar as reservas, a Lei não pretendia criar qualquer direito para os indígenas, mas apenas obrigar o Estado a reservar tais áreas, que não poderiam ser alienadas a outros fins (SOUZA FILHO, 2003).

Posteriormente, a Lei de Terras foi regulamentada pelo Decreto n. 1.318, de 1854, que confirmou a natureza devoluta (pública) das áreas reservadas à colonização de indígenas, as quais seriam destinadas apenas ao seu *usufruto* (art. 75), não podendo ser alienadas sem autorização imperial. É a primeira vez que se fala em *posse usufrutuária* inalienável (BRASIL, 1854).

Ainda em conformidade com o mesmo Decreto, índios não civilizados que ainda habitavam áreas de forma originária, denominadas de “hordas de selvagem” também seriam localizados em reservas, com a diferença que estas seriam criadas nos mesmos distritos onde eles se encontravam (art. 72) (BRASIL, 1854)⁴⁶.

Intuitivo que a Lei de Terras, ao criar o sistema de reservas indígenas, não contemplou o reconhecimento de eventuais *direitos primários* e *congênitos* dos gentios (LOPES; MATTOS, 2006), pois a imposição do gravame e usufruto e vedação de alienação não se compatibilizam com a ideia de um direito dominial pleno dele decorrente. Ainda que as reservas de índios selvagens fossem instaladas no mesmo distrito, não é possível aferir que se preservava o seu *habitat*, haja vista que a configuração da colônia não guardava similitude com as aldeias nativas.

Tudo isso leva à conclusão inequívoca de que, tanto no regime dos aldeamentos (período colonial) como no sistema criado pela Lei de Terras (período imperial), a ocupação indígena era feita em áreas que já estavam sob domínio público da Coroa ou do Império e que agora seriam transferidas aos particulares, seja sob a forma de novas concessões ou regularização daquelas já transmitidas por doação. Todo o resto, inclusive as áreas destinadas às reservas, retornam ao poder público sob o *nomem iuris* de *terras devolutas*. Tratava-se de política fundiária de continuidade

46 “Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens” (BRASIL, 1854).

da expansão da fronteira agrícola, necessária à sobrevivência do sistema econômico imperial.

4.1.6 República velha, Constituição nova

O período imperial terminou em 1889, e com ele findou-se a estrutura política que sustentava a Monarquia, mas sem alteração no regime fundiário entre os indígenas e colonizadores, que permaneceu mediado pela Igreja Católica (LOPES; MATTOS, 2006).

De inspiração positivista, a primeira constituição republicana foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, ignorando por completo a questão relacionada às terras indígenas (FERRAZ JUNIOR, 2004). No entanto, trouxe um dispositivo (art. 64)⁴⁷, que repercute profundamente nessa temática, pois promovia a transferência das terras devolutas aos estados (ANJOS FILHO, 2009). Assim, instaurado o sistema federativo, quase todas as terras devolutas deixaram de pertencer à União, reservando-se apenas aquelas de caráter estratégico, localizadas em faixas de fronteira.

De outro lado, a Constituição de 1891 recepcionou (art. 83)⁴⁸ e a Lei n. 601/1850, que destinava terras devolutas para criação de *reservas de colonização* dos índios civilizados ou selvagens. Esse fato conduziu a uma interpretação – para muitos equivocada – de que as terras indígenas também passariam a pertencer aos Estados.

A questão estava em saber se as *terras indígenas* foram consideradas devolutas pela Lei n. 601/1850, pois assim estariam sob o domínio dos Estados. Do contrário, permaneciam no domínio da União. Alguns sustentam que foram transferidas aos Estados somente as terras devolutas, consideradas remanescentes de aldeamentos extintos pelas determinações imperiais de 1887 (FREITAS JÚNIOR, 2010).

47 “Artigo 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais” (BRASIL, 1891).

48 “Artigo 83 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita e implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos seus princípios nela consagrados” (BRASIL, 1891).

Para Rodrigo Marchini, ao menos uma parte das terras indígenas foi considerada devoluta e, por consequência, transferida aos Estados em razão do que dispunha a lei de terras. Adverte, no entanto, que esse entendimento não era pacífico (MARCHINI, 2012).

De uma forma ou de outra, o que ocorreu na prática é que os Estados acabaram por promover o gerenciamento e concessões de terras devolutas aos particulares, muitas vezes incluindo áreas destinadas às colônias indígenas, fato que induziu controvérsias que perduram até os dias de hoje.

4.1.7 Um decreto para os índios

Sob a égide da primeira Constituição republicana, foi editado o Decreto n. 8.072, de 26 de junho de 1910, que criou o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI) e promoveu a positivação de direitos que serviriam de apoio para uma nova conformação da relação possessória de áreas tradicionais.

Entre as medidas positivadas estava a garantia da efetividade da *posse* dos territórios ocupados por índios, mas para isso o SPI deveria entrar em acordo com os governos locais, caso fosse necessário (art. 2º) (BRASIL, 1910). A ideia era tentar, por meios legais, restituir terrenos usurpados, buscando, junto aos governos estaduais: a legalização dessas posses; a confirmação de antigas concessões de terras; e a obtenção de terras devolutas para as povoações indígenas. Ficaram previstas, também, a legalização das *posses* das terras *atualmente* ocupadas pelos índios (art. 3º)⁴⁹ e a concessão dos títulos (art. 12), mas com proibição de arrendar, alienar ou gravar com ônus reais as terras que lhes forem entregues pelo Governo Federal (art. 7º) (BRASIL, 1910).

Pacheco de Oliveira observa que, pelo fato de a Constituição de 1981 ter sido omissa a respeito das terras dos índios, os inspetores do Serviço de

49 Decreto n. 8.072/1910. Art. 2º, § 2º: “garantir a efectividade da posse dos territórios occupados por indios e, conjunctamente, do que nelles se contiver, entrando em accôrdo com os governos locaes, sempre que fôr necessário”. Art. 3º: “O Governo Federal, por intermédio do Ministério da Agricultura, Industria e Commercio e sempre que fôr necessário, entrará em accôrdo com os governos dos Estados ou dos municipios: a) para que se legalizem convenientemente as posses das terras actualmente occupadas pelos índios” (BRASIL, 1910).

Proteção ao Índio (SPI) garantiram posses aos índios através da concessão estadual de terras devolutas. No entanto, os governos dos Estados dificultavam a tramitação da regulamentação das áreas (OLIVEIRA; FREIRE, 2006).

A transferência das terras devolutas aos Estados-membros foi extremamente prejudicial, não somente à causa indígena em geral, mas especialmente na definição do regime de suas terras. Muitos dos conflitos judiciais existentes atualmente são oriundos dessa época de incerteza, justamente em razão de ações dos governos estaduais, que promoviam a transferência indevida de glebas consideradas devolutas aos particulares⁵⁰.

4.2 Dimensão constitucional da posse indígena

4.2.1 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)

É na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que se inaugura, ainda que de forma muito incipiente, o regramento acerca de questões fundiárias relacionadas aos índios, denominados no texto de *silvícolas*. Sob os auspícios da formação de um Estado Social, inspirada na Constituição de Weimar (1919), o constituinte de 1934 produz uma inovação de índole social até então inexistente, garantindo aos índios alguns dos chamados direitos de segunda dimensão.

No entanto, apenas dois dispositivos trataram da matéria: a) o primeiro,

50 Um exemplo dessas ações equivocadas praticadas pelo Estado, é representada pela Ação Civil Originária (ACO) n. 312/1982, relativo à Reserva Indígena *Caramuru-Catarina Paraguassu*, da etnia dos Pataxós Há-Hã-Hãe, do extremo sul da Bahia, que tramitou por mais de 20 anos no Supremo Tribunal Federal. A ação visava a nulidade dos títulos de propriedade de imóveis rurais concedidos pelo estado da Bahia aos particulares, abrangendo uma área de aproximadamente 54.000 hectares. Em 2012 a ação foi julgada procedente, considerando a terra como de ocupação tradicional, culminando com a nulidade de centenas de títulos, alguns com cadeia sucessória dominiais de mais de 100 anos, bem como extinção de relações possessórias consolidadas por décadas. O custo social no desapossamento (desintrusão) dos proprietários não-índios é incalculável. 396 produtores rurais pequenos e médios serão obrigados a deixar a área, mediante indenização que fica restrita as benfeitorias, excluindo a terra nua (BRASIL, 2013a).

para reservar a competência da União para legislar sobre “*incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*” (art.5º,XIX, m), mantendo a tradição assimilacionista vigente desde a colônia e; b) o segundo, para garantir a posse de terras aos povos indígenas, com o teor do art. 129: “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (BRASIL, 1934).

Em verdade, o legislador Constituinte de 1934 não teve grande preocupação com a questão indígena, tanto que não havia no anteprojeto da Constituição qualquer referência a tais direitos. A questão foi trazida à discussão pelo parlamentar Deputado Federal Álvaro Botelho Maia, sob o argumento de que os índios se encontravam abandonados há mais de 100 anos, vítimas de assassinatos, incêndios e outras covardias, ao tempo em que sugere a necessidade de distribuição de terras e proteção da posse, a fim de melhor civilizá-los (MARCHINI, 2011).

Os demais parlamentares apoiam e aderem passivamente à emenda, que é aprovada com a inclusão do dispositivo, mas de natureza meramente programática, enunciativa e simbólica, uma vez que – o próprio tempo demonstrou –era ausente à época qualquer vontade política em torno de sua efetivação.

Contudo, ainda que sem eficácia prática, o art. 129 traz alguns elementos jurídicos que servem de suporte para a investigação acerca da evolução legislativa da matéria, auxiliando no conteúdo hermenêutico acerca da *natureza jurídica* da posse indígena.

Ao declarar que “*será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las*” (BRASIL, 1934, grifo nosso), é possível extrair, desde logo, três prescrições normativas distintas. A primeira *temporal*, quando se projeta para o futuro – “[...] *será respeitada a posse de terras* [...]” – de natureza programática, sugerindo que apenas a partir daquele momento se instaura o caráter protetivo no altiplano constitucional. A segunda *espacial*, “*que nelas se achem localizados*” e última, *constitutiva de direito sobre coisa alheia*, ao proibir a alienação das terras. Em nível infraconstitucional, o Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, resguardou a posse, mas somente quanto às terras já delimitadas ou

às aquelas destinadas à fundação de povoações indígenas⁵¹.

Naquele momento a preocupação não se vinculava a um caráter étnico, tradicional ou cultural, pois a ênfase legislativa privilegiava tão somente o regime a ser adotado em relação às terras devolutas, concernente à sua repartição e transferência aos Estados.

Ainda no texto da CF/1934 percebe-se uma condicionante em relação à proteção da posse, que é a circunstância dos índios ocuparem a área em *caráter permanente*. Esse requisito, ao tempo em que reconhece o direito de posse para aqueles que fazem daquele local o seu *habitat*, retira qualquer possibilidade de proteção das tribos nômades, pois, antes de lhes reconhecer qualquer benefício, determina que eles sejam atraídos e pacificados⁵².

4.2.2 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)

A Constituição de 1937 repete o dispositivo da CF de 1934, afirmando que “*Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas*” (CF/37, art. 154). Nenhuma outra ressalva é feita acerca do domínio de terras devolutas, seja no sentido da exclusividade de legislar a respeito da matéria indígena ou promover a interação dos silvícolas na comunhão nacional. A constituição *polaca* despreza por completo essa matéria, cingindo-se a uma formal reprodução textual. Não há, entretanto, qualquer ruptura conceitual, como seria de se esperar em um regime de exceção.

51 Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928: Art. 10. “O Governo Federal promoverá a cessão gratuita para o domínio da União das terras devolutas pertencentes aos Estados, que se acharem ocupadas pelos índios, bem como a das terras das extintas aldeias, que foram transferidas às antigas Províncias pela lei de 20 de outubro de 1887”.

“§ 1º As terras cedidas serão delimitadas em zonas correspondentes á ocupação legal já existente, sendo respeitada a posse dos índios, assim como o uso e gozo por elles das riquezas naturaesahi encontradas. § 2º Respeitada essa posse, poderá o Governo Federal empregar as ditas terras para a fundação de povoações indígenas, ou qualquer outra fórmula de localização de índios” (BRASIL, 1928).

52 Cf. Decreto n.736/36. art. 16, letra d (BRASIL, 1936).

4.2.3 Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)

Embora elaborada sob o signo de princípios, como a igualdade perante a lei, a liberdade do pensamento e consciência, a extinção da pena de morte, dentre outros direitos individuais, a Constituição de 1946 não produz qualquer inovação pertinente aos indígenas. Assim como na constituição anterior, limita-se em reproduzir o texto da Constituição de 1934, com modificações meramente redacionais. Mantém, de modo visivelmente formal e programático, o resguardo da posse e a proibição de alienação das terras habitadas pelos índios. Conforme diz o seu art. 216, “*Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem*” (BRASIL, 1946, grifo nosso).

De fato, a referência ao art. 216, sobre garantir apenas a *posse* das terras aos silvícolas, compatibiliza-se com o raciocínio de que, desde o regime constitucional de 1934, não havia [nem nunca houve] qualquer intenção de transferir o *domínio* pleno ou posse incondicional das terras aos índios. O propósito era apenas lhes conceder o *usufruto* de suas potencialidades naturais, necessárias ao seu *habitat* e sobrevivência. A previsão desse usufruto especial veio expressamente previsto na Constituição Federal de 1967.

4.2.4 Constituição da República Federativa do Brasil (1967)

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, é a primeira a fixar expressamente que as terras dos silvícolas são de propriedade da União (art. 4º, IV), mantendo o viés integracionista (art. 8º, XVII, o), herdado do período colonial e a exclusividade de legislar sobre a matéria indigenista. No entanto, relevantes novidades normativas são introduzidas nesse novo ordenamento.

No art. 186⁵³, mais uma vez é assegurada a posse das terras em que

53 Art. 186, da CF 1967: “É assegurada aos silvícolas a *posse permanente das terras que habitam* e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as

se achem localizados em caráter permanente, “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam [...]”. Aqui a oração é construída com o verbo no tempo presente, diferentemente das constituições de 1934, 1937 e 1946, que projetavam essa garantia para o futuro, “será respeitada a posse de terras[...]” (BRASIL, 1967, grifo nosso).

Em outras palavras, o constituinte apenas manteve a garantia dos eventuais direitos possessórios já consolidados ao tempo das constituições pretéritas, estabilizando o fato jurídico.

4.2.5 Emenda Constitucional n. 1 (1969)

Como é de conhecimento histórico, a Constituição de 1967 é transmutada por completo com a Emenda Constitucional (EC) n. 01, de 17 de outubro de 1969, editada pelos Ministros militares da Marinha de guerra, do Exército e da Aeronáutica. Nos considerandos iniciais dessa Emenda são mantidas as terras dos silvícolas como patrimônio da União (art. 4º, IV), bem assim o direito de legislar sobre a incorporação de índios à comunidade nacional (art. 8, XVII, o), em reafirmação ao antigo integracionismo (BRASIL, 1969a).

De outro lado, opera mudanças significativas no tange ao direito sobre terras ocupadas pelos indígenas e às consequências jurídicas dos títulos de domínio eventualmente existentes sobre elas:

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

§ 1º Ficam declaradas a **nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos** de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (BRASIL, 1969a, grifo nosso).

Seccionando o dispositivo, tem-se os seguintes elementos jurídico-normativos:

a) *inalienabilidade*: o caráter de inalienabilidade contido em normas anteriores se justificava por seu aspecto protetivo, evitando que terceiros pudessem se aproveitar da ignorância dos nativos. Na configuração da Constituição Federal de 1967, a previsão é inócua, haja vista que a inalienabilidade decorre de sua categoria de bem público de natureza especial, prevista no art. 4º, IV;

b) *não auto-aplicabilidade*: ao contrário da redação original, a EC/69 remete à Lei Federal o regulamento acerca da definição de terras habitadas, sua inalienabilidade, usufruto das riquezas naturais, o que efetivamente ocorreu com a edição da Lei n. 6.001, de 19 de abril de 1973 (Estatuto do Índio), que em seu art. 2º, inciso IX, reproduz *ipsis litteris* o dispositivo constitucional (BRASIL, 1973a);

c) *posse permanente*: nada obstante à mudança de redação dos textos constitucionais pretéritos, a garantia da *posse permanece* é vinculada à existência de uma habitação preexistente com estabilidade temporal;

d) *nulidade dos títulos*: em pleno regime totalitário militar (1964-1984) surge uma hipótese constitucional de nulidade absoluta sobre um título de propriedade imobiliária, sem paralelo em toda a história da legislação brasileira. A EC/69 impõe uma regra constitucional sem exceção, para reconhecer de forma cogente a nulidade de atos e extinção de efeitos jurídicos de qualquer direito real ou pessoal eventualmente existente sobre terras que forem habitadas por indígenas. Não há *limite temporal* sobre a nulidade de direitos de posse ou domínio, abrangendo qualquer que seja o título ou direito que infirme essa regra. Por conseguinte, também não há defesa substancial a ser arguida em processo judicial, capaz de neutralizar tal penalidade;

e) *cláusula de não-indenização*: além de não reconhecer qualquer validade jurídica a eventuais direitos dominiais existentes sobre as terras habitadas por indígenas, a Emenda Constitucional n. 1 vai além, para dizer que também *não haverá qualquer direito à indenização*, resultante da nulidade ou extinção dos títulos de domínio ou posse, seja contra a União, seja em relação à autarquia federal (Fundação Nacional do Índio – Funai). Equivale dizer que o eventual ocupante não será indenizado, seja em relação à

terra nua, seja em face das benfeitorias ali existentes. Não havia qualquer exceção ou ressalva referente ao possuidor de boa-fé.

Note-se que, em todas as constituições anteriores, os únicos requisitos para a garantia da posse eram a condição mesma de índio e a habitação permanente pretérita, na data de sua promulgação. Nunca se cogitou de reconhecimento de áreas que ainda não estivessem sendo ocupadas, habitadas ou possuídas de forma atual e permanente.

4.2.6 A Constituição da República Federativa do Brasil (1988)

Na Constituição de 1988 foi escrito um capítulo integralmente dedicado à disciplina dos direitos indígenas, topologicamente inserido no Título VIII, relativo à ordem Social. O tópico é composto de apenas dois dispositivos (art. 231 e 232), sendo o primeiro subdividido em sete parágrafos, cada qual dedicado a um objeto de proteção específico. A matéria foi submetida à ampla discussão nas Comissões temáticas da Assembleia Nacional constituinte, com participação de parlamentares de várias tendências políticas: i) representantes da igreja; ii) Conselho Indigenista Missionário (CIMI)⁵⁴; iii) organizações não-governamentais (ONG); iv) grupos tribais de várias etnias; v) ambientalistas; vi) ativistas das causas indígenas. Todos foram ouvidos nas diversas audiências públicas.

O resultado final do texto foi comemorado por sociólogos, antropólogos e juristas ligados à causa indígena, sendo considerado um dos mais avançados do mundo. No entanto, como ocorre em todo processo legislativo, o texto aprovado não é aquele desejado inteiramente, por este ou aquele grupo de influência, mas sim o resultado da composição de acordos e ajustes feitos até a votação final.

Nesse ambiente jurídico-político, de forças ideológicas contrapostas, propuseram-se locuções, vocábulos, frases, de forma a compatibilizar o texto com a dimensão dos seus interesses. Não houve espaço para uma arte final, nem tampouco inserções vernaculares tecnicamente coerentes,

54 O Conselho Indigenista Missionário (CIMI) teve participação ativa na comissão da ordem social.

tornando o produto desse *melting pot* de ideias ambíguo e contraditório.

Tratando de direitos sociais vinculados aos aspectos étnicos, com repercussão no campo das riquezas naturais das terras, do solo e do subsolo, o texto não fica imune às influências multidisciplinares trazidas da sociologia, economia e da antropologia, nem sempre com o rigor técnico esperado pelo operador do direito. Cumpre então ao intérprete, utilizando o processo hermenêutico, extrair da norma aquilo que melhor se afeioe aos interesses protegidos. Caberá ao jurista compatibilizar a *mens legis* de forma a dar o máximo de eficácia aos direitos fundamentais ali inseridos, sem descuidar de outras garantias constitucionais eventualmente colidentes.

4.2.6.1 A Comissão Afonso Arinos e o anteprojeto constitucional

A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, apelidada de Comissão Afonso Arinos, foi instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985, para elaborar o anteprojeto constitucional, que acabou não sendo enviado pelo Presidente José Sarney à Assembleia Nacional Constituinte. No entanto, não ficou completamente ignorado, tendo servido de texto base⁵⁵ para várias propostas apresentadas por parlamentares, como assegurou o Prof. José Afonso da Silva (LÉLLIS, 2013).

Considerado um dos principais teóricos e formulador dos Direitos Sociais da nova Constituição, José Afonso da Silva atuou ativamente, tanto no anteprojeto da comissão de notáveis como, posteriormente, na própria constituinte, na condição de assessor do Senador Mário Covas, do Partido do Movimento Democrático do Brasil (PMDB).

Em ambas as oportunidades, o renomado constitucionalista certamente exerceu forte influência para o avanço da disciplina constitucional referente aos direitos dos grupos tribais e todos os delineamentos pertinentes ao seu espaço territorial, cujos elementos de proteção já constavam do preâmbulo do anteprojeto.⁵⁶

55 Cf. p. 89, 109, 172 e 185, da Ata de Comissões da Assembleia Nacional Constituinte, Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

56 Anteprojeto Constitucional da Comissão Afonso Arinos: Preâmbulo: “De tudo isso re-

No corpo do texto havia um capítulo inteiro dedicado aos direitos indígenas, distribuído em três artigos (arts. 380 a 383), incluindo: a) o respeito à posse permanente e usufruto das riquezas naturais das terras ocupadas; b) a definição das terras ocupadas, como aquelas habitadas e necessárias a sua reprodução; c) inalienabilidade das terras; d) nulidade dos títulos de propriedade que se encontrem dentro dessas áreas, sem direito à indenização; d) vedação de remoção do grupos étnicos; e e) capacidade processual para defesas de seus interesses (BRASIL, 1986).

A comissão dos notáveis incluía, ainda, as expressões “*direitos originários*” e “*tradicionalidade da ocupação*”, que constaram do texto final, certamente em razão das influências advindas da Teoria do Indigenato, encampada com vigor por José Afonso da Silva.

4.2.6.2 A Comissão da Ordem Social e Subcomissão de negros, índios e minorias

Havia um clima de consenso quase que *passional* entre os parlamentares que compunham a Comissão de Direitos Sociais, na direção protetiva das minorias étnicas (REUNIÃO DA COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987). Todos estavam dispostos a deixar um legado para a posteridade, convergindo para o fim de uma cultura assimilacionista, catequizadora, escravagista, discriminatória, existente desde a colônia relativamente aos povos pré-cabralinos e negros.

Quanto aos índios, o ponto central da discussão estava na garantia de um regime jurídico para suas terras destinadas a demarcação, pretensão sobre a qual os constituintes se opuseram, donde emergiu o viés recompensatório dos direitos historicamente vilipendiados por cinco séculos.

Nesse particular foram trazidos a opinar no plenário da subcomissão a

sulta necessária a efetivação dos seguintes requisitos: direito da criança e do adulto à educação, à formação profissional e à cultura; o acesso de todos à saúde, o direito ao trabalho, ao repouso e ao lazer; a eliminação de qualquer discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social; riqueza, nascimento; proteção e amparo à família, sendo dever do Estado prover à coesão e estabilidade; **proteção à personalidade e aos direitos dos grupos tribais indígenas**; preservação de nosso patrimônio natural e cultural” (BRASIL, 1986, p. 4, grifo nosso).

Presidente da Associação Brasileira de Antropologia, Manuela Carneiro, e o Presidente do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), Erwin Kräutler⁵⁷, ambos ativistas ligados à causa indígena.

A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha fez uma defesa veemente e histórica das sociedades tribais, propondo o reconhecimento do direito dos índios à terra, por serem eles os primeiros ocupantes do Brasil. Desse modo, renegou a legitimidade das Coroas de Portugal e Espanha de dispor livremente desses territórios, com doações indevidas aos colonos.

Cunha enfatizou que, nada obstante a seus direitos violados, a legislação colonial reconhecia a eles os *direitos originários*, assim como as constituições antecedentes também o fizeram. Por fim, apoiada em João Mendes Júnior, sustentou que eles (os índios) são os verdadeiros senhores das terras por direito congênito e originário (REUNIÃO DA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987).

Erwin Kräutler, por sua vez, defendeu o respeito à manutenção da população indígena, da cultura, do *habitat*, e as demarcações das terras. Propôs um modelo social que pudesse garantir um futuro compatível com a sua dignidade étnico-cultural, com disponibilidade de área agricultável, do subsolo, riqueza natural e cursos fluviais (REUNIÃO DA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987).

Desde questões mais abrangentes relativas às riquezas minerais existentes em áreas demarcadas até pormenores, como a utilização de determinadas expressões, tudo foi cuidadosa e exaustivamente discutido.

Um exemplo disso foi o debate em torno das expressões “*posse imemorial*” e “*posse tradicional*” ou “*posse permanente*”, tidos como mitigadores de certos direitos. Diante do impasse, o constituinte Divaldo Suruagy sugeriu que fosse utilizada a expressão “*tradicional*”, tendo em vista que o termo “*imemorial*” poderia gerar ambiguidades (MARCHINI, 2011).

57 Dom Erwin Kräutler nasceu em Koblach, na Áustria, em 12 de julho de 1939, é um missionário da Congregação do Preciosíssimo Sangue, bispo católico, atual bispo prelado do Xingu, no estado do Pará. Foi Presidente do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) entre 1983 e 1991 (ERWIN..., 2015).

Por fim, uma Emenda substituindo a palavra *imemorial* por *tradicional* foi aprovada em 30 de agosto de 1988 (SESSÃO EXTRAORDINÁRIA VESPERTINA DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE), permanecendo inalterada na redação final (MARCHINI, 2011).

Da leitura das atas de comissão da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), em especial a *Comissão de Direitos Sociais* e a *Subcomissão de negros e populações indígenas e minorias*, é possível perscrutar a enorme preocupação com a adequação semântica, no sentido de acrescentar locuções consideradas importantes para a caracterização de legados doutrinários infundidos por João Mendes Júnior no desenvolvimento da *Teoria do indigenato*.

Ao contrário do que se propalou, não houve resistência da bancada parlamentar ruralista no que tange à preservação de direitos indígenas por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Ao menos não consta qualquer manifestação nesse sentido nas Atas da Comissão e Subcomissão.

4.3 A teoria do indigenato

“Se a teoria entra em conflito com os fatos, tanto pior para os fatos.”

(Johann Gottlieb Fichte)

Todo esse levantamento histórico-dogmático do regime de terras indígenas feito até agora, desde a mais longínqua legislação Portuguesa, passando pelas Constituições pretéritas até Carta da República de 1988, são fontes imprescindíveis ao entendimento da *Teoria do Indigenato*, desenvolvida por João Mendes de Almeida Júnior na famosa Conferência de 1912 (MENDES JÚNIOR, 1912).

É de extrema relevância empreender um estudo aprofundado no assunto para melhor compreender os motivos pelos quais a teoria ainda é utilizada na fundamentação de decisões administrativas e judiciais, ao passo que vários conflitos interétnicos decorrem de sua aplicação ou de seu entendimento equivocado.

Como bem ressaltou o antropólogo Hilário Rosa, as autoridades administrativas, o Ministério Público Federal e o Ministério da Justiça, ao pretender aplicar princípios do indigenato com sentido retroativo e

sem limites no tempo, em áreas que se encontram na posse legítima de proprietários não-índios, provocam desestabilização reiterada, gerando novos embates (ROSA; BRANCO, 2011).

De fato, a doutrina do indigenato vem sendo utilizada por juristas, sociólogos, antropólogos, administrativistas, membros do Ministério Público e da Advocacia Geral da União (AGU) para justificar a legitimidade de grupos indígenas sobre territórios, sem atentar para o limite espacial ou temporal da ocupação.

João Mendes foi um entusiasta e estudioso da causa indígena, e seus argumentos foram tão profícuos que transcenderam o seu tempo, influenciando juristas das gerações seguintes. Mais de sete décadas após sua primeira publicação, a doutrina do indigenato foi defendida na Assembleia Nacional Constituinte por Manuela Carneiro da Cunha, e teve pujante efeito persuasivo na redação dos dispositivos constitucionais vigentes.

A palavra *indigenato* deriva do Frances *indigénat* que significa, grosso modo, “[...] a condição indígena; tratamento e regime administrativo aplicado pela metrópole aos indígenas de uma colônia” (MARCHINI, 2011). No século XIX, a França aplicou um regime administrativo, regulado pelo *Code de l'indigénat* (1881),⁵⁸ dirigido aos nativos de suas colônias, entre elas a Argélia, no qual impunha medidas discriminatórias aos povos autóctones daquelas localidades e aos seus imigrantes.

No entanto, nada obstante a etimologia trazida pelo direito Francês, abrangendo circunstâncias notadamente restritivas e discriminatórias aos direitos dos nativos, João Mendes, com grande argúcia, utiliza o termo *indigenato* como expressão representativa de um direito de posse diferenciado em favor do nativo em relação à terra, emanado de sua condição de autóctone ou de primeiro ocupante.

58 *Le Code de l'indigénat fut adopté le 28 juin 1881. Puis c'est en 1887 que le gouvernement français l'imposa à l'ensemble de ses colonies. En général, ce code assujettissait les autochtones et les travailleurs immigrés aux travaux forcés, à l'interdiction de circuler la nuit, aux réquisitions, aux impôts de capitation (taxes) sur les réserves et à un ensemble d'autres mesures tout aussi dégradantes. Il s'agissait d'un recueil de mesures discrétionnaires destiné à faire régner le «bon ordre colonial», celui-ci étant basé sur l'institutionnalisation de l'inégalité et de la justice. Ce code fut sans cesse «amélioré» de façon à adapter les intérêts des colons aux «réalités du pays» (CODE..., 2015).*

4.3.1 Gênese e fundamentos

A doutrina do *indigenato* deita suas raízes na legislação portuguesa do século XVII e VIII, especificamente no multicitado Alvará Régio, de 1º de abril de 1680. É na parte final de um dos seus parágrafos que está concentrado todo o seu fundamento:

[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeas: Hei por bem que sejam senhores de suas fazendas, como o são no Certão sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elles se lhe fazer moléstia, e o Governador com parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Certão, logares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem, enão poderão ser mudados dos ditos logares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em Sesmarias apessoas particulares, porque na concessão destas se reservaria sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende e **quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito os Índios primários e naturais senhores delas**" (BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO, 1948, p. 53, grafia original).

A ideia medular da teoria é a formulação de um substrato jurídico de abrangência universal, proclamando que as populações nativas adquirem direito subjetivo à posse e à propriedade das terras pelos simples nascimentos, que assim permanece de forma perene, inabalável e intangível.

Argumenta que, mesmo nas tradições romanas em que a legitimação da posse se constituía por conquista, havia o reconhecimento do *indigenato*, não como a única fonte jurídica da posse territorial, como afirmava Proudhon (1860), mas sim pelo fato de que *ocupação* era um título adquirido e o *indigenato* um título *congênito*.

Desse modo, em razão da proclamada congenitude, os nativos não poderiam ser delas destituídos por qualquer ato de dominação ou conquista, seja qual for o regime adotado pelo Estado dominador ou colonizador, posto que esse direito [a terra] lhes é *originário*. Com isso estabelece uma diferenciação entre a posse indígena, que dispensa

qualquer título de legitimação, e a posse do comum, reservada ao colonato.

No caso dos povos nativos do Brasil, sustenta que são detentores do *jus possessionis* e do *jus possidendi*, os quais foram reconhecidos pelo Alvará Régio, afirmando que “o indigenato não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem” (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 58-59, grifo nosso).

Para o indianista, a posse indígena não dimana, portanto, de um efeito da ocupação, uma vez que os povos autóctones já detêm um título de domínio natural, não havendo necessidade de falar em legitimação de posse das terras que habitam, mas sim o simples *reconhecimento* pelo Estado desse *direito originário*. Afirma categoricamente que, em relação aos povos primitivos, “Não há posse a legitimar, há domínio a reconhecer” (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 50, grifo nosso).

Veja-se aqui a influência dessa doutrina na Constituição de 1988, quando no *caput* do art. 231, estabelece que “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os *direitos originários* sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O indigenato, segundo Mendes Junior, constitui um título hereditário que se legitima em todas as instâncias a partir da existência do sujeito de direito [índio] no mundo físico que habita. Não decorre, portanto, do fato jurídico da ocupação/posse das terras, mas pelo critério do vínculo decorrente de sua origem étnica, nascimento, etnia, usos, costumes e habitação primária de um determinado território.

José Afonso da Silva reproduz os argumentos de Mendes Junior, no qual preleciona que “o indigenato não se confunde com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido” (SILVA, 1993, p. 728).

Por esta razão, para esses autores, o direito possessório indígena não se subordina às exigências decorrentes de leis, alvarás, regulamentos, cartas régias, que exigiam morada habitual e cultura efetiva para obtenção do título de legitimação da posse dos sesmeiros ou concessionários (MENDES JÚNIOR, 1912).

Por se tratar de direito preexistente a qualquer outro, assim permanecendo independentemente das vicissitudes ou contingências

externas, prescinde de ser *declarado* ou mesmo *constituído* no ordenamento jurídico, bastando o seu simples reconhecimento pelo Estado. Quer isso dizer que a simples habitação de um território por um grupo primal, com ancestralidade e etnicidade, lhe outorga direito ao domínio e posse da terra, sem necessidade do cumprimento de outras condições legais.

No plano normativo, sustentam que a *posse indigenata*, além de constituir um direito natural, foi positivada no direito colonial em várias oportunidades, entre elas, o Alvará de 1º de abril de 1680, na Lei de 6 de junho de 1755, bem como na Lei de Terras (Lei n. 601/1850).

4.3.2 Crítica às fontes normativas

Uma lição perene de Pontes de Miranda dirigida aos operadores do Direito é a de que “[...] não se resolve a equação jurídica com pieguice, com declamação ou com poesia. Resolve-se a equação jurídica sempre rigorosamente à luz da ideia científica do Direito” (REZEK, 2010, p. 14). No mesmo sentido, Luiz Armando Badin (2006, p. 139), para quem

Defender a igualdade essencial de índios e não-índios começa por tratar os primeiros simplesmente como iguais, sem a exaltação romântica ou a idealização a que são inclinadas algumas sensibilidades. É, no fundo, assegurar o direito de preservar um modo de vida particular.

O levantamento histórico da legislação seiscentista, observada sob uma perspectiva do Estado colonizador, não deixa dúvidas de que, sob a óptica político-indigenista das Coroas Espanhola e Portuguesa, não havia espaço para ações altruístas em relação aos povos pré-cabralinos.

Concessões, doações, favores e ações aparentemente benéficos se processavam tão somente como mecanismos de gerenciamento administrativo, econômico, mercantil e produtivo de um vasto território a ser explorado, do qual se precisava extrair dele riquezas da forma mais barata e eficiente possível.

O Alvará de 1º de abril de 1680, prodigamente citado por antropólogos, sociólogos, juristas, missionários e ativistas como fonte histórico-normativa

dos direitos originários em relação aos seus territórios, foi editado por razões políticas escravagistas, domesticadoras, catequizadoras, que servia unicamente a interesses econômicos da Metrópole lusa.

Não se pode extrair desse documento um compromisso veraz e fiel aos interesses subjetivos dos gentios, pretensamente legitimador de suas liberdades ou de suas posses territoriais.

Como já se adiantou alhures, o Alvará Régio (1680), assim como outras legislações anteriores e posteriores a ele, implementava a política dos “descimentos”, veiculando um objetivo explícito de incrementar efetivo de pessoal nas “aldeias de repartição” para abastecer o Estado do Maranhão com a mão de obra indígena. Em aldeamentos próximos aos povoados portugueses, os índios poderiam melhor servir ao interesse do Estado, e por tal motivo lá seriam agrupados. A ordem era promover o aumento da população indígena nas povoações, revelando a preocupação com um contingente estável de indígenas nesses locais.

Eram os índios que erigiam os povoamentos, construía as moradias, os conventos religiosos, a Casa dos Oficiais da Câmara; auxiliavam nas expedições de recolhimento de drogas do sertão, resgate e descimento de outros índios; garantiam a defesa das áreas de fronteira, a partir da formação de alianças; produziam o sal, peixe e farinha, a base alimentar da região, entre outras diversas atividades (BOMBARDI, 2011).

Já em seu preâmbulo, o Alvará deixa transparecer a destinação ao interesse da Coroa lusitana na conservação dos bens públicos e não de interesses dos nativos:

Provisão sobre a repartição dos Indios do Maranhão e se encarregar a conversão d'aquella gentildade aos Religiosos da Companhia de Jesus;

Faço saber ao que esta provisão viremque por haver entendido ser precisamente **necessário ao bem publico e conservação do Estado do Maranhao** que haja nele copia de gente de serviço de que se valhao os moradores para a cultura de suas searas [...] assim como tenho ordenado a condução de negros da Costa da Guine com maior comodidade dos moradores [...] (BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO, 1948,p.51,grifo nosso).

Buscava o recrudescimento do efetivo com a busca do índio selvagem para redistribuição:

[...] assim também convém não somente conservar os índios livres que se acham nas Aldeas, mas procurar aumenta-los descendo outros do sertão para que sirvam ao mesmo Estado e para isso se conseguir é preciso repartir os índios que estão presentes para que acuda a tudo que são necessários [...] (BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO, 1948, p.52).

Conforme asseveram Freire e Malheiros:

Ao sistema colonial, não interessava a dispersão dos índios em aldeias autônomas, espalhadas ao longo do litoral, mas a sua concentração em espaços localizados próximos aos núcleos produtivos sob o controle dos portugueses. Esses aldeamentos missionários, chamados também de ‘aldeias de repartição’, estavam integrados ao sistema colonial, funcionando como uma espécie de ‘armazém’ onde os índios, uma vez descidos, eram estocados. Aí, depois de catequizados, eram alugados e distribuídos – repartidos. Desrespeitando a localização das malocas tradicionais, as aldeias missionárias foram efetivamente situadas em locais próximos aos povoados portugueses (FREIRE; MALHEIROS, 1997).

É difícil imaginar que essa legislação, produzida pelas mãos do Estado colonizador, com exercício do seu domínio absoluto sobre todos os bens existentes (*mancipi e nec mancipi*) sobre o espaço territorial conquistado, que buscava tão somente privilegiar os interesses da Coroa na gestão de mão de obra abundante e escrava, seja aquela mesma invocada a sustentar uma doutrina (indigenato) geradora de direitos congênitos dos gentios sobre suas terras. Veiculador de mais uma opressão desmedida, o Alvará Régio, ao revés, determinava a retirada dos silvícolas de seu *habitat*, não a reintegração à sua área de origem.

O sociólogo Darcy Ribeiro, ao referir-se ao Alvará Régio de 1680 e à Lei n. 6 (*sic*), de junho de 1755, admitia que essa legislação ocorria tão somente no plano formal, pois “o índio, reduzido a escravidão, esbulhado

de suas terras de origem, nunca desfrutou desse direito” (RIBEIRO, 1977, p. 198, grifo nosso).

O fato daquela norma conter algumas expressões favoráveis aos direitos das populações indígenas, o seu conteúdo foi utilizado muito mais como um atrativo ou mesmo um embuste, do que propriamente a consagração de um direito a ser resguardado.

As locuções que constam do Alvará Régio de 1680: “[...]para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hei por bem que sejam senhores de suas fazendas [...]”(BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO, 1948, p.53, grifo nosso), sugerem mais um artifício ardiloso dos portugueses para atrair os gentios sem oferecer resistência, do que concessão de direitos.

As multicitadas expressões “primários e congênitos [...]e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito os Índios primários e naturais senhores delas”, foram utilizadas com efeito retórico, simbólico, sem qualquer efetividade no mundo dos fatos, até porque não se referiam às terras habitadas originariamente pelos indígenas, mas aquelas outras que se constituíam nos aldeamentos formados e gerenciados pelos Jesuítas, sob o comando luso.

É inegável que a legislação colonialista reconhecia formalmente aos índios o direito a uma parcela do território, assim como de sua liberdade individual, adotando medidas punitivas para aqueles que se utilizavam de cativo. No entanto, todo esse procedimento era motivado pelo interesse da Santa Igreja na conversão dos pagãos e catequização dos silvícolas⁵⁹, ou mesmo por interesses econômicos da Coroa, para quem a aliança com os gentios era de fundamental importância estratégica (CUNHA, 2012).

Nesse contexto foram editados outros atos em que outorgavam direitos a terras e à liberdade individual aos gentios. Exemplo disso são o

59 No Alvará-Régio de 21 de agosto de 1587 encontra-se uma das expressões mais claras dessas justificativas: “Eu ei Rey faço saber aos que este Alvará virem que eu sou informado que será muito serviço de Deos e meu e em prol e beneficio das fazendas e engenhos de meus vassallos das partes do Brazil darem se rras de sesmaria ao gentio que decer do sertão pera faserem suas lavouras, e que será isto meio pera decerem muitos e virem mais depressa no conhecimento de nossa santa fee e receberem o santo batismo [...]” (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 113).

Alvará de 1596 (SERAFIM LEITE, apud PERRONE-MOISÉS, 2000), de 30 de julho de 1609 e a Lei de 10 de setembro de 1611⁶⁰, ambas relativas à proibição de fazer guerra aos índios para fins de cativoiro.

Beatriz Perrone-Moisés faz uma interessante ponderação da legislação indigenista seiscentista:

[...] Quando se analisa mais detalhadamente o corpo de princípios legais que norteavam a política indigenista, e se acompanha a prática dessa política, verifica-se que, na verdade, os povos indígenas brasileiros acabaram sendo despossuídos de suas terras (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 109).

Ainda segundo a mesma autora, a Coroa Portuguesa seguia um padrão em relação aos indígenas, o qual iniciava-se com os *descimentos* do interior (sertão ou serra) para a costa, onde eram aldeados sob administração de missionários, e permaneciam como reserva de mão de obra da colônia até que fossem educados e civilizados, perdendo as características de gentios.

No momento em que aceitavam ou se submetiam ao “descimento”, induzidos pelas vantagens oferecidas pelos colonizadores, e passavam a viver nos *aldeamentos* missionários junto às povoações coloniais⁶¹, as terras por eles ocupadas originariamente ficavam abandonadas e sem dono, revertendo-se novamente a Coroa na condição de terras devolutas, conforme a disciplina da Lei de Terras.

Em troca, lhes eram oferecidas outras áreas, concedidas sob a promessa de que eles seriam os “[...] senhores de suas terras nas aldeias como o são na serra”⁶²

No entanto, as áreas destinadas aos *aldeamentos* missionários eram

60 Lei de 30 de julho de 1609, “[...] Em que se determina que, por ser contra o Direito Natural, o cativoiro, não se podem cativar os gentios do Brasil”, e Lei de 10 de setembro de 1611, “Sobre a liberdade do gentio da terra e da guerra que se lhe pode fazer” (ANAIS DO ARQUIVO PUBLICO DA BAHIA, apud PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 109).

61 Trata-se aqui de aldeamento de repartição administrado por missionários.

62 Alvará-Régio de 21 de agosto de 1587: “Para que aos índios que descem do sertão se dessem terras para suas aldeias junto às fazendas e sesmarias para suas lavouras” (DOCUMENTOS PARA A HISTÓRIA DO AÇÚCAR, 1954, apud PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 113).

igualmente devolutas e, nessa circunstância, poderiam ser doadas em sesmaria para terceiros em momento posterior (PERRONE-MOISÉS, 2000).

Uma outra questão dizia respeito à conversão ao cristianismo como valor supremo no contexto do Brasil-Colônia, em que as terras eram ofertadas, não aos índios para que se convertessem, mas sim, aos já convertidos (DOCUMENTOS PARA A HISTÓRIA DO AÇÚCAR, 1954, apud PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 114), princípio aplicável também aos colonos europeus, que eram obrigados a se converterem cristãos para receber terras em sesmarias.

À vista disso, resulta que não havia de fato um reconhecimento de direito natural dos índios sobre suas terras, conforme consta fortuitamente do Alvará de 1680. As terras concedidas não coincidiam com aquelas em que habitavam originariamente. Da mesma forma, aquelas terras que passavam a habitar não mantinham com eles qualquer identidade ancestral, e foram posteriormente tidas como devolutas.

Rodrigo Marchini, discorrendo sobre a Provisão de 1º de abril de 1680⁶³, conclui que embora se afirme “[...] que se deve respeitar as terras dos índios ‘primarios e naturaes senhores dellas’, [...] essa passagem não deve ser entendida isoladamente”, pois o diploma é “sobre a repartição dos Índios” (MARCHINI, 2012, grifo nosso).

Ou seja, tratava-se de um documento caracterizador do exercício de um poder de dominação, que servia para cercar direitos, inclusive o de liberdade.

Beatriz Perrone-Moisés arremata que os povos indígenas que aceitavam o “*descimento*” perdiam os seus direitos sobre as terras que ocupavam originariamente, passando a viver em terras cedidas pela Coroa, com natureza jurídica de devoluta. De outro lado, “quanto aos que resistiam à conversão e eram vencidos, perdiam o “[...] direito às suas terras juntamente com a liberdade[...].” (PERRONE-MOISÉS, 2000, grifo nosso).

De fato, nunca houve qualquer ato normativo da Coroa Portuguesa tendente a transferir o controle e o domínio das terras em favor dos indígenas⁶⁴. O que havia de concreto era um deslocamento compulsório

63 O texto original se refere a uma Provisão e não a um Alvará Régio, como ficou conhecido.

64 Em sentido contrário se posiciona Robério dos Anjos Filho, para quem o instituto do indígenato, ao tempo do Alvará Régio de 1680 e Lei de Terras de 1850, conferia domínio aos

das tribos de seus locais originários ou mediante o oferecimento de vantagem, ora de liberdade ora de cessão de terras, em que se formavam os *aldeamentos* gerenciados pelos missionários. A condição absoluta era de que eles fossem catequizados e submetidos a fornecer a sua mão de obra em favor do interesse dos colonos ou do próprio Estado.

Verazani reforça o entendimento de Beatriz Perrone-Moisés, assegurando que essas concessões de terras aos índios em “novos” territórios, tinham como objetivo real a desocupação das áreas que habitavam originariamente, as quais passavam a ser ocupadas pelos colonos, permitindo a franca expansão do processo de colonização, sem qualquer resistência (VERAZANI, 2009).

Em resumo, na legislação flutuante e às vezes incoerente do Brasil-Colônia, a política foi de “dares e tomares” (CHAVES, 2011, p. 151); nunca houve real reconhecimento por parte do poder político colonizador acerca do direito dos índios em permanecer ocupando os espaços territoriais que habitavam originariamente, como defende Mendes Junior. Ao contrário, visava-se o controle absoluto do sistema fundiário, em que o índio era apenas um instrumento de manobra nos seus desideratos econômicos.

A Lei de 6 de junho de 1755, do mesmo modo que o Alvará Régio, também não continha favorecimento aos aborígenes, apenas a constatação da falência iminente do sistema de aldeamentos e adoção de novas medidas que pudessem apaziguar os ânimos dos nativos. A reafirmação de que os índios eram senhores das terras apenas reproduz o caráter enunciativo proposto anteriormente no Alvará Régio, pondo em prática a habilidade gerencial do Marquês de Pombal em emular uma suposta liberdade e respeito aos direitos, mas tão somente no plano legal e formal.

Quanto à criação de reservas, mencionada na Lei de Terras (Lei n. 601/1850) (BRASIL, 1850) e seu Decreto regulamentador (Dec. n. 1.318/1854) (BRASIL, 1854), ao contrário do que afirma Mendes Júnior, não objetivava restabelecer o *status* anterior do índio, de viver de acordo com os seus usos e costumes.

Para Rodrigo Marchini, não há dispositivo na Lei ou no Decreto que invoque o *indigenato*. A destinação de áreas para a constituição das *reservas*

índios sobre suas terras, e perdurou até a Constituição de 1934 (ANJOS FILHO, 2009).

de *colônias* contradiz a ideia de que os silvícolas seriam senhores naturais e primários daquelas terras (MARCHINI, 2011).

No mesmo sentido afirmam categoricamente Hilário Rosa e Tales Castelo Branco: “[...] nem na Lei n. 601 [1850], nem no Decreto n. 1.318[1854] se encontra um parágrafo, uma frase, uma palavra que autorize alguém a pensar em ‘direitos originários’” (ROSA; BRANCO, 2011).

De fato, toda a legislação colonial e mesmo a imperial foi, em maior ou menor medida, produzida sempre em favor do resguardo do poder público e do incentivo dos fatores de produção agrícola, e mediada pelos colonos europeus, sem deferir garantias de posse ou propriedade aos povos primitivos no plano do direito positivo.

Por fim, Mendes Júnior busca ancorar a sua teoria, interpretando o § 1º, do art. 24, do Regulamento da Lei de Terras (Dec. 1.318/1854). Dizia o regulamento: “art. 24: Estão sujeitos à legitimação: § 1º As posses, que se acharem em poder do primeiro ocupante, não tendo outro título senão a sua ocupação” (BRASIL, 1854).

Quer isso significar que, não havendo outro título, mesmo demonstrado se tratar de primeira ocupação, a posse estava sujeita à legitimação pelo poder do Estado. João Mendes interpretou esse artigo como uma confirmação do direito congênito, assegurando que o único título possível, distinto da ocupação primeira, era o título do *indigenato*, implicitamente descrito na norma.

Não obstante o esforço hermenêutico, a interpretação é equivocada. Em verdade o dispositivo não se referia diretamente aos índios, mas sim a posseiros não-índios, que invadiam terras devolutas e que eram os primeiros ocupantes (ROSA; BRANCO, 2011).

Como já se frisou anteriormente, há previsão expressa no art. 75 do mesmo Decreto, referente aos nativos dos aldeamentos e aos índios *hostis*. Em ambos os casos a solução era a criação de reserva para colonização (BRASIL, 1854), não havendo motivos para o governo imperial legitimar essas terras mediante título de posse ou mesmo com apoio na congenitude índia.

Em verdade, mesmo no período pré-republicano, e posteriormente ao advento da Constituição de 1891, não se observou qualquer política legislativa a socorrer a doutrina do *indigenato*, pois, como já foi visto em

outra parte deste trabalho, não houve no texto constitucional qualquer dispositivo relativo a direitos indígenas.

Enfim, na clareza dos fatos, o que se registra de todo o ciclo legislativo da Colônia, do Império e do início da República, é que os territórios jamais deixaram de pertencer ao domínio da Coroa. Eventual transferência do patrimônio do Estado ao domínio particular, seja para os colonos ou índios era feita de acordo com atos normativos previstos e regulados no sistema positivo luso.

4.3.3 O indigenato no regime pós-colonial

Os conceitos doutrinários elaborados por João Mendes em referência ao indigenato foram concebidos a partir do direito positivo Luso, ao final do século XVII e editados sob um regime de absoluta hegemonia colonial eurocêntrica.

Ainda que se pudesse extrair da legislação portuguesa qualquer consequência jurídica inclinada a dar efetividade aos supostos direitos de índole territorial dos povos pré-cabralinos, provenientes de sua origem autóctone, não houve reprodução desses conceitos pelo ordenamento jurídico que sucedeu o Direito Português.

A partir da declaração de independência, em 7 de setembro de 1822, e da outorga da Constituição política do Império do Brasil, em 25 de março de 1824, não foi feita qualquer ressalva quanto à proteção da posse das terras dos índios, com fundamento no indigenato.

Mesmo durante o período pré-imperial, com a vinda de D. João VI, embora instaurada em um modelo civilizatório, a nova política foi, paradoxalmente, desfavorável às comunidades tribais, em especial a algumas etnias, como a dos Botocudos, contra a qual houve declaração de guerra (Carta Régia de 1808). Com o fim da redistribuição de terras no regime de sesmarias (1822), não se fez qualquer ressalva relativa aos direitos prévios, permanecendo um vazio legislativo acerca do tema fundiário.

De outro lado, não há qualquer traço de influência normativa da doutrina nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e de 1967, embora não se possa negar que as ideias trazidas por João Mendes tenham refletido positivamente no plano retórico, na construção dos direitos étnicos.

Em 1934, uma nova constituição é promulgada, agora sob os auspícios e a inspiração da Constituição de Weimar (1919), com o seu conteúdo voltado ao Estado Social de Direito (*Welfare State*). Dessa forma, foi introduzida no sistema uma nova perspectiva no que tange à proteção dos territórios indígenas (LENZA, 2012), ao se assegurar que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (art. 129) (BRASIL, 1934).

O conteúdo da norma, visivelmente programático e prospectivo, também não guarda conexão com eventuais direitos primários existentes em um passado imemorial. O que assegura o direito à proteção possessória é a circunstância do grupo tribal já se encontrar no momento da promulgação da constituição, habitando permanentemente (critério de estabilidade) um local delimitado no espaço (critério espacial), sem perquirir acerca das condições étnicas, ancestralidade ou originalidade da ocupação.

A Constituição de 1946, também elaborada sob a égide de princípios liberais vigentes no pós-guerra, mantém a proteção formal aos direitos indígenas, mas sem incorporar qualquer expressão ou conceito trazido das fontes do indigenato, seguindo a mesma linha de princípio da Carta de 1934.

Pontes de Miranda observou que, tanto na Constituição de 1934 como na de 1946, o direito à terra estava vinculado a dois pressupostos: posse e localização permanente. Afirmar que “[...] desde que há posse e localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição” (MIRANDA, 1947).

Dentro da moldura legal, o que está a legitimar o direito indígena, portanto, não é a sua composição étnica, autóctone ou congênita, mas sim a circunstância fática da *posse* e da *localização permanente*.

Com efeito, a garantia absoluta da posse indígena, desde que submetida aos predicados constitucionais, aliados ao fator proibitivo de sua alienação quando assim afetados, traz implícito que o Poder Público (Estadual ou Federal) reservou para si o *domínio* de tais áreas, transmitindo, em favor da comunidade indígena, a mera *posse usufrutuária constitucional*.

A Constituição de 1967, utilizando linguagem mais técnica que as anteriores, deixa expresso que a *posse* garantida aos índios não decorre do domínio, já que esse é reservado à União (art. 4º, IV), mas fundamenta-se no *usufruto*, que é *exclusivo* dos recursos naturais e de suas utilidades (BRASIL, 1967).

Com o novo regramento, é instituído o *usufruto constitucional indígena* sobre o solo e os recursos naturais e qualquer outra utilidade, reafirmando o domínio estatal, presente desde a Constituição de 1934. Trata-se de um usufruto especial, com critérios específicos que posteriormente foram melhor delineados no Estatuto do Índio (BRASIL, 1973a).

A doutrina do indigenato, com todos seus louváveis atributos na perspectiva de proteção da dignidade da pessoa humana e defesa dos povos nativos em face de um Estado predominantemente eurocêntrico, só por ser admitido no plano do Direito natural⁶⁵ (*ius naturale*), pois não há supedâneo normativo que lhe dê sustentação. Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Rodrigo Marchini, Hilário Rosa, Tales Castelo Branco, Luiz de Lima, Ana Maria D'Ávila Lopes e Karine Rodrigues Mattos.⁶⁶

Em síntese, se diante da própria legislação colonial não se verificou a possibilidade de aplicação efetiva da doutrina do indigenato, ao menos sob a perspectiva do direito positivo, o advento da Constituição de 1934 abandona quaisquer vínculos jurídicos decorrentes da congenidade. A ressalva protetiva já não deriva da simples condição de autóctone, como propalava a doutrina de João Mendes, mas de um requisito diverso, relacionado com a ocupação efetiva do espaço fundiário.

4.3.4 A síndrome de Copacabana

Ao interpretar o art. 231 da Constituição de 1988, o constitucionalista José Afonso da Silva vislumbrou elementos normativos da teoria de João Mendes, afirmando que “os dispositivos constitucionais acerca da relação do índio com a terra, ao reconhecerem os direitos originários sobre elas, consolidaram a tradicional instituição do indigenato” (SILVA, 1993, p. 728, grifo nosso).

A partir dessa possível conexão da atual Constituição (1988) com a

65 Confira-se Stefanini (2011, p. 73): “Com efeito, a potissedeo, ou, possessio (Paulus, Digesto, Liber Primus, XLI, II), citada pelo eminente João Mendes Jr., convola a posse natural, do *Ius Naturale*, que nenhum efeito produzia no mundo do Direito, vale dizer, não pode servir de esteio ao ‘instituto’ do indigenato, como se lhe insinua emprestar por consequência”.

66 As obras desses autores constam da lista de referências bibliográficas.

doutrina do indigenato, muitos constitucionalistas e⁶⁷ alguns administrativistas e civilistas,⁶⁸ ao se aprofundarem no tema relativo aos direitos dos indígenas sobre suas terras, remetem o leitor às referências doutrinárias trazidas por Mendes Júnior e reafirmadas por José Afonso da Silva, como se presentes no direito positivo.

O sistema do direito positivo tem a função não só de regular as condutas humanas, mas também de prevenir litígio, garantindo um mínimo de estabilidade nas relações intersubjetivas. Sendo assim, a norma posta como elemento antecedente aos fatos por ela regulados abstratamente, do qual todos são cientes e conscientes, garante ao sujeito de direitos, seu destinatário imediato, segurança jurídica. Realizados determinados negócios no mundo dos fatos, não deve o indivíduo ser surpreendido com imposições que desequilibrem a posição inicial assumida.

Conforme se ressaltou alhures sempre houve uma certa preocupação com a doutrina do *indigenato*, que atribui um título de domínio aos povos pré-cabralinos, independente de qualquer ato Estatal ou limites temporais, legitimando-se pela circunstância fática de ser primeiro ocupante ou seu ocupante originário.

Bem por isso que ao se debruçar sobre demandas envolvendo conflitos interétnicos na disputa de territórios, o Supremo Tribunal Federal (STF) se deparou com situações inusitadas, reveladoras de perplexidades jurídicas.

67 Exemplo disso são os autores: Pedro Lenza; Uadi Lamego Bulos; José Afonso da Silva; Tércio Sampaio Ferraz Junior; Robério Nunes dos Anjos Filhos; Dalmo Dalari; e Fernando da Costa Tourinho Neto.

68 Com relação ao indigenato, seguiram o entendimento de Mendes Júnior: OCTAVIO de Langgard Menezes, Rodrigo, Les sauvages américains devant le droit, in Recueil des cours, v. 31, n. 1, 1930, p. 271; CUNHA, Manuela Carneiro da, Os direitos do índio: ensaios e documentos, São Paulo, Brasiliense, 1987; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, O renascer dos povos indígenas para o direito, Curitiba, Juruá, 1998, p. 125; BARBOSA, Marcos Antonio, Direito antropológico e terras indígenas no Brasil, São Paulo, Plêiade, 2001, p. 66; VILLARES, Luis Fernando, Direito e povos indígenas, Curitiba, Juruá, 2009, p. 101; LODEIRO, Nancy Sgursky, O direito agrário e as terras indígenas, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção de grau de mestre, São Paulo, 1983, p. 458; CARNEIRO, Edilton Borges, A inconstitucionalidade da redução de terras indígenas no processo demarcatório por caracterizar remoção, Manaus, 2006; AZANHA, Gilberto, A lei de terras de 1850 e as terras dos índios, 2001 (MARCHINI, 2015).

Percebeu-se que, a prevalecer a tese de que a *primeira ocupação* constitui fundamento ao título de posse (*ius possessionis*) e domínio (*ius possidendi*), depara-se com uma constatação factual inevitável: a de que toda a extensão do território brasileiro deveria pertencer aos índios, posto que foram os primeiros habitantes e possuidores de todas as terras, rios, lagos e riquezas naturais aqui existentes, até a chegada do europeu na costa das Américas meridional e setentrional.

Nesse aspecto, ficou famoso o voto do Min. Cordeiro Guerra, do Supremo Tribunal Federal (STF), que, no julgamento do Mandado de Segurança n. 20.235/MT, de 4 de junho de 1980, em que manifestou enorme preocupação com o art. 198⁶⁹, da Constituição de 1967, referente à nulidade do Decreto presidencial que criava a Reserva indígena “Parabubure”, no estado do Mato Grosso. Naquela oportunidade assim se manifestou o Ministro, *verbis*:

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra- Srs., Presidente, estou de acordo com o eminente Relator, mas **desejo explicitar a minha apreensão**, em face do art. 198, §§ 1.º e 2.º, da Constituição Federal. Creio que esses artigos ainda nos darão muito trabalho, porque, **a serem interpretados na sua literalidade**, teriam estabelecido **o confisco da propriedade** privada neste País, nas zonas rurais, bastando que a autoridade administrativa dissesse que as terras foram, algum dia, ocupadas por silvícolas.

[...]

No meu entender, isso só pode ser aplicado nos casos em que as terras sejam **efetivamente habitadas pelos silvícolas**, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de **Copacabana, ou Jacarepaguá**, porque foram ocupadas pelos Tamoios (BRASIL, 1980, p. 141, grifo nosso).

O temor de que a interpretação literal da constituição de 1967 pu-

69 CF, 1967, EC n. 1: “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

desse viabilizar o reconhecimento de terras indígenas com base na posse imemorial, sem necessidade de uma ocupação efetiva e permanente, ficou conhecido como a *Síndrome de Copacabana*.

Ressalvada a eloquência extremada verbalizada pelo Min. Cordeiro Guerra, o fato é que ainda hoje há um receio do julgador e do intérprete com os limites hermenêuticos dessa concepção, apta a causar perplexidades. A passagem acerca da *Síndrome de Copacabana* é lembrada por Carlos Marés de Souza Filho e por Robério Nunes dos Anjos Filho, ambos negando que o texto constitucional vigente possa resultar numa interpretação que conduza ao absurdo, muito embora sejam adeptos da teoria do indigenato, que não impõe limites temporais à ocupação (SOUZA FILHO, 1998; ANJOS FILHO, 2009), para fins de caracterização da terra indígena.

4.4 A posse indígena na Constituição de 1988

4.4.1 Generalidades

Direitos indígenas, notadamente o direito à posse das terras que ocupam, são assuntos considerados de difícil enfrentamento pela comunidade jurídica em geral. Tanto no Brasil como nos outros países em que ocorrem conflitos interétnicos (Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Rússia, México), ainda se está longe de escrever um capítulo definitivo sobre o tema, diante os antagonismos das posições sociopolíticas, das ideologias, aliados a uma legislação permeada de conceitos indeterminados.

O tema é reconhecidamente difícil, porque os conceitos constitucionais de terra indígena fazem referência a elementos científicos, históricos, antropológicos, sociais e biológicos, que não podem ser resolvidos com o mero silogismo (BADIN, 2006).

Toda essa dificuldade veio a lume no julgamento paradigmático da demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, no Estado de Roraima (RR), na qual o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, registrou o desafio a ser enfrentado:

O caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difí-

ceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional (MENDES, 2015).

A simples leitura do art. 231, da Constituição, evidencia uma intenção muito clara de assegurar aos índios, de forma expressa, inequívoca, o direito de sua relação telúrica, expressão máxima de seu *modus vivendi*, pois como afirmou o Min. Menezes Direito “não há índio sem terra” (BRASIL, 2009a). Os demais direitos a eles atribuídos giram em torno dessa garantia-base e permanecem com ela conectados de forma interdependente.

O espírito do constituinte não haveria de transigir com o passado recente, ao prever garantias meramente formais. Era necessário naquele momento, romper com uma tradição fundada na retórica, evoluindo para uma carta de direitos efetivos.

No entanto, tratando-se de norma posta, não se tem a pretensão de determinar de modo exaustivo todas as vicissitudes que se sucedem no mundo fático, pois sempre haverá espaço para imprecisões terminológicas, ensejando interpretações divergentes (ASSIS; KÜMPELL, 2012).

O art. 231 foi pródigo em conceitos indeterminados, genéricos, de textura aberta, reflexo acentuado de uma cautela legislativa que, seguindo uma tendência mundial, não se permitia refrear posições políticas, retrocedendo em desfavor das minorias étnicas.

Não se nega que o anteprojeto constitucional no capítulo referente aos índios, apresentado pelo índio Karaja na Subcomissão de negros e minorias, tinha um espírito passional e uma nuvem ideológica (JOBIM, 1988, p. 668) a cuidar do tema, e que refletiram no resultado final.

Todas as forças legítimas derivadas do Estado Democrático de Direito atuaram na defesa de seus interesses, direitos indígenas e propriedade privada. São esses vetores que consolidam o espírito republicano. Não obstante, esses direitos devem se acomodar quando confrontados, haja vista sua equivalência na arquitetura constitucional. A principiologia hermenêutica deverá encontrar uma solução pacificadora quando esses valores estiverem em conflito, tendo sempre em conta que a amplitude de um

deles terá como fator limitante o grau de subordinação ao outro.

Nesse ponto, faz-se necessária uma “radiografia”⁷⁰ dos dispositivos constitucionais, cujo objeto será o ponto inicial de busca da melhor exegese a cada um dos valores representados pelas suas expressões textuais.

Tanto o *caput* do art. 231 como os seus dois primeiros parágrafos trazem a lume o cerne das intenções teleológicas e que por esta razão, demandam do intérprete uma apreciação mais detida.

Apenas para que se tenha uma ideia panorâmica, sem prejuízo de que mais adiante, sejam destacados amiúde, segue a reprodução integral do texto constitucional relativo aos direitos indígenas:

TÍTULO VIII – Da Ordem Social

[...]

CAPÍTULO VIII – DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua **organização social**, costumes, línguas, crenças e tradições, e os **direitos originários** sobre as terras que **tradicionalmente ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º – São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em **caráter permanente**, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º – As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua **posse permanente**, cabendo-lhes o **usufruto exclusivo** das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (BRASIL, 1988, grifo nosso).

4.4.2 A organização social indígena

Ao reconhecer que as comunidades indígenas têm direito à sua própria *organização social*, segundo sua língua, crença e tradições, o Estado brasileiro nada mais fez do respeitar o *multiculturalismo* e a existência de uma

70 Expressão utilizada pelo Min. Ayres Britto em seu voto na Pet. 3388. /RR (TI Raposa/Serra do Sol)

alteridade a ser resguardada. Assim, manteve coerência com o preâmbulo da Carta Maior, que autodeclara o Brasil como uma República Federativa que tem por objetivo uma sociedade fraterna, *pluralista* e sem preconceito.

O texto atua no plano da universalização do respeito às diferenças, das crenças e dos costumes, afastando de vez a cultura integracionista. Trata-se de um rompimento cabal, definitivo com o sistema *assimilacionista*, que permaneceu vigente durante cinco séculos, abrindo caminho ao pluralismo étnico.

Robério Nunes dos Anjos Filho lembra que o texto foi fiel ao espírito libertário, conferindo ao índio o mesmo direito dos demais brasileiros, bem como o direito de permanecerem diferentes, realizando o princípio da proteção da identidade cultural (art. 215), que constitui um dos direitos fundamentais enumerados fora do art. 5º (ANJOS FILHO, 2009). Para Tércio Ferraz, “trata-se de comunidades culturais, ligadas à raça (fator biológico), mas também a valores (crenças, costumes, língua, tradições)” (FERRAZ JÚNIOR, 2004, p. 691).

Não se pretendeu, por certo, a criação de uma organização institucional ou entidade com personalidade jurídica de natureza constitucional. A própria constituição, afastando as expressões “nações indígenas” e “povos indígenas”, preferiu denominar essa organização de *comunidade indígena* (art. 232, CF/88) conferindo-lhe legitimidade ativa para defender os interesses que lhe são próprios. Criou-se, assim, um sujeito de direitos *sui generis* que goza dos benefícios da nacionalidade e da cidadania, mantendo suas características étnicas próprias (FERRAZ JÚNIOR, 2004).

4.4.3 O túnel do tempo

A estrutura da norma constitucional prevista no art. 231, §§1º e 2º pode ser vista e entendida como um portal do tempo, ora referindo-se ao: a) *passado*, quando opera o reconhecimento dos direitos em razão da forma originária de aquisição (retrospectivo); b) o *presente*, quando se refere às terras que atualmente ocupam de modo tradicional (atual) e o; c) *futuro*, ao assegurar que as terras são destinadas à sua posse permanente, vale dizer, desde agora e para as próximas gerações (prospectivo).

A partir da confluência dos diversos elementos presentes na cabeça e

nos primeiros parágrafos do art. 231, é possível sintetizar no plano sintático, o conteúdo do texto constitucional da seguinte forma: *São reconhecidos aos índios os seus direitos originários a uma posse usufrutuária permanente sobre as terras que habitam, desde que utilizadas nas suas atividades produtivas, e que sejam necessárias à sua reprodução física e cultural, de acordo com os seus usos, costumes e tradições.*

4.4.4 Os direitos originários: história e conceito

A expressão relativa aos *direitos originários* já constava do art. 380 do Anteprojeto constitucional da Comissão Afonso Arinos, mas sem lhe conferir autoaplicabilidade, remetendo à lei ordinária a definição desse conceito.⁷¹

A primeira proposta do anteprojeto constitucional (art. 1º), apresentada no dia 22 de abril de 1987 por Idjarruri Karajá⁷² na Subcomissão dos negros e população indígena (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987), também fazia referência ao reconhecimento dos *direitos originários* dos índios sobre as terras que ocupam, possivelmente sob a inspiração da comissão de notáveis.

Em 25 de maio de 1987, na 16ª Reunião da Subcomissão, o relator do Anteprojeto Deputado Alcení Guerra apresentou o seu substitutivo à proposta inicial do índio Karajá, incorporando na redação final do seu texto o reconhecimento dos *direitos originários* à posse. Acrescenta também uma proposta de configuração da organização social dos grupos tribais (REUNIÃO DA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987). Submetido ao *iter* legislativo constitucional, a redação final manteve praticamente intacta a proposta trazida pelo líder indígena Idjarruri Karajá.

Para os antropólogos e uma parcela dos juristas, trata-se de uma referência explícita à *doutrina do indigenato*, que teria se confirmado sob

71 Anteprojeto Afonso Arinos, art. 380 – O Governo Federal, reconhecendo as populações indígenas como parte integrante da comunidade nacional, proporá legislação específica com vistas à proteção destas populações e de seus **direitos originários** (BRASIL, 1986, p. 4, grifo nosso).

72 Na época, Idjarruri Karajá exercia o cargo de Superintendente para Assuntos Indígenas do estado de Goiás.

a autoridade imperativa constitucional, em respostas a reivindicações explícitas durante o processo legislativo constitucional.

De fato, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, apoiada em João Mendes Júnior, em sua primeira manifestação junto à Subcomissão, invoca a congenitude étnica para dar corpo legitimador a esses direitos originários.

A SRA. MANUELA CARNEIRO DA CUNHA: [...] a nova carta constitucional deve tratar aqueles que não têm força majoritária no País. No caso do indígena é também uma minoria fortemente demográfica, mas uma ínfima parcela daqueles 6 milhões que aqui habitavam quando o Brasil foi supostamente descoberto. [...] O direito à terra é o reconhecimento que vem desde a colônia, de que os índios são os primeiros ocupantes do Brasil. [...] As terras pertenciam aos índios. [...] toda a legislação colonial subsequente para o Brasil e para o Maranhão durante toda a colônia reconheceu esses direitos originários dos índios pelo simples fato de eles serem os primeiros ocupantes. [...] João Mendes Júnior, em livro, sustenta que os **títulos indígenas sobre suas terras não necessitam de revalidação, eram títulos congêntos, eram títulos originários.** [...] os índios têm na terra o suporte de sua identidade. A terra é absolutamente necessária à sua reprodução física e cultural também (REUNIÃO DA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 18, grifo nosso).

No mesmo sentido, o jurista, ativista, exilado político e ex-Presidente da Funai, Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

O SR. CARLOS MARÉS: [...] É uma tradição do Direito brasileiro o entendimento de que esse **direito é originário**, de que o direito dos índios venha antes da lei. Mas embora seja uma tradição das Constituições, e mesmo antes das Constituições, das normas, desde o tempo da colônia, essa tradição, quando encontra os tribunais e por ela não estar clara e decididamente posta em texto, os tribunais têm dado entendimento diverso. Porque os tribunais brasileiros, até

pela formação que temos nas escolas jurídicas, têm uma formação positivista no sentido de que só há direito quando a lei o estabelece. [...] É necessário que se estabeleça, já na Constituição, a possibilidade de defesa desses **direitos originários** e eu digo com a experiência pessoal e a experiência de muitas vezes, nós nos vemos impossibilitados de agir, porque não há reconhecimento de direitos [...] (REUNIÃO DA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 18, grifo nosso).

Seguindo a mesma linha doutrinária da antropóloga e do jurista, o índio Gilberto Macuxi reproduz o pensamento:

O SR. GILBERTO MACUXI: – Bom dia, meus parentes, o índio que vive aqui em Mato Grosso, como o Xavante, como o Xingu que aqui se encontra, Srs. Deputados, Parlamentares, gente que trabalha com índio que são missionários, são povo que apóia o povo indígena. Então, quero relatar aqui a problemática do território de Roraima que vem sendo há muito tempo esquecido de muitos anos; os índios vêm lutando para sobreviver na sua própria terra e nós vivemos marginalizados, escravizados, porque **não temos nossa demarcação da terra Macuxi, que é uma área que estamos lutando há muito tempo**, uma área única que tem os Macuxi, Wapyxana, Igarikó, Taurepan, que vivem nessa área única, Raposa-Serra do Sol e nós vivemos brigando, há muito tempo, e a FUNAI não fez nada por nós; ainda somos isolados naquela parte do Território de Roraima e esquecidos pelas autoridades que sempre vêm marginalizando o índio em favor do fazendeiro; também os políticos ficam nos perseguindo em Roraima, dizendo que ali não tem índio, mas **nós somos índios nativos, fixos, originários naquela terra** e somos os donos daquela terra (REUNIÃO DA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987, p. 157, grifo nosso).

Abstraindo-se o evidente conteúdo ideológico em torno da causa

indígena que marca essas manifestações, percebe-se com toda evidência que o discurso político trazia consigo todos os elementos fundantes da doutrina do indigenato, tais como: *direitos congênitos* oriundos da legislação colonial como sinonímia dos *direitos originários*; valorização da ocupação primária de (ocupanato) em oposição à aquisição dependente de legitimação do *colonato*.

Tratava-se de um ponto de honra dos ativistas a aprovação do anteprojeto com todos esses conceitos – absorvidos por vários parlamentares alinhados a esse pensamento – com objetivo de que o indigenato e congenitude fosse a pedra de toque a dar ensanchar ao reconhecimento dos demais direitos reivindicados. O direito à terra constituía o epicentro desse catálogo de concessões a ser deferido no novo ordenamento.

Mas é preciso indagar o que são esses *direitos originários à posse*, tão presentes nos discursos e nas proposições legislativas e no próprio texto constitucional? Qual a sua utilidade e quais são as suas causas e consequências na relação jurídica entre o índio, a terra e os demais indivíduos não-índios? As opiniões divergem e nenhuma delas parecer atender satisfatoriamente.

O constitucionalista José Afonso da Silva, seguindo integralmente a teoria desenvolvida por João Mendes Júnior,⁷³ assegura que os direitos originários referidos na Carta não são mais que a consagração e consolidação do *indigenato* (SILVA, 1993, p. 728).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior adota a tese de que os:

[...] direitos originários têm sua fonte no *habitat* natural do índio, ligação ecologicamente harmoniosa do homem com a terra. [...] nada têm a ver com posse imemorial, anterior ao descobrimento, pois apontam apenas para a circunstância de que não se reconhece nenhum título anterior a eles [...] (FERRAZ JÚNIOR, 2004).

Paulo de Tarso Siqueira Abrão e Marco Antônio Barbosa defendem

73 No mesmo sentido de José Afonso da Silva e João Mendes Júnior, o Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto, na obra “Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas”. In: Os direitos indígenas e a constituição. Coord. Juliana Santili. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 8-43.

que direitos originários são assim denominados porque antecedem a própria formação do Estado. Acrescentam que não é a Constituição que atribui esses direitos, mas apenas os reconhece, uma vez que preexistentes a qualquer outro (ABRÃO, 2010; BARBOSA, 2011).

Ana Maria D'Ávila Lopes e Karine Rodrigues Mattos se posicionam contrariamente à vinculação do termo ao indigenato e à precedência temporal, embora admitam que a maioria dos juristas entende que o vocábulo *originário* invoca o instituto do indigenato (direito congênito). Ressaltam as autoras, no entanto, que tal formulação não pode ser aceita, pois aplica uma interpretação literal do texto, incompatível com técnica lógico-sistemática. Rechaçam a proposição de que o direito dos indígenas à terra seja decorrente do Direito Natural (LOPES; MATTOS, 2006).

De fato, a vinculação dos *direitos originários* à ideia do *indigenato* vem sendo reiterada como um *mantra* pela maioria dos doutrinadores, especialmente no campo do direito constitucional. O mesmo ocorre nas ciências da antropologia, sociologia e história, em que se reproduzem mecanicamente os mesmos argumentos. Em todos esses casos a proposição é formulada em repetição aos fundamentos trazidos por José Afonso da Silva e João Mendes Júnior, mas sem qualquer lente crítica, filtros histórico-dogmáticos e hermenêuticos, e desconsiderando a contextualização do direito lusitano das quais já se investigou (4.1.2) e mesmo do direito pátrio que o sucedeu. Em suma, para esses autores é como se o Alvará Régio (1680) – que supostamente reconheceu aos nativos o domínio e a posse – houvesse se protraído no tempo, transcendendo todo o corpo legislativo vigente na Colônia, recepcionado pelas Cartas Políticas do Império e da República para, finalmente, encontrar na Carta da República de 1988 todo o seu vigor.

Temos como incerta, também, a tese da positivação ou reconhecimento de um Direito Natural. Desde a vigência da legislação luso-colonial até o altiplano dos regimes constitucionais que se seguiram, a legitimidade possessória indígena vem plasmada pelo Direito Positivo e ancorada em uma relação fática, do *habitat*, do *modus vivendi*, da permanência perene, da tradicionalidade da ocupação. Conquanto possa apaziguar determinados anseios de outras ciências, o direito possessório não decorre de uma possível cadeia sucessória (não identificável), ou pela simples ocupação primeira.

Não é isso que está escrito na constituição e não é essa a normatividade que se extrai da leitura da norma inserta no art. 231 e seus parágrafos.

Da mesma forma, afirmar que os direitos originários são assim considerados porque antecedem a formação do próprio Estado, implementa um raciocínio paradoxal ou um argumento circular⁷⁴, segundo o qual a posse é originária porque é natural e é natural porque é originária. Assim, não é possível falar em existência de *direito subjetivo* ou relação jurídica possessória com base no jusnaturalismo. Como advertiu Hans Kelsen, “Logo que a teoria do direito natural intenta determinar o conteúdo das normas imanentes à natureza, deduzidas da natureza, enreda-se nas mais insuperáveis contradições” (KELSEN, 1985, p. 154). Isto porque os conceitos de posse, propriedade, título e legitimação são proposições formais que surgem no âmbito da linguagem jurídica positivada.

Para a doutrina civilista clássica, quando se fala nas formas *originárias* e *derivadas*,⁷⁵ está-se referindo aos modos de aquisição da *propriedade ou posse*. A diferença entre ambas está na existência ou inexistência da relação entre o precedente e o conseqüente sujeito de direito (GOMES, 1978).⁷⁶ No primeiro caso (originário) ocorre quando não há transmissão de um sujeito para outro e o indivíduo adquire domínio sem título anterior, porque jamais esteve sob o domínio de outrem (GONÇALVES, 2012). No que se refere especificamente à posse “[...] adquire-se por modo originário, quando não há consentimento de possuidor precedente e, de modo derivado, quando há esse consentimento” (GOMES, 1978).

O Direito Romano regulava as formas de aquisição da propriedade, listando os vários tipos: ocupação, cessão, especificação, confusão, entre outros. Primitivamente falando, a *ocupação* é a mais importante

74 É um tipo de argumentação falaciosa (enganosa) que consiste em definir um termo (ou um conceito) usando o próprio termo (ou o conceito) que está sendo definido (SANTOS, apud GOMES, 2015).

75 De acordo com Eduardo Volterra (apud ALVES, 1995), esta não é uma classificação romana.

76 Fabio Caldas Araujo contesta essa taxionomia de modo originário ou derivado, em relação à aquisição da posse. Sustenta que por ser fato, seria correto utilizar o termo início da posse já que não se adquire um fato. (ARAUJO, Fabio Caldas. Posse. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

delas e pode ser definida como a apreensão de uma coisa sem dono anterior (*res nullius*), ou abandonada (*res derelictae*), com a intenção de fazê-la própria (ALVES, 1995).

Dentre as coisas sem dono, os romanistas citam, ainda, as hostes (*res hostium*), que eram os bens arrecadados daqueles que estavam em guerra com Roma ou, mesmo em tempo de paz, os que não tinham tratado de amizade com os romanos, passando a pertencer a quem os ocupasse em primeiro lugar. Cretella Júnior cita o saque militar (*occupacio bellica*), como meio de aquisição de propriedade pelos soldados romanos em campanha bélica não-oficial, fora das fronteiras romanas. Caso esses bens fossem apreendidos em guerras regulares, o espólio se incorporava ao patrimônio do Estado e depois era repartido com os soldados (CRETELLA JUNIOR, 1993).

Veja-se, portanto, que os romanos já conheciam e distinguiam a aquisição de domínio pela ocupação das coisas abandonadas, sem dono ou, ainda, pelo uso da força militar. Todas elas se tornavam formas legítimas de aquisição.

Não há dúvida de que as populações nativas pré-cabralinas foram as primeiras a habitar a *terrae brasilis* e não há nada de enganoso em reconhecer a existência de posse com base nessa precedência, ou primariedade da ocupação da *res nullius*. Do mesmo modo, é preciso reconhecer que o domínio pela ocupação primária foi substituído por um outro, decorrente do direito de conquista, seja por meios sorrateiros ou pelas ações de força (*res hostium*).

De feito, não se nega que, com as conquistas ultramarinas, houve um ato de posse e apreensão do território do Novo Mundo, pelas Coroas Portuguesa e Espanhola, que dividiram entre si o planeta em duas metades.

Disso resulta que, após a apreensão feita sob a égide do direito de conquista, os territórios das duas Américas se incorporaram de forma definitiva ao patrimônio do respectivo agente dominador, provocando uma descontinuidade do título de *ocupação* indígena, até então legitimada pela *res nullius*. A história testemunhou que o domínio português imperou de forma irreversível. Como verberou Luiz de Lima Stefanini, “[...] teses antropológicas especulativas não desfiguram o apanágio jurídico transitado no Tribunal do tempo, senhor dos fatos subjacentes, contra o qual inexistente reversão” (STEFANINI, 2011, p. 40).

Rompido, portanto, esse elo primitivista com a terra e, tendo o domínio e posse se incorporado definitivamente ao patrimônio público imobiliário da Coroa lusa, eventual reversão dos territórios às populações aborígenes só voltariam a ocorrer mediante o filtro prévio do próprio sistema jurídico-político do Estado dominante.

Somente um ato Estatal poderia veicular uma nova posse ou domínio, seja por doação, concessão de sesmaria, não havendo falar, a partir desse ponto, em direitos congênitos já não existentes. Por esse motivo não se pode confundir títulos congênitos com direitos originários, como fontes legitimadoras do título possessório.

Com o advento da Lei de Terras, iniciou-se a legitimação das posses, a convalidação dos domínios, seja por venda, doações ou concessões, de acordo com os interesses do Império. De qualquer sorte, toda a regularização fundiária foi controlada e regulada pelo Estado, que, evoluiu, posteriormente, para um sistema registral, conhecido nos nossos dias. As comunidades indígenas também foram beneficiárias dessas doações e concessões de sesmarias, tanto para formação de aldeamentos como de reservas para colônias (Lei de Terras), mas sempre com localização e administração controladas pelo poder luso Imperial ou Colonial.

De uma forma ou de outra, a posse e o domínio dessas novas glebas, que não guardavam coincidência territorial com as suas aldeias originais, tinham agora como fundamento um ato Estatal devidamente documentado, em espaços geográficos previamente delimitados pelos agrimensores do Reino, e eram administradas pelos Padres Jesuítas. Mesmo o Alvará Régio de 1680, considerado um dos raros instrumentos legais (PERRONE-MOISÉS, 2000) que beneficiam os interesses indígenas, reconheceu-lhes uma posse precária, em espaços monitorados pelos Jesuítas. Não houve, portanto, qualquer intenção de devolver posse ou domínio de suas terras originais, mas apenas permitir atividades agrícolas e pastoris em aldeamentos missionários.

Em suma, não se tem notícia de nenhum ato da Coroa, do Império ou da primeira República destinado a restituir a propriedade das terras aos índios.⁷⁷ Somente após a Carta de 1988 se cogitou o reconhecimento des-

77 “O ato de deferimento pelos portugueses, quando do início da colonização, de loca-

ses *direitos originários*, não para ressuscitar o domínio pleno antes existente, mas apenas para legitimar a posse usufrutuária.

No julgamento da Pet. 3388/RR (TI RSS) (BRASIL, 2009b), o Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo reconhecendo a necessidade de se atentar para as questões históricas, biológicas e antropológicas, optou por uma interpretação jurídico-sistêmica.⁷⁸ Traçou outra perspectiva de que o reconhecimento dos *direitos originários* sobre as terras teriam a função de justificar a sobreposição de um direito mais antigo (originário) sobre qualquer outro (atual). Concluiu que, justamente por serem mais antigos e preexistentes aos demais, poderiam se impor sobre eventuais direitos adquiridos, escrituras públicas, posses legitimadas, todos eles considerados nulos e extintos quando em confronto com a posse indígena (§6º, do art. 231) (BRASIL, 1988).

Na decisão final, após o voto-vista do Min. Menezes Direito, não se cogitou de qualquer correlação dos direitos originários com a doutrina do indigenato, que foi completamente afastada. Da mesma forma, Luiz Stefanini, ao transcrever a opinião do civilista Moreira Alves, reafirmou que “a partir do momento em que as terras passaram ao domínio da União, a doutrina do indigenato, que atribuía aos índios não só a posse, mas também o domínio, perdeu a razão de ser” (STEFANINI, 2011).

A corte se apercebeu que, ao prevalecer a doutrina do indigenato com todas as suas premissas, bastaria a simples existência de circunstâncias subjetivas, como o *nascimento* e a noção de *pertencimento coletivo* para fazer emergir direitos possessórios, sem qualquer limite temporal de ocupação pretérita. Ou seja, a simples relação congênita e a identidade étnica poderiam valer como título de posse, a serem utilizadas a qualquer tempo ou em qualquer local.

lização *espacial* às comunidades indígenas (aldeias ou reservas) pois não ocorreu por fundamento em congenitude, criação doutrinária muito posterior, conforme se vê em alguns autores, se a tanto é de se aceitar. A terra das aldeias haveria de ser resguardada a eles, como ainda se justifica, tanto pela tradição do direito português como pelo direito nacional antigo, como *áreas singulares indisponíveis a terceiros [...]* (STEFANINI, 2011, p. 22, grifo nosso).

78 Exceção da Min. Carmen Lucia Antunes no julgamento da Pet. n. 3388/RR, que, embora, tenha sustentado a doutrina de João Mendes Júnior e José Afonso da Silva, votou com base no fato indígena, acompanhando o voto-vista do Min. Menezes Direito.

A Suprema Corte fez uma importante distinção quanto à formação dos direitos originários, exigindo uma necessária conexão passado/presente. Desse modo, os direitos originários a serem reconhecidos são aqueles relacionados a uma etnia pré-cabralina, mas que estejam associados a uma situação fático-temporal bem definida, consistente na *ocupação tradicional* atual – ou como se verá mais adiante, ocupação permanente na data da promulgação da constituição.

Em conclusão, padecem de sustentação, tanto a argumentação relacionada à congenitude como aquela outra, que supõe dimanar do direito natural. Do que se viu dos antecedentes legislativos constitucionais, a expressão [direitos originários] foi incluída no texto em razão das influências advindas da teoria do indigenato, exortadas por políticos e juristas ligados à causa, igreja, antropólogos, sociólogos, historiadores, visando amplificar uma garantia do índio e sua relação com a terra que não havia sido explicitada nos sistemas anteriores.

Imaginava-se que uma simples locução poderia, assim, viabilizar a redenção de cinco séculos de espoliação dos grupos vulneráveis pelo homem branco europeu, oportunizando uma reparação histórica, imediata e proporcional à lesão.

No aspecto dogmático, no entanto, a utilidade desse reconhecimento não se opera na mesma dimensão esperada e desejada no plano político-legislativo. Diante disso, a fim de dar utilidade lógico sistemática ao texto constitucional, o reconhecimento dos chamados *direitos originários* à posse (usufrutuária) se justificam tão somente para fundamentar e legitimar a sua aptidão para se sobrepor a qualquer outro título de domínio ou situação de posse, nulificando-os ou extinguindo-os, conforme o caso, na forma estabelecida no §6º, do art. 231, da Constituição Federal (CF).⁷⁹

Atente-se, no entanto, que tais direitos só irrompem e produzem efeitos quando verificada a presença de *todos* os demais requisitos, dentre eles a ocupação tradicional.

79 Art. 231, §6º CF/88 “§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo [...]” (BRASIL, 1988).

4.4.5 Ocupação tradicional: requisitos constitucionais

O conceito de *terras tradicionalmente ocupadas* (art. 231, da CF/88) tem sua significação explicitada no próprio dispositivo, como sendo *aquelas habitadas em caráter permanente* (§1º). Não obstante uma clareza vernacular as expressões *tradicionalidade*, *direitos originários* e *posse permanente* (§2º) despertam algumas controvérsias que precisam ser esclarecidas, evitando-se equívocos semânticos interpretativos, que distorcem sua aplicabilidade no caso concreto.

As palavras tradicional e tradição derivam do latim (*traditio* ou *traditione*), e exprimem o ato de transmitir doutrinas, costumes, conservados em um povo, passados de geração em geração, ou ainda o conjunto de usos, ideias e valores morais transmitidos de geração em geração (TRADIÇÃO, 2015). No sentido etnográfico, é um conjunto de costumes, crenças, práticas, doutrinas, leis, que são transmitidos de geração em geração, e que permitem a continuidade de uma cultura ou de um sistema social (O QUE É..., 2015). No léxico gramatical, *tradicional* é advérbio de modo e de tempo.

A tradicionalidade se propõe a revelar de que forma a transmissão da tradição vai ocorrer no tempo e no espaço, segundo os critérios informativos inseridos no próprio art. 231, §1º da CRFB. Mas neles há, também, um aspecto temporal implícito, como se observa do texto.

Art. 231. São **reconhecidos** aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre **as terras que tradicionalmente ocupam** [...]

§ 1º São **terras tradicionalmente ocupadas** [...] as por eles **habitadas** em caráter permanente, as **utilizadas para suas atividades produtivas** [...]

Vê-se claramente que os direitos sobre as terras (*posse indígena*), está vinculado a presença de alguns elementos fáticos quais sejam: a) ocupação efetiva; b) habitação em caráter permanente; b) utilização

para suas atividades produtivas. Todos esses requisitos devem estar presentes simultaneamente.⁸⁰

Luiz Armando Badin anota que o texto constitucional se vale de alguns fatores de índoles diversas para definição dessa tradicionalidade, quais sejam: a) *fator temporal*: a exigir a habitação em caráter permanente; b) *fator econômico*: a prever a necessidade de atividade produtiva; c) *fator ambiental*, a impor preservação de recursos de maneira sustentável e, por último; d) *fator cultural ou geográfico*,⁸¹ que trata do espaço necessário à reprodução física e cultural da comunidade (BADIN, 2006).

Uma observação inicial deve ser feita. Já se tornou lugar-comum entre constitucionalistas— todos eles na mesma linha de princípio de José Afonso da Silva,⁸² que *terras tradicionalmente ocupadas* não encerram qualquer conotação temporal, referindo-se unicamente ao *modo de ocupação*, remetendo aos seus usos, costumes, crenças.

No entanto, essa interpretação pode conduzir a situações diametralmente opostas ao sentido da norma, principalmente no que se refere ao *marco objetivo* da ocupação tradicional, a ser examinado mais adiante.

Nas comissões da Assembleia Nacional Constituinte, evitou-se a todo momento utilizar a expressão *posse imemorial*⁸³, por sua imprecisão concei-

80 Em sentido contrário, Robério dos Anjos Filho, entendendo que basta o preenchimento de um deles para caracterizar como terra tradicional (ANJOS FILHO, 2009).

81 Substituímos a expressão *demográfico* do original, para *geográfico* por entender mais apropriada à hipótese.

82 José Afonso da Silva define a expressão *terras tradicionalmente ocupadas*, não como uma relação temporal ou imemorial, não se tratando de posse imemorial, mas sim a efetiva ocupação de modo tradicional da utilização dessas terras, segundo os seus usos e costumes (SILVA, 2009).

83 O SR. CONSTITUINTE JOSÉ CARLOS SABÓIA: – “Sr. Presidente, Srs. Constituintes: O art. 19, no seu inciso IX, inclui entre os bens da União as terras de posse imemorial, onde se acham permanentemente localizados os índios. A defesa que fazemos, de outra afirmação constitucional que não esta, seria a seguinte: em vez de ‘as terras de posse imemorial’, as terras ocupadas pelos índios, tal qual como existe na tradição constitucional brasileira, toda a terra ocupada historicamente pelos índios, sem que haja necessidade de uma definição de posse imemorial, como acontece no art. 262. Fica muito mais claro e deixa resguardado de uma forma mais segura, em termos constitucionais, em termos jurídicos sem nenhuma necessidade de definição complementar, como acontece no art. 262, em que há necessidade de se definir o que é posse imemorial” (SABÓIA, 1988).

tual, sendo logo substituída⁸⁴ por “ocupação tradicional”. José Afonso da Silva insiste nesse ponto, ao preconizar que não há confundir a tradicionalidade da ocupação com usucapião ou *prescrição imemorial* (terras ocupadas desde épocas remotas e que se perderam na memória), porque se apercebeu que isso seria incompatível com o reconhecimento dos direitos originários (SILVA, 2009).

O ilustre constitucionalista defende esse ponto por duas razões: a) a comprovação da *posse imemorial* seria *probatio diabolica*, porquanto somente demonstrável por duas gerações de testemunhas, abrangendo um período de, no mínimo 40 anos, conforme a lição de Teixeira de Freitas, com sustentação no Direito Canônico;⁸⁵e; b) em razão da política dos descimentos, que obrigou a migração das tribos para as aldeias próximas as colônias portuguesas, seria muito difícil identificar as terras originariamente ocupadas por cada uma das etnias. Por esses motivos não se poderia cogitar de investigar o início da árvore genealógica de determinada comunidade para verificar a posse das terras desde a época do descobrimento (FREITAS JÚNIOR, 2010).

Se fosse indispensável a demonstração dessas duas situações fáticas, a identificação de terras indígenas ficaria drasticamente reduzida. Por esse motivo era de todo indesejável tal exigência, sob a perspectiva

84 O SR. CONSTITUINTE SEVERO GOMES: – “Sr. Presidente, Srs. Constituintes, trata-se de destaque que propõe a supressão da expressão ‘de posse imemorial’, como característica fundamental na qualificação de terras ocupadas pelos indígenas. **A razão da proposta é o fato de que são poucas as populações indígenas que hoje ocupam terras que poderiam ser qualificadas de ‘posse imemorial’.** São populações que vêm sendo remanejadas ao longo de nossa História, desde os aldeamentos de Marquês de Pombal, até os mais recentes, quando a própria Funai transferiu populações indígenas de uma região para outra com intuito até de preservá-las. Quer dizer, a manutenção da expressão ‘de posse imemorial’ reduziria substancialmente as terras ocupadas hoje pelos indígenas” (GOMES, 1988).

85 “Posse immemorial (Mott. Apont. Jur.) é aquella, de que ninguém sabe o princípio, nem por têr visto, nem por têr ouvido a quem visse, ou ouvisse. Como, porém, se-prova a posse immemoriali por outra, a que excede á memória? Por testemunhas de duas gerações, depondo sobre o tempo de 40 annos (opiniao mais adoptada), com fundamento no Direito Canonico. Não ha tempo immemorial sem o concurso de duas gerações, a geração actual tendo sempre conhecido, o actual estado de cousas, e a geração precedente nao se-lembrando de um differente estado de cousas” (grafia original) (FREITAS, 1867).

da política em favor das minorias vulneráveis.

Como preleciona Luiz Armando Badin, “o conceito de ocupação tradicional é mais sutil. Não está ligado necessariamente nem à posse física e atual da terra, nem remonta a tempos imemoriais” (BADIN, 2006). Se, de um lado o requisito da *posse imemorial* dificulta a identificação de uma área, o critério da *tradicionalidade da ocupação* poderia torná-lo mais elástico, maleável, afastando a necessidade de uma perfeita coincidência de espaço e tempo.

Sem a necessidade dessa identificação histórico-espacial, uma comunidade que ocupou determinada área no Estado do Maranhão em tempos remotos, mas que atualmente esteja habitando uma gleba na Bahia, poderia ser considerado como comunidade tradicional, para os fins de demarcação.

Em outras palavras, ao substituir *posse imemorial* por *ocupação tradicional*, antropólogos, sociólogos e alguns juristas supuseram que ficariam dispensados, tanto do critério espacial, como o *marco temporal* dessa ocupação, oportunizando que tribos ou comunidades ressurgissem a qualquer tempo e em qualquer lugar, desde que comprovassem sua ascendência pré-colombiana.

4.4.5.1 A ocupação tradicional e sua afetação ao patrimônio público

O art. 231, da CF/88 não traz elementos suficientes ao entendimento completo da formulação jurídica relativa à ocupação tradicional, devendo ser interpretado conjuntamente com o art. 20, XI. Ambos os dispositivos aparecem imbricados por uma conexão lógica reciprocamente considerada.

Diz o art. 20, inciso XI, da CF/88:

“São bens da União:

[...]

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”

A previsão de incorporar as terras indígenas ao patrimônio da União surgiu pela primeira de vez, de forma expressa, com a Constituição

de 1967 (art. 4º, inc. IV) (BRASIL, 1967). A Emenda Constitucional n. 1 descurou nesse ponto e previu-se tão somente a sua *inalienabilidade* nos termos da Lei, sem mencionar a sua titularidade. Como já se adiantou, a atual Constituição (1988), embora contenha dispositivo expresso de que a titularidade das terras indígenas pertença à União, sua caracterização fica condicionada ao preenchimento das condições previstas no art. 231.

De todo modo que, não basta estarem presentes todos os requisitos constitucionais, como a tradicionalidade, habitação permanente, necessidades de preservação dos usos, costumes e crenças, ainda que declaradas no estudo que antecede ao ato demarcatório na esfera administrativa.

Somente se tornam bens da União as terras indígenas assim declaradas pela autoridade competente, submetidas a prévio procedimento administrativo demarcatório previsto no Estatuto do Índio (art. 19, §1º) e no Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, homologadas ao final pelo Presidente da República (art. 5º). Quer esse ato tenha natureza declaratória, como defende a maioria, ou natureza constitutiva, as terras só passam a ser consideradas públicas, de domínio exclusivo da União Federal e afetadas à *posse permanente* (MENDES, 2011) depois de ultimado ato administrativo.

Definidos os contornos acerca do *direitos originários* e da *ocupação tradicional*, resta extrair da norma um último elemento, talvez o núcleo mais importante a ser revelado em razão da geração de conflitos, que é o *marco temporal da ocupação tradicional* e que vai identificar, como consequência, a teoria final adotada no julgamento do paradigmático caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS).

4.4.6 O marco temporal da ocupação tradicional

Os conceitos de *ocupação tradicional* e *direitos originários* se alinham como substratos que, juntos, definem e legitimam a posse indígena. Inegável, contudo, a influência da vetusta *doutrina do indigenato*, que, com o apoio da antropologia evolucionista e juristas de escol, buscam uma interpretação mais ampla, de modo a apanhar as mais diversas situações onde haja envolvimento de grupos vulneráveis.

Dentre as diversas dificuldades encontradas na hermenêutica

constitucional, uma das mais importantes está relacionada com o *marco temporal* para caracterização da *ocupação tradicional*. Não se trata de investigar há quanto tempo existe uma ocupação em uma determinada gleba, mas saber qual data deve ser considerada para o início dessa ocupação, se em momento anterior ao da promulgação da constituição, ou em qualquer tempo, desde que com a presença de todos os requisitos constitucionais. Surge a indagação: pode ser considerada tradicional a ocupação posterior a 5 de outubro de 1988?

A doutrina é uníssona ao confirmar que a tradicionalidade da habitação não se vincula a uma posse imemorial, ou uma ocupação remota do passado, mas que se materializa no modo de manifestação da cultura (crença, costumes e tradições) de uma etnia em determinado espaço geográfico.

Entrementes, uma análise percuciente do assunto desvela que o aspecto temporal não pode quedar-se totalmente desnudo de uma definição jurídica, sob pena de se converter em terra indígena todo e qualquer espaço territorial ocupado por determinada comunidade em qualquer tempo. Conforme acentuado por Menezes Direito, “[...] essa discussão envolveria a própria definição desse conceito [tradicionalidade], que não poderia ser alargado ao ponto de se entender que por onde quer que os índios pisem haverá direito à respectiva posse” (DIREITO, 2010, p. 364 e 365, grifo nosso).

A definição de um parâmetro se mostra de suma relevância em favor da *segurança jurídica*, sobretudo na *prevenção* e *solução* de conflitos interétnicos, tanto na esfera administrativa como judicial. Nesse contexto ocorrendo a disputa da posse, seja civil, natural ou decorrente da ocupação tradicional, a *historicidade temporal* é decisiva para uma tomada de decisão que se pretende justa.

É preciso deixar destacado o motivo pelo qual a fixação de um marco temporal se faz necessária e para isso devemos voltar aos motivos determinantes do conflito.

O recrudescimento do interesse em matéria ambiental, ocorrido na década de 90, aliado a uma preocupação de organismos não-governamentais⁸⁶, nacionais e internacionais, voltados a uma melhoria na recuperação

86 Exemplos disso são os citados por Isaias Montanari (2011): Instituto Socioambiental

e proteção dos recursos naturais e da biodiversidade brasileira, oportunizaram uma ambiência favorável ao *ressurgimento* de etnias já extintas. Esse fenômeno é denominado pela antropologia de *etnogênese*, reetnização ou índios ressurgidos.

Seguiu-se a ideia de que, ampliando o número de demarcações de terras indígenas, geralmente de elevadas dimensões, isso poderia representar, em tese, uma maior proteção ambiental a essas áreas demarcadas⁸⁷, criando extensas áreas imunes à ação dos recursos ambientais pelo não-índio.⁸⁸ Diante disso, com apoio de organismos internacionais, o movimento de comunidades de índios ressurgidos passou a reivindicar áreas possivelmente *ocupadas em tempos remotos*, elevando uma tensão no campo sem precedentes.

O falseamento de etnias foi uma preocupação explicitamente veiculada no julgamento da Pet. 3.388/RR (Terra indígena Raposa/Serra do Sol) pelo Ministro Ayres Britto:

[...] é preciso evitar a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação (BRITTO, 2010, p. 296).

Diante dessa constatação e com olhos na pacificação de conflitos, impunha-se uma definição pontual acerca do *marco temporal* para fins de caracterização da *ocupação tradicional*, seguindo as regras interpretativas parametrizadas na Constituição.

Tomando a norma constitucional como fonte normativa, é possível

(ISA). Somam-se a este universo de agentes não-indígenas as organizações religiosas católicas, como o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), o Conselho Indigenista de Roraima (CIR), e protestantes, como a Sociedade dos Índios Unidos do Norte de Roraima (SODIUR).

87 Conforme afirma Montanari Júnior, “Ainda, o mesmo movimento internacional que desfraldou a bandeira do ambientalismo e logrou construir um regime ambiental internacional, também foi responsável por ajudar a construir a política indigenista brasileira, mormente a política de terras” (MONTANARI JÚNIOR, 2011, p. 125).

88 Programa Integrado de Proteção das Terras Indígenas na Amazônia Legal (PPTAL).

observar que nas Constituições de 1934 (art. 129), 1937 (art. 154), e 1946 (art. 216) se previa a proteção da “[...] posse indígena onde nelas se achem localizados permanentemente”, ou seja, no espaço geográfico onde já se encontravam habitando ou ocupando de forma definitiva, pelo menos na data da promulgação daquelas Cartas.

Posteriormente a Constituição de 1967, alterada com a Emenda Constitucional n. 1/1969,⁸⁹ embora sem grande técnica legislativa, como advertiu Pontes de Miranda, o art. 198 se referiu às *terras habitadas*, ou seja, exigia uma continuidade na permanência que tivesse se iniciado (anterioridade) ainda projetada no presente (atualidade da ocupação). Diz ainda o mestre alagoano, que a posse silvícola só haverá de ser respeitada se houver o pressuposto de *permanência*, ou localização permanente, que não pode ser transitória (MIRANDA, 1970).

Reformulando sintaticamente a oração do art. 198, da CF/67, tem-se o seguinte: cabe [pertence] aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas, ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Sobre o *marco temporal* não se trata de impor um limite de tempo mínimo de posse (MIRANDA, 1970), que pode ser mínimo, concentrando-se a exigência tão somente na circunstância de que o início da ocupação deva ser anterior à promulgação da constituição.

Tercio Sampaio Ferraz, ainda que alinhado à doutrina do indigenato, adota uma concepção positivista no sentido da norma e, ao interpretar as expressões *terras habitadas* (art. 231), reforça que o vigor constitucional exprime um *tempo presente* e nada tem a ver com a *posse* anterior ao descobrimento [do Brasil]. Acrescenta que “[...]o *habitat* deve ser a localidade em que a comunidade [indígena] está, vive e cresce de modo não ocasional, no momento em que se promulga a Constituição” e que o “caráter permanente” significa estar ali, em 5 de outubro de 1988, por razões próprias de sua cultura e não por razões externas (FERRAZ, JÚNIOR, 2004, p. 694).

89 “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (grafia original) (BRASIL, 1969a).

Pinto Ferreira, conquanto sem maiores aprofundamentos, faz a afirmação precisa de que “a Constituição só protege os índios pela ocupação permanente e atual, mas não as terras que deixaram de ser habitadas por eles” (FERREIRA, 1998, p. 551 e 552).

O constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos, detendo-se no assunto com especial minudência, observa que a ideia de permanência, consagrada na Constituição Federal de 1988 (CF/88), denota um caráter de preexistência da posse, necessário à configuração do direito originário (BULOS, 2015).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao estudar o tema, concluiu que “a correta extensão da proteção iniciada pela Constituição de 1988 exige, pois, que a presença dos índios seja verificada na data de sua promulgação (FERREIRA FILHO, 1995, p. 117 e 118).

No mesmo sentido há, ainda, um pronunciamento famoso do Min. Nelson Jobim (RE 219.983), acerca dos fundamentos da posse indígena, que vale ser citado pela sua objetividade e clareza acerca do tema:

Há um dado fático necessário: estarem os índios na posse da área. É um dado efetivo em que se leva em conta o conceito objetivo de haver a posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra ‘tradicionalmente’ não é posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena. Quer dizer, o conceito de posse é o conceito tradicional indígena, mas há um requisito fático e histórico da atualidade dessa posse, possuída de forma tradicional. (RE 219.983, julg. em 9.12.1998).

Por fim o ambientalista Paulo Bessa Antunes, conquanto também compartilhe da teoria do indigenato, conclui que “A Constituição não criou novas áreas indígenas, limitando-se a reconhecer as já existentes, com o objetivo de regularizar situações fáticas preexistentes, fixando ela mesma, critérios jurídicos para as demarcações” (ANTUNES, 2010, p. 905).

Observando as diversas interpretações existentes, mesmo aquelas vinculadas ao indigenato, todos convergem no sentido de que o *marco temporal* da ocupação deve ser aquele já existente anteriormente ao novo regime constitucional. A resposta, portanto, à indagação inicial, sobre a possibilidade de a ocupação para fins da tradicionalidade ser posterior a

5 de novembro de 1988, deve ser desenganadamente negativa.

4.4.6.1 Os antigos aldeamentos e a Súmula n. 650 do STF

A Súmula 650/STF⁹⁰ foi editada em 24 de setembro de 2003 e firmou o entendimento de que as áreas de aldeamentos extintos, *ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*, não estão incluídas no rol dos bens da União, visto que não se enquadram no conceito de *terras tradicionais* a que se refere o art. 20, XI da Constituição. O precedente teve origem na decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 219.983(SP), de 9 de dezembro de 1998 (BRASIL, 1999), e, embora sob um outro contexto decisório, suscitou debate acerca do *marco temporal* da ocupação indígena.

Tratava-se de Ação de usucapião em que surgiu uma questão incidental (prejudicial) sobre dominialidade das terras de antigos aldeamentos indígenas a que se vinculava uma *preliminar* relativa a competência da justiça federal. Para saber se as terras pertenciam à União, a Corte precisava decidir se havia ocupação tradicional, caracterizador do domínio do ente federado definindo, assim, a competência. Desse modo, caso os aldeamentos indígenas fossem considerados de ocupação tradicional, as terras pertenceriam à União e a competência se deslocava para a Justiça Federal.

No julgamento, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, a Suprema Corte decidiu por unanimidade, que os aldeamentos extintos *não caracterizavam ocupação tradicional* e, portanto, não se amoldavam ao figurino constitucional de bens da União (CF, art. 20, I), afastando a competência da justiça federal.

A ratio decidendi tinha um conteúdo fático-jurídico importante: consignava que, para se enquadrar no conceito de *ocupação tradicional*, a posse precisava ser *atual*. A alegação de que a área foi ocupada por indígenas no passado remoto, independentemente do tempo ou o modo dessa ocupação, não bastava para configurar a forma tradicional de ocupação, excluindo, por consequência, esses bens do patrimônio da União.

90 “Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos [...]” (BRASIL, 2003).

Ainda que a Súmula n. 650 tenha sido objeto de alguma controvérsia, por restringir o conceito de terras indígenas, acabou servindo de substrato teórico para a decisão do colegiado no plenário do STF, no julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa do Sol (Pet. 3.388/RR), tornando-se crucial na fixação de um *marco temporal* da ocupação tradicional.

4.4.6.2 O precedente da Raposa-Serra do Sol (Pet. n. 3.388/RR)

Como já se destacou, após as balizadas opiniões dos juristas de escol acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal não discrepou desse entendimento, fixando o *marco temporal* da data da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, para fins de verificação da posse tradicional.

O Min. Marco Aurélio Mello, com sua percuciência incomum, observou que:

A atual Carta [1988] não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo transcorrido desde que as deixaram. O reconhecimento de direitos contido no artigo 231 está ligado, no particular, às ‘terras que tradicionalmente ocupam’ (presente), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão (MELLO, 20, p. 686).

O Min. Ayres Britto delimitou incisivamente o marco temporal, adotando a data da promulgação da Constituição:

O marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, ‘dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam’. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar

o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar *uma pá de cal* nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro**, com o que se evita, a um só tempo: a) a fraude da subitânea proliferação de aldeias, inclusive mediante o recrutamento de índios de outras regiões do Brasil, quando não de outros países vizinhos, sob o único propósito de artificializar a expansão dos lindes da demarcação (BRITTO, 2009, p. 235, grifos do autor).

Mas a pacificação da controvérsia deve ser atribuída ao eminente Min. Menezes Direito, cujos argumentos, pela sua clareza e sua técnica, merecem ser reproduzidos neste trabalho:

Assim, não há dúvida de que a referência feita pelo caput do art. 231 a *'terras que [os índios] tradicionalmente ocupam'*, é a definição primária de terras indígenas. Sendo seus principais elementos constituídos pelo advérbio *tradicionalmente* e pelo verbo *ocupam*, e o significado destes que deve orientar a identificação espacial das terras indígenas. Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa data e não ocupam mais. **São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988** (DIREITO, 2010, p. 378, grifo nosso).

4.4.7 Teoria do fato indígena

O voto-vista do Min. Menezes Direito, produzido no mais absoluto rigor técnico, deu novos rumos à decisão proferida no julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, a qual tornou-se paradigmática em várias vertentes, solucionando não só as questões específicas, mas muitas outras que até então se mantinham obscuras.

Como acentuou o Min. Gilmar Mendes, “[...] cumpre ressaltar que a decisão da Pet. 3.388/RR marca uma ruptura importante com a ortodoxia do Tribunal em matéria de técnicas de decisão [...]”, justamente pelo motivo da fixação das condicionantes “[...] a serem adotadas em demarcações de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (MENDES, 2011, p. 159).

De acordo com esse posicionamento, a tradicionalidade de uma ocupação deve, não só ser pretérita à promulgação da Constituição, como os elementos fáticos do art. 231 (BRASIL, 1988) devem estar todos simultaneamente demonstrados, quais sejam: *fator temporal*; *fator econômico*; *fator ambiental*; *fator cultural ou geográfico*, de que se falou no tópico 4.4.5.

Por esse motivo o Min. Menezes Direito abandona por completo a *doutrina do indigenato* e os conceitos de posse congênita, substituindo-a pela *Teoria do fato indígena*,^{91,92} a qual ele mesmo conceitua como “[...] a ciência que propicia os meios de identificação de uma presença indígena constante e persistente, e que vai ser objeto do procedimento de demarcação” (DIREITO, 2010, p. 383). Reproduzo as palavras ditas no voto-vista:

Proponho, por isso, que se adote como critério constitucional, não a teoria do indigenato, mas, sim, a do **fato indígena**.

A aferição do **fato indígena** em 5 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena (DIREITO, 2010, p. 381, grifos do autor).

A proposta de Menezes Direito, na forma em que foi concebida e aceita pelos seus pares, não se ancorou nos parâmetros relativos à congênitude

91 O Min. RICARDO LEWANDOWSKI, no seu voto, posicionou-se em favor da Teoria desenvolvida pelo Min. Menezes Direito e, ao concordar com a demarcação contínua da TI RSS ressaltou: “[...] agora, com base na teoria do fato indígena, desenvolvida pelo eminente Ministro Menezes Direito, teoria a qual adiro completamente, e que substituí, com vantagem, o instituto do indigenato” (BRASIL, 2009a, p. 509).

92 Da mesma forma, o Min. Cesar Peluso: “Aceito, porque me parece absolutamente correta a única explicação jurídica para o critério de delimitação das áreas indígenas, que é o que o eminente Ministro Menezes Direito chamou de fato indígena. Na verdade, o fato da posse jurídica na data de início de vigência da Constituição, em 5 de outubro de 1988, corresponde praticamente ao conceito jurídico-civil de posse, enquanto possibilidade fática de aproveitamento econômico da coisa (BRASIL, 2009a, p. 535).

ou no reconhecimento de direitos originários, que supostamente poderiam amplificar os direitos à terra, ou mesmo legitimá-los, em razão da simples cadeia sucessória genômica.

De certo que a doutrina do indigenato, tão divulgada, reproduzida, repetida e defendida, foi afastada desse julgamento, posto que se mostrou completamente desnecessária a definição da posse indígena nos termos da Constituição. Em outra passagem do voto-vista, restou patente que:

O tema das terras indígenas sempre despertou a discussão quanto à prevalência dos direitos dos índios em face de situações anteriormente constituídas. Nessa discussão, **já se lançou mão de inúmeros argumentos e algumas teorias, em especial a do indigenato**, trazendo-se a lume os sistemas vigentes sob as nossas Constituições de outrora. **Toda essa discussão está**, se não superada, pelo menos **destituída da relevância** antes merecida, pelo regime da Constituição de 1988 (DIREITO, 2010, p. 383, grifo nosso).

O Min. Eros Grau também dispensa, em seu voto, a doutrina do indigenato, da qual ele é partidário por acreditar que isso foi superado pelo critério da *tradicionalidade*. Diz ele:

Daí porque não é mais necessário recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o indigenato. A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupavam na data da sua promulgação (GRAU, 2010, p. 514).

Conquanto persista uma confusão igualando *indigenato* com *direitos originários*, a verdade é que as disposições fáticas em torno da tradicionalidade (=habitação permanente) serviram de fundamento na solução do conflito.

Por outro lado, se a teoria do **fato indígena** dispensa considerações sobre a idade da ocupação, exige, repito, a demonstração da presença constante e persistente dos índios na área em questão, o que é tarefa dos documentos produzidos no processo de regularização (DIREITO, 2010, p. 385).

No entanto, restou evidente que o *fator temporal* da permanência da habitação não é o critério a ser considerado isoladamente para configuração da posse indígena, mas lhe servem de base a partir da qual as demais expressões se manifestam.

Os métodos e instrumentos da comprovação do *fato indígena* para fins de demarcação, devem ser veiculados pela ciência antropológica, mas sem outorgar uma carta branca a esses profissionais, o que poderia dar azo a conjecturas, opiniões, generalizações, ou pré-concepções pessoais. É de todo conveniente que os estudos sejam realizados por uma equipe multidisciplinar (DIREITO, 2010, p. 385).

A concepção adotada pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, é de que a *ocupação tradicional é um fato* e, como tal, deve ser comprovado. A lógica da decisão, ou seus motivos determinantes (*ratio decidendi*), foi toda engendrada de forma a fixar uma interpretação que pudesse retirar o caráter de abstração dos conceitos indeterminados da norma constitucional, acomodando os elementos do art. 231/CF88 (BRASIL, 1988), para torná-la realizável.

A conversão dos consectários normativos em instrumentos palpáveis, nada mais fez do que privilegiar a *segurança jurídica* no aspecto material e processual, tanto aos índios como aos não-índios, para os casos de confronto de dois direitos fundamentais: o *direito à terra* e o *direito à propriedade privada*, respectivamente. No entanto, essa posição não é compartilhada pela totalidade dos juristas, ao contrário, recebe críticas veementes.

Robério dos Anjos Nunes Filho, estudioso dos direitos indígenas, reputa inconstitucional a necessidade de constatar a posse indígena da data de promulgação da constituição como requisito necessário à caracterização da ocupação tradicional. Justifica seu posicionamento, argumentando que “Esta interpretação culminaria por legitimar históricos esbulhos sofridos pelos índios, retirando a possibilidade de recuperação das terras que lhes foram tomadas pelas mais diversas formas de violência [...]” (ANJOS FILHO, 2009b, p. 2400-2428).

Da mesma forma, a Professora de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Juliana Neuenschwander Magalhães, faz uma veemente defesa de que a fixação de um marco temporal significa um retrocesso. Importante transcrever suas palavras, em que se observa nitidamente

a confusão que se faz entre direitos originários e a doutrina do indigenato.

Ao estabelecer-se o marco temporal da Constituição de 88 para a localização do direito dos índios às terras em que vivem o STF rompeu tanto com sua própria tradição como com aquela do constitucionalismo brasileiro, respeitada a série das constituições brasileiras de 1934 até nossos dias, incluindo aquelas autoritárias, que reconheciam os direitos dos índios às terras em que habitavam. Esse direito, como acima descrevemos, tem seu fundamento filosófico no fato de que os índios eram os habitantes originários das terras que chamavam de Pindorama, das quais eram legítimos donos ou senhores. Até 1998, mesmo no caso dos aldeamentos extintos esses direitos originários eram reconhecidos (MAGALHÃES, 2015, p. 16).

Não há dúvida de que a carga ideológica que envolve o tema provocou uma miopia jurídica, mesmo aos juristas mais experientes. Antropólogos, historiadores, ativistas e religiosos pretendem, a todo momento ampliar e relativizar os parâmetros constitucionais, em nome da reparação histórica das atrocidades perpetradas contra as etnias primitivas no passado remoto. Exemplo disso é a manifestação de Armando Badin quando afirma que “[...] a decisão judicial não pode ignorar o histórico de injustiças perpetradas contra os povos indígenas” (BADIN, 2006, p. 138).

Mais uma vez cabe lembrar Pontes de Miranda, quando afirma que “[...] uma equação jurídica não se resolve com “pieguice”, mas com o rigor da técnica da ciência do direito, sem ceder espaço para a perniciosa influência das convicções pessoais” (REZEK, 2010, p. 15).

Em linha de princípio, o marco temporal, da forma como foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), caracterizando como tradicionais as ocupações existentes até 5 de outubro de 1988, tem monumental função pacificadora, pois impede que a todo momento novos grupos tribais possam “surgir” ou “ressurgir”, perpetuando os conflitos, assunto a ser tratado com detalhamento no tópico 5.4.

Não escapou essa percepção a Tércio Sampaio Ferraz, ao revelar que o conceito de direitos originários “[...] não é instrumento para alargar as terras para além das habitadas, mas para qualificá-la com o *habitat* em um

momento constitucional determinado: o da promulgação da constituição” (FERRAZ JUNIOR, 2004, p. 694).

4.4.8 Renitente esbulho

Restou amplamente demonstrado no tópico anterior que a posse indígena, para fins de identificação da ocupação tradicional, há ser *atual* e não aquela exercida em tempos remotos ou imemoriais.

Ao se estabelecer um marco positivo fático, fica garantido um mínimo de segurança jurídica aos eventuais prejudicados pelas demarcações. Evita-se que a cada momento possam surgir grupos étnicos reivindicando imensas áreas de terra. Por essa mesma razão, não se pode alegar que a fixação de um limite temporal de ocupação seja um retrocesso aos direitos fundamentais indígenas, ou a negação de um direito originário ou, ainda, a continuidade de esbulhos históricos contra os índios.⁹³ Os contornos constitucionais, submetidos a uma hermenêutica isenta e preocupada com a pacificação social, aponta em outra direção, permitindo diferenciar as reivindicações legítimas e verdadeiras daquelas artificializadas pelas ações exógenas de instituições estranhas ao processo.

A fixação do *marco temporal*, desse modo, tem sido uma preocupação constante dos tribunais⁹⁴ naquelas situações submetidas a julgamento,

93 Nesse sentido, Anjos Filho (2009, p. 2399 - 2428).

94 No julgamento do RMS 29087/DF o Min. Gilmar Ferreira Mendes manifestou sua claramente preocupação em favor da tese de que há que se verificar o marco temporal na data da promulgação da constituição, bem com a tradicionalidade dessa ocupação, sem o que há uma insegurança jurídica. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas, não significa que nós fizemos lá uma boutade, que estivéssemos brincando ao julgar aquilo; até porque, o que nós dissemos? a União não pode amanhã retirar territórios a seu bel talante, e nós sabemos como isso é feito, esses laudos, laudo da Funai. E, veja, agora quanto à técnica, laudo da Funai dizendo que houve índio em algum momento, e isso é suficiente para retirar cidades inteiras de um dado local. Veja o risco que isso envolve para todos, quer dizer, infelicitando inclusive os índios que vão ser, na verdade, não sujeitos, mas objeto desse tipo de insegurança. [...] Claro, Copacabana certamente teve índios, em algum momento; a Avenida Atlântica certamente foi povoada de índio. Adotar a tese que está aqui posta nesse parecer, podemos resgatar esses apartamentos de Copacabana, sem dúvida nenhuma, porque certamente, em algum momento, vai ter-se a posse indígena. Por isso que o Tribunal fixou o critério, inclusive em relação aos aldeamentos extintos que pegariam uma boa parte de São Paulo.

em que grupos étnicos surgem de inopino, pleiteando glebas imensas nas quais a presença indígena já não existe por décadas e mesmo por séculos, seja pelo abandono, migração ou integração a agrupamentos de não-índios.

A situação mais vivenciada comumente é que, determinada sociedade indígena, em busca do reconhecimento de sua posse, perdida em tempos remotos e de legitimidade discutível, adota postura hostil em relação aos atuais ocupantes não-índios, promovendo ofensivas que se iniciam com uma série de invasões sistemáticas, quase sempre com agressões físicas e verbais, constrangimento, cárcere privado, até culminar com a perpetração do esbulho, ato denominado de “retomada”.

No entanto, no julgamento da Terra indígena Raposa/Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo fixado o marco temporal a exigir pré-existência de ocupação, foi sensível a determinadas situações nas quais, embora não exista presença indígena atual, a posse nativa não fica descaracterizada para efeito da configuração da ocupação tradicional

Assim, em determinadas circunstâncias, se o afastamento, migração ou a desocupação ocorreu por razões externa aos interesses do grupo, em que permanecem os atos de resistência, torna-se inaplicável o marco temporal fixado, tendo em vista que há uma disputa contínua para a conservação daquele *habitat* em face dos invasores.

A esse fenômeno, em que o grupo indígena embora não estivesse ocupando a terra na data da promulgação da constituição de 1988, por fatores alheios a sua vontade, mas que a disputa pela posse persistente no tempo, denomina-se *renitente esbulho*. Nessa circunstância, estando o fato comprovado, não há desconfiguração da posse nativa tradicional, pois aqui não ocorre a etnogênese ou ressurgimento, como um ato atual, mas que revive a posse, cultura e tradição que foram interrompidas.

Esse fenômeno é bem explicado pelo Min. Teori Zavaski, ao afirmar que esbulho *renitente* não deve ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado, exigindo para a sua configuração situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal (5/10/88). Esse conflito que se propaga no tempo deve ser comprovado por circunstân-

cias fáticas, ou mesmo pela judicialização da controvérsia.⁹⁵ Não caracteriza a comprovação de esbulho renitente o simples requerimento junto a órgão público para fins demarcatório, sendo necessário a efetiva disputa possessória em torno da área, sem solução de continuidade.

Não há, portanto, motivo para qualquer receio de retrocesso ou mesmo de impedir a continuidade de procedimentos demarcatórios, a fixação do momento em que a posse deve ser observada, tendo em conta que as excepcionalidades de cada caso também são levadas em conta para comprovação da posse.

Se de um lado deve ser sempre oportunizada a recuperação de áreas tradicionais, com sua entrega às comunidades legitimadas à sua ocupação e usufruto exclusivo, de outro há que observar um patamar mínimo de segurança jurídica ao possuidor e proprietário não-índio que ocupa a terra de boa-fé, cujos títulos lhe foram direta ou indiretamente outorgados pelo Estado. Não se olvide que a mesma constituição que confere o direito à posse indígena é aquela que estabelece ampla proteção à posse e à propriedade.

95 STF - ARE 803462 AgR/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, Dje 13/8/2014.

5 Dinâmica da disputa étnica: colisão e ponderação

“Quando você for convidado pra subir no adro da fundação casa de Jorge Amado, pra ver do alto a fila de soldados, quase todos pretos, dando porrada na nuca de malandros pretos, de ladrões mulatos e outros quase brancos, tratados como pretos, só pra mostrar aos outros quase pretos (e são quase todos pretos) e aos quase brancos pobres como pretos, como é que pretos, pobres e mulatos e quase brancos, quase pretos de tão pobres, são tratados”. (Haiti, Caetano Veloso).

5.1 O índio como sujeito de direitos

O novo constitucionalismo pluralista destaca o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos políticos e não apenas como objetos de políticas sociais, abrindo as portas para uma aceitação étnica individual e coletiva (URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008).

No entanto, como pré-requisito ao estudo das questões a serem expostas neste capítulo, é necessário definir quais são as componentes para a configuração da identidade étnica de uma coletividade. Dito de outra forma, é preciso definir, em primeiro lugar, quem são os indivíduos e quais os atributos a considerar em sua qualificação de índios,⁹⁶ para, em seguida, identificá-los como sujeitos dos direitos constitucionais, com aptidão para usufruir das utilidades que lhes são conferidas.

Logo de início, é preciso descartar a visão romântica da figura mítica e bela do índio, que foi pormenorizada na Carta de Pero Vaz Caminha⁹⁷ e Cristóvão Colombo⁹⁸ e amplamente disseminada entre nós pela literatura indianista do século XIX.⁹⁹ Na carta de Caminha, os nativos são retratados como seres dóceis, inocentes e plasticamente belos em sua natureza, dentro do figurino do *bom selvagem* de inspiração filosófica Rousseauniana. O distanciamento dessa concepção que, certamente, habita o imaginário popular e o senso comum, é necessário. Pretende-se, nesse particular, apontar os critérios objetivos utilizados na identificação étnica individual e coletiva do índio como sujeito de direitos, dentro de parâmetros interdisciplinares originados nas ciências sociais, antropologia, biologia e do direito.

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de dezembro de 1973), pretendendo ser metódico, propôs as definições para *índio* e *comunidade indígena*, dispondo que:

i) índio ou silvícola é o indivíduo de ascendência pré-colombiana, que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico com características culturais que o distinguem da sociedade; e

96 O termo índio decorre do topônimo índia, ou seja, natural da Índia, onde Cristóvão Colombo supôs chegar ao encontrar a América.

97 “A feição deles é serem pardos, maneira de avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem-feitos” (BRASIL, 2002d).

98 “Até aqui, nestas ilhas, não encontrei homens monstruosos, como muitos pensavam, mas antes toda a gente é de mui linda compleição [...]” (BUGALHO, 2015).

99 Romance Indianista, tipicamente brasileiro, foi uma das principais tendências do nosso Romantismo, retratado como um mítico herói nacional; é expressão do épico associado ao lírico em dimensões míticas. São exemplos da literatura romântica indianista no Brasil os autores: José de Alencar, com a trilogia *Iracema*, *Guarani* e *Ubirajara*; seguido de Gonçalves Dias e Castro Alves na poesia.

ii) *comunidade indígena*, ou grupo tribal, é o conjunto de famílias ou comunidades índias que vivem isoladas, com contatos permanentes ou intermitentes, mas que não se integram à comunhão nacional (BRASIL, 1973a).

Esses conceitos, como de resto ocorre com outros tantos mencionados no Estatuto do Índio, não estão livres de críticas e carecem de alguma reformulação, e isto é motivado pelas novas concepções impostas por um regime constitucional multiétnico.

A utilização do termo silvícola (habitante das selvas), por exemplo, como sinônimo de indígena, já não é adequada, pois o fato de não viver em florestas não descaracteriza suas condições identitárias. A circunstância de o índio usar calça *jeans*, telefone celular e computador, por si só, não retira sua identidade tribal, ou de pertencimento a uma sociedade cultural diferenciada. Também não parece razoável imaginar que uma comunidade indígena tenha que estar isolada do resto da sociedade, ou completamente desconectada do ambiente cultural, econômico e social para que mantenha suas características naturais de ascendência pré-colombiana. Não foi assim no medievo¹⁰⁰ e não é assim agora. Nada obstante a parcial obsolescência dessas definições legais do Estatuto do Índio, a antropologia evolucionista vem dando novos contornos conceituais, com um perceptível esforço na universalização metodológica, mediado por instrumentos internacionais que propõem uma moderna interação desses conceitos.

Manuela Carneiro da Cunha, sugere que a definição de índio está ligada necessariamente a sua própria coletividade. Segundo ela, as comunidades tribais são “[...] aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas”. A autora arremata que, nessa linha teórica, “[...] índio é quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro” (CUNHA, 1985, p. 42).

100 “Durante o primeiro meio século, os índios foram sobretudo parceiros comerciais dos europeus, trocando por foices, machados e facas o pau-brasil para tintura de tecidos e curiosidades exóticas como papagaios e macacos, em feitorias costeiras (Marchant 1980). Com o primeiro governo geral do Brasil, a Colônia se instalou como tal e as relações alteraram-se, tensionadas pelos interesses em jogo que, do lado europeu, envolviam colonos, governo e missionários, mantendo entre si, como assinala Taylor, uma complexa relação feita de conflito e de simbiose.” (CUNHA, 2012, p. 18).

Buscando conceitos mais universalizantes, com fundamentos em fontes normativas internacionais, Robério Anjos Filho esclarece que a Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), define a figura do índio com base em dois fatores: i) a *autoidentificação*, relacionada com a consciência que o indivíduo tem de si mesmo e de suas raízes pré-colombianas; e ii) a *heteroidentificação*, que vem plasmada na consciência de pertencer a um grupo diferente dos demais (ANJOS FILHO, 2009a).

José Afonso da Silva, por outro lado, voltando-se para uma definição em campo inteiramente subjetivo, sustenta que a identidade tribal está centrada apenas no sentimento de pertencimento a uma comunidade. O autor reduz a identificação a uma fórmula prosaica, afirmando que “é índio quem se sente índio” (SILVA, 1993, p. 728, grifo nosso).

No entanto, há motivos de sobra para que a simples *autodeclaração*, como traço caracterizador de uma determinada etnia, deva ser tomado com reservas e temperamentos, retirando-lhe o quanto for possível o seu conteúdo subjetivo. Não há que confundir os conceitos trazidos pela antropologia com aqueles veiculados pelo direito positivo. Esse ponto é importante, pois reduz a possibilidade de um *falseamento* da condição étnica coletiva ou individual, ou que a autodefinição seja fruto de fatores exógenos, a serviço de uma conveniência ideológica, religiosa, política, econômica ou ambientalista.

Na medida em que uma condição étnica tem a aptidão de produzir efeitos jurídicos sobre a esfera de direitos de terceiros, *v.g.*, excluindo o direito de propriedade ou extinguindo relações possessórias de não-índios (CF, art.231, § 6º), sua identificação não pode ficar ao talante do seu beneficiário.

Afronta o princípio da segurança jurídica permitir que elementos volitivos de ordem unicamente subjetiva, por si só, possam delimitar o aspecto identitário de um indivíduo. Equivocada, nesse particular, a proposição de José Afonso da Silva quando afirma que “é índio quem se sente índio”.

Colho a lição da antropóloga mexicana Margarita Nolasco Armas para quem “[...] a ideia de que são indígenas aqueles que se sentem indígenas não passa de um romantismo social e assim dever ser considerado” (NOLASCO ARMAS, 1981, p. 67).

Em verdade, a autoidentificação é apenas um ponto de partida para se alcançar a identidade étnica. Com efeito, uma declaração unilateral por

ter consequências potencialmente prejudiciais a terceiros, há que ser fundamentada em critérios objetivos, que possam ensejar críticas e contestações também objetivas, como conseqüência lógica do ordenamento democrático. Não é despendida a ressalva feita por Robério Nunes dos Anjos para quem a autoidentificação e a *heteroidentificação* são elementos *endógenos* ao grupo, não podendo ser contaminados com interferências externas ou definições manipuladas e artificiais de terceiros¹⁰¹ (ANJOS FILHO, 2009a).

Parece que a melhor expressão para a conceituação da *identidade étnica* de um indivíduo e de sua comunidade deva ser aferida com base nos elementos legais disponíveis (autodefinição e heterodefinição), complementados com outros substratos fáticos, a serem aferidos por uma equipe multidisciplinar. Tal equipe deve ser formada por profissionais imparciais, submetidos a contraditório, e que possam elaborar estudos etnográficos e etnológicos.

Margarita Armas está de acordo com a adoção de critério múltiplo de identificação, apontando que devem estar presentes, simultaneamente, quatro pilares: o *biológico*, pelas características não europeias; o *cultural*, em que os grupos se utilizam de objetos, técnicas, ideias e crenças de origem pré-colombiana; o *linguístico*, em que se falam idiomas indígenas; o *sociológico*, em que os indivíduos se sentem pertencentes a uma comunidade autóctone (NOLASCO ARMAS, 1981, p. 69 e 70).

Toda essa preocupação tem uma justificativa lógica. As coletividades autóctones são integradas pelos indivíduos (índios), que são sujeitos dos direitos de posse e usufruto [constitucional] das terras, cuja força normativa é apta a excluir qualquer outro grupo que não pertencente àquela etnia.

101 Em sentido contrário Pizzinato e Sarriera (2004) afirmam: “Um dos mais importantes postulados das teorias da etnicidade é que a identidade étnica nunca se define de maneira puramente endógena, pela transmissão da essência e das qualidades étnicas por meio do *membership*, mas que ela é sempre e inevitavelmente um produto de atos significativos em relação a outros grupos [...] Ela se constrói na relação entre a categorização pelos não-membros e a identificação com um grupo étnico particular. A pertença a um grupo étnico é questão de definição social, de interação entre a autodefinição dos membros e a definição dos outros grupos. É esta relação dialética entre as definições exógena e endógena de pertença étnica que transforma a etnicidade em um processo dinâmico sempre sujeito à redefinição e à recomposição” (BARTH, 1969/1997; STREIFF-FENART&POUTIGNAT, 1995/1997; SEYFERTH, 1997; PIZZINATO, 2003, apud PIZZINATO; SARRIERA, 2004, p. 10).

Diante desses fatos, a correta definição de índio assume especial importância para a *segurança jurídica* daqueles que se submetem aos efeitos jurídicos dela decorrentes, tais como nulidade de títulos, extinção de posse e, eventualmente, desintrusão territorial. Ou seja, o indivíduo não-índio que possui títulos legítimos de propriedade que esteja sob estudo demarcatório tem o *direito* de saber – e a administração, o *dever* de informar – a comprovação da etnicidade que credenciam determinada comunidade tribal a excluir seu direito de propriedade e de posse. Trata-se de informação imprescindível ao exercício da ampla defesa no procedimento administrativo ou processo judicial.

5.2 O contexto contemporâneo do conflito

A figura mítica do índio faz aflorar em nossas consciências um simbolismo pujante, sob a forma de um remorso histórico que decorre dos anos de dominação, escravização e extermínio das várias etnias pré-colombianas pelo homem branco europeu.¹⁰²

Esse sentimento coletivo e atávico de uma dívida ancestral provoca um desejo moral de reparação dos danos causados aos povos indígenas, cuja contrapartida seria a imediata devolução dos seus territórios e de seu *habitat*, os quais lhes foram tomados durante as primeiras décadas do descobrimento do novo continente.

Nos países da América meridional essa sensação se fez tão presente que, nas reformas constitucionais realizadas a partir da década de 1990, foram inseridos dispositivos específicos que garantem, não só a manutenção de uma cultura indígena, mas também o direito aos territórios. Citam-se, como exemplos o caso da Colômbia (1991), Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999) (HOLLIDAY, 2015). “A teoria social chamou este fenômeno coletivo de *Novos Movimentos Sociais*”

102 O relato minucioso de Brown Dee, em sua obra “Enterre meu coração na curva do rio”, acerca das ações genocidas das quais foram vítimas os índios da América do Norte, é um bom exemplo dessas atrocidades. No livro, o autor entrevista vários chefes e guerreiros das tribos *Dakota*, *Ute*, *Sioux*, *Cheyenne*, que descrevem com suas próprias palavras as batalhas contra os brancos, os massacres e rompimentos de acordos, os deslocamentos para as reservas, as doenças e todo o sofrimento de suas tribos já domesticadas e sem forças de reação (BROWN, 2003).

(LARAÑA; GUSFIELD, 1994; GOHN, 1997; LARAÑA, 1999; SANTOS, 2005, apud URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, p. 207, grifo das autoras).

No Brasil, a Constituição dogmática de 1988 traduziu esse mesmo sentimento ao registrar com tintas fortes essa linha reparatória dos interesses indígenas, prevendo profusamente a preservação de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Do mesmo modo, e com especial cuidado, foram protegidos os direitos à posse das terras tradicionais.

Inspirados nesse reconhecimento explícito dos direitos indígenas em sede constitucional, restava sua concretização, retirando-os do plano meramente formal. Perseguindo esse propósito, alguns segmentos sociais adotaram iniciativas para garantir a continuidade das demarcações, em observância ao art. 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁰³, que impôs ao poder público um prazo de cinco anos para que fossem concluídas (BRASIL, 1988).

Seguindo esse desiderato, em 1995 foi firmado um acordo internacional denominado de Programa Integrado de Proteção das Terras Indígenas na Amazônia Legal (PPTAL), visando o financiamento das demarcações das terras tradicionais na Amazônia legal.

O programa foi criado pelo Decreto n. 1.671, de 11 de outubro de 1995, que promulgou o Acordo sobre Cooperação Financeira para o Empreendimento entre o Governo do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, inserido dentro do Programa Piloto para Proteção das Florestas Tropicais do Brasil¹⁰⁴ (PPG-7) (BRASIL, 1995a).

103 ADCT CF/88: "Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição" (BRASIL, 1988).

104 Decreto n. 1.671/1995: "Artigo 1 - O Governo da República Federal da Alemanha possibilitará ao Governo da República Federativa do Brasil obter uma contribuição financeira até o montante de DM 30.000.000,00 (trinta milhões de marcos alemães) junto ao "*kreditanstalt für wiederaufbau*" (Instituto de Crédito para a Reconstituição), Frankfurt/Main, para o empreendimento "Projeto Integrado de Proteção das Terras e Populações Indígenas da Amazônia legal / Demarcação de Terras Indígenas" do Programa Piloto para a Proteção das Florestas Tropicais no Brasil, se este, depois de examinado por ambas as Partes, for considerado digno de promoção e tendo sido confirmado que, na qualidade de projeto destinado à conservação das florestas tropicais, preenche os requisitos especiais para ser promovido por via de constituição financeira" (BRASIL, 1995a).

O PPTAL tinha por objetivo o financiamento de regularização fundiária de terras indígenas e foi desenhado para ultimar as demarcações na Amazônia Legal, bem como apoiar as populações indígenas na defesa e gestão de seus territórios (MENDES, 2002). O programa durou 13 anos, tendo sido encerrado em dezembro de 2008. Dentre as metas inicialmente estabelecidas, conseguiu realizar 92% do objetivo proposto para identificação de terras indígenas, perfazendo um total de 12 milhões de hectares, distribuídos em 77 territórios identificados. No processo de demarcação, o programa cumpriu 82,5% do total sugerido inicialmente, ou seja, 39 milhões de hectares em 106 terras indígenas na Amazônia Legal (MEIRA, 2009).

Em cooperação com o PPTAL atuava a Associação Alemã de Cooperação Técnica (*Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit-GTZ*), organização não-governamental de nacionalidade alemã, que, segundo o antropólogo, mestre e doutorando pela Universidade de Brasília, Edward M. Luz, foi quem financiou por décadas todas as iniciativas de demarcação de terras indígenas no Brasil. Complementa que praticamente todas as demarcações ocorridas na década de 1990 foram financiadas pela agência alemã de cooperação (LUZ, 2013).

No governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) foram homologadas 145 áreas, representando 41 milhões de hectares no governo Lula (2003-2010), o total foi de 84 áreas, equivalente a 18 milhões de hectares; e, por fim, na gestão Dilma Rousseff (2011-2013), foram homologadas apenas dez áreas, totalizando 966 mil hectares (ÍNDIO..., 2013).

Montanari Júnior, em trabalho específico sobre o tema, ressaltou que, antes da implantação do PPTAL, a regularização fundiária das terras indígenas seguia a passos lentos, com apenas 14% das terras regularizadas, contrastando com o ano de 2007, em que 90,5% da área haviam sido demarcadas, comprovando a colaboração e eficiência decisiva desse programa (MONTANARI JÚNIOR, 2012).

O aumento considerável nos procedimentos demarcatórios a partir do ano de 1995, impulsionados pelo aporte financeiro do PPTAL, teve como consequência imediata o recrudescimento das demandas interétnicas pela posse da terra. Uma parte do conflito é gerado por comunidades indígenas já conhecidas e uma outra por índios *ressurgidos*, supostamente pertencentes a etnias extintas.

Abstraindo, nesse momento, a gama de interesses que estão no *background* dos programas de demarcação financiados com capital externo, o que se tem de concreto é que, a partir deles os conflitos fundiários tiveram uma capilaridade nacional, praticamente em todos os Estados¹⁰⁵ e regiões do Brasil. Como já se afirmou, os levantamentos técnicos para fins demarcatórios não ocorrem em terras desocupadas ou devolutas pertencentes ao Estado, mas sim em áreas já ocupadas por possuidores ou proprietários não-índios que ali exercem atividade agropastoril de pequeno, médio ou grande porte, ou mesmo da agricultura de subsistência. Em um número expressivo de casos a posse ou propriedade do ocupante está consolidada naquela região por gerações, a maioria com títulos de domínio material e formalmente constituído nos termos da lei civil.

Não resta dúvida de que, realizado o estudo de reconhecimento de terras indígenas, em que sejam respeitados os procedimentos legais e os regramentos previstos da Constituição Federal (CF/88), inclusive a indenização cabível, é natural que os atuais ocupantes (proprietários ou possuidores) desocupem pacificamente a área dando lugar à criação das terras indígenas regularmente identificadas. Esse processo, denominado de *desintrusão*, ocorre naturalmente por não ser mais possível a permanência dos não-índios naquele espaço administrativamente delimitado.

De outro lado, são raríssimos os casos em que não-índios esbulham ou ameaçam a posse de terras já demarcadas. A maioria dos casos conflituosos trazidos ao judiciário, se verificam em cenário distinto.

5.3 Processo de “retomada” de terras

Em geral, as alterações mais acirradas pela posse da terra se materializam antes mesmo de se iniciarem os estudos antropológicos de identificação e delimitação sobre o território a ser demarcado, em que a comunidade reivindicante antecipa as invasões das propriedades privadas, com expulsão sumária dos seus proprietários ou possuidores, juntamente com suas famílias.

105 O único estado brasileiro que não possui terras indígenas a serem reconhecidas ou demarcadas é o Piauí (FUNAI, 2015a).

As comunidades indígenas denominam esse ato de “retomada”¹⁰⁶, um eufemismo utilizado como forma de ofertar um aspecto legítimo ao ato violento da invasão, sob o argumento de que se o território lhes pertencia em um passado remoto, deve ser recuperado das mãos dos atuais ocupantes não-índios. A “retomada”, na perspectiva dos invasores, veicula um ato de justiça suficientemente lícito, ao ponto de sublimar a violência coletiva, sem considerar a posição possessória dos atuais ocupantes não-índios que não tiveram qualquer responsabilidade eventual pelo desapossamento ocorrido em um passado remoto.

Imbuídos desse sentimento de que a área reivindicada já lhes pertence por direito congênito, decorrência lógica do indigenato e da posse imemorial, promovem invasões sistemáticas das propriedades que se encontram no polígono geográfico no qual eventualmente poderá ocorrer o estudo preliminar demarcatório.

Em geral, os indivíduos autodeclarados que integram as comunidades indígenas reivindicantes, pertencem a própria região ou microrregião onde já exercem outras atividades na condição de empregados rurais, pequeno comerciante, feirantes, autônomos, funcionários públicos, proprietários rurais, empregados da construção civil, artesãos, entre outros. Alguns outros são oriundos de outras regiões, que se ajuntam aos primeiros por meio convite, ou mesmo convencimento de que se associem na luta pela terra. Tudo com o objetivo de incrementar o contingente de reivindicantes. Não há, portanto, uma necessária vinculação territorial entre seus membros.

Independentemente de sua origem, o fato é que todos eles vislumbram uma oportunidade da melhoria de sua condição social, sempre facilitada a partir do momento em que se autodeclararam índios e pertencentes aos chamados grupos vulneráveis. A atribuição de indígena lhes proporciona de forma imediata uma assistência médica diferenciada; es-

106 Para conferir a utilização da expressão “retomada”, veja-se as seguintes matérias *online*: Melo (2007); Douranews (2015); Pellin e Ferreira (2015); Não se trata... (2013); ALARCON, Daniela Fernandes. A forma retomada: contribuições para estudo das retomadas de terras. A partir do caso tupinambá da serra do padeiro. *RURIS- Revista do Centro de Estudos Rurais - UNICAMP*, v. 7, número 1, mar. 2013.

colas exclusivas; ingresso em programas sociais;¹⁰⁷ e até a simplificação de comprovação de tempo de serviço rural para fins de aposentadoria. A questão, portanto, antes de ser uma reivindicação de implicações puramente étnico-culturais, transparece como um importante viés para a obtenção de direitos sociais básicos. O grupo reivindicante tem ciência de que, além de seu espaço geográfico exclusivo, poderá atingir um novo grau de cidadania, benefício que lhe é negado no âmbito do seu *status quo*.

A perspectiva de uma evolução no padrão social e na qualidade de vida, incentiva a autodeclaração como ação política de reafirmação de sua cidadania. Isso fica bem claro quando se constata o aumento da população indígena (autodeclarados) no Brasil em desproporção com o crescimento vegetativo entre 1991 e 2000¹⁰⁸. Em dez anos, o ritmo de proliferação foi quase seis vezes maior que o da população em geral. O Ceará, que contava com seis povos e hoje tem doze e na Amazônia, quarenta grupos de ribeirinhos se descobriam índios (COUTINHO; PAULIN; MEDEIROS, 2010).

É preciso ter presente, no entanto, que as chamadas “*retomadas*” não surgem de forma espontânea. Já se tornou lugar-comum a afirmação de que a ocorrência de conflitos a partir dos anos 90 se deve a um trabalho externo político-ideológico, no qual se empenham uma facção da igreja católica, o Conselho Missionário Indigenista (CIMI)¹⁰⁹ ligada a pastoral da

107 Na construção da usina hidrelétrica de Belo Monte, as comunidades indígenas foram contempladas com o Projeto Básico Ambiental (PBA), que incluiu construção de pistas de pouso, saneamento, atracadouros, estradas, poços artesianos, postos de saúde e escolas. O mesmo não ocorreu com as populações ribeirinhas que também sofreram os impactos ambientais (ÍNDIO..., 2013).

108 Crescimento vegetativo ou natural é a diferença entre a taxa de natalidade e a taxa de mortalidade de um determinado local ou país, geralmente expressa em porcentagem. O percentual de indígenas em relação à população total brasileira saltou de 0,2% em 1991 para 0,4% em 2000, totalizando 734 mil pessoas. Houve um aumento anual de 10,8% da população, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias, quando a média total de crescimento foi de 1,6%. O ritmo de crescimento foi quase seis vezes maior que o da população em geral (FUNAI, 2015a).

109 De acordo com sua própria definição, o CIMI é um organismo vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) que, em sua atuação missionária, conferiu um novo sentido ao trabalho da igreja católica junto aos povos indígenas. Os princípios que fundamentam a ação do CIMI são: o respeito à alteridade indígena em sua pluralidade étnico-cultural e histórica e a valorização dos conhecimentos tradicionais dos povos

terra e várias Organizações não-governamentais (ONGs).¹¹⁰ Tais entidades, agindo de forma exógena fornecem todo tipo de orientação aos grupos étnicos já extintos, para que ressuscitem a consciência de sua ancestralidade pré-colombiana, exigindo, a partir de então, passando a exigir do Estado um plexo de direitos que os tornam cidadãos visíveis.

É nesse contexto, ressurgem comunidades extintas, por meio de um fenômeno conhecido como etnogênese.¹¹¹

indígenas; o protagonismo dos povos indígenas sendo o CIMI um aliado nas lutas pela garantia dos direitos históricos; a opção e o compromisso com a causa indígena dentro de uma perspectiva mais ampla de uma sociedade democrática, justa, solidária, pluriétnica e pluricultural (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2015, grifo nosso).

110 Entre as ONGs e instituições que atuam na defesa de direitos indígenas no Brasil, podemos citar as mais ativas: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) (ALEMANHA, 2015); a Associação Nacional de Ação Indigenista (ANAI) (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE AÇÃO INDIGENISTA, 2015); o Centro de Estudos Ameríndios (CEStA) (CENTRO DE ESTUDOS AMERÍNDIOS, 2015); o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2015); o Conselho de Missão entre Índios (COMIN) (CONSELHO DE MISSÃO ENTRE POVOS INDÍGENAS, 2015); a Comissão Pró-Índio do Acre (CPI-AC) (CPI/AC..., 2015); a Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI-SP) (COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2015); o Centro de Trabalho Indigenista (CTI) (CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, 2015); o *Greenpeace* (GREENPEACE, 2015); o Instituto Internacional de Educação do Brasil (IIEB) (INSTITUTO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO DO BRASIL, 2015); o Instituto de Pesquisa e Formação Indígena (IEPÉ) (INSTITUTO DE PESQUISA E FORMAÇÃO INDÍGENA, 2015); o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) (INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS, 2015); e o Instituto Socioambiental (ISA) (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2015).

111 O texto que segue revela as causas e conseqüências das etnogêneses na perspectiva dos índios. “[...] O crescimento médio da população indígena brasileira nos últimos 10 anos foi de 4,0% ao ano, o que representa uma reviravolta histórica pós-contato e projeta um futuro promissor e otimista do ponto de vista étnico-demográfico. Entre as prováveis causas para o aumento da população indígena estão as questões de reconhecimento da identidade indígena – índios ressurgidos e índios urbanos – a etnogênese e a aceitação cada vez maior pela sociedade da identidade indígena.[...] Desde a última década do século passado vem ocorrendo no Brasil um fenômeno conhecido como “etnogênese” ou “reetinização”. Nele, povos indígenas que, por pressões políticas, econômicas e religiosas ou por terem sido despojados de suas terras e estigmatizados em função dos seus costumes tradicionais, foram forçados a esconder e a negar suas identidades tribais como estratégia de sobrevivência – assim amenizando as agruras do preconceito e da discriminação – estão reassumindo e recriando as suas tradições indígenas. Esse fenômeno está ocorrendo principalmente na região Nordeste e no sul da região Norte, precisamente no estado do Pará.” [...]Para estes povos, denominados também de “ressurgidos” ou “resistentes”, não fazer parte do

5.4 Etnogênese, reetnização e os índios ressurgidos

A *etnogênese*, também conhecida como *reetnização*, refere-se ao fenômeno de emergência de novas identidades étnicas, ou o ressurgimento de etnias que reaparecem como sucessores genômicos de tribos extintas há mais de 200 ou 300 anos. São chamados, também, de índios ressurgidos.

Miguel Bartolomé ao descrever outros significados dessa expressão, acentua que a *etnogênese* “[...] apresenta-se como processo de construção de uma identificação compartilhada, com base em uma tradição cultural preexistente ou construída que possa sustentar a ação coletiva” (BARTOLOMÉ, 2006, p. 43). Afirma que isto se dá em razão do desenvolvimento, ao longo da história dos “[...] grupos étnicos, na medida em que se percebem e são percebidas como formações distintas de outros agrupamentos por possuírem um patrimônio linguístico, social ou cultural [...]” (BARTOLOMÉ, 2006, p. 39). Continua dizendo que “[...] o ressurgimento de grupos étnicos considerados extintos, totalmente ‘miscigenados’ ou ‘definitivamente aculturados’ e que, de repente, reaparecem no cenário social, demandando seu reconhecimento e lutando pela obtenção de direitos ou recursos” (ROSSENS, 1989;

arco de aliança política e identitária de parentes indígenas pode ser atualmente o pior castigo. Neste sentido, eles representam hoje o segmento indígena mais ativo e mais combativo na busca por reconhecimento e visibilidade política, buscando marcar posição e fronteira étnica que lhes garantam um espaço sociocultural e político num mundo que ilusoriamente se pretende cada vez mais monocultural e global.” “[...]No início da década de 2000, ocorreu a consolidação de espaços de representação do movimento indígena – através das suas organizações – nas esferas públicas, com a internalização e a gestão de recursos governamentais e de várias lideranças de organizações indígenas, que passaram a ocupar funções públicas e políticas na esfera da Administração Pública, trazendo novas conquistas, mas também novos desafios. Como conquista em função da participação política das lideranças indígenas, citamos o surgimento de novas políticas públicas específicas para os povos indígenas, notadamente nas áreas de saúde e educação, políticas estas orientadas por novos conceitos e diferentes metodologias de práticas políticas, na tentativa de superação das históricas práticas tutelares, paternalistas e clientelistas da velha política indigenista oficial. O surgimento das políticas públicas específicas para os povos indígenas, assim como o avanço das conquistas de outros direitos são os principais responsáveis pelo fenômeno da efervescência étnica, da auto-afirmação da identidade e do fenômeno da etnogênese.”(LUCIANO, 2006).

PÉREZ, 2001; BARTOLOMÉ, 2004, apud BARTOLOMÉ, 2006, p. 39).

Para Adriano Toledo Paiva, o processo de *etnogênese* ou *retnização constituí* uma reconfiguração cultural e identitária dos indivíduos ou de uma comunidade perante processos endógenos e exógenos, isto é, ocorre por reconhecimento de sua própria identidade e ancestralidade, e também por influência de fatos ou atos praticados por terceiros em prol desse reconhecimento (PAIVA, 2009).¹¹²

Esse processo de ressurgimento de etnias desconfiguradas, que desejam soerguer a cultura do seus ancestrais, recuperar seus rituais, suas tradições e mesmo sua língua, em nada afeta as demais coletividades, sejam de índios ou não-índios que a elas estejam vinculados. O problema surge quando a reetnização ou emergência étnica é restabelecida com o intuito exclusivo de obtenção de benesses sociais e da ocupação de territórios ou aldeamentos ocupados no passado remoto.

A partir de então, o que se observa são indivíduos de um mesmo patamar socioeconômico travarem um embate em torno da criação de área indígena, no que são distinguidos por uma linha tênue de caráter ideológico. Aqueles indivíduos autodeclarados índios terão os benefícios de uma política pública diferenciada, como a representação jurídica dos órgãos estatais (Ministério Público, Funai, Defensoria Pública, Advocacia da União), e apoio de entes privados (Organizações não Governamentais – ONGs) e eclesiásticos (Conselho Indigenista Missionário – CIMI).¹¹³

112 Essa opinião de Adriano Toledo Paiva, ao defender que a etnogênese ocorre por fatores internos e externos ao grupo tribal, é frontalmente contrária àquela esboçada por Robério Nunes Anjos Filho (ANJOS FILHO, 2009a).

113 Sobre os apoio de órgãos públicos e privados nas retomadas o texto seguinte é elucidativo: “Como se indicou, os indígenas sublinham seu protagonismo e sua valentia quando se trata de manter uma retomada, assim como seus esforços para sustentar com recursos financeiros próprios os gastos decorrentes da ação – sobretudo, enfatizam sua autonomia para decidir os rumos do processo. Em diferentes momentos, representantes do poder público que os apoiavam recomendaram que não mais retomassem terras, indicando que isso prejudicaria o andamento do processo demarcatório; dissentindo na avaliação, os Tupinambá da Serra do Padeiro não deixaram de retomá-las.²⁰ Isso não significa, contudo, que não identifiquem aliados. Referindo-se à atuação de representantes do poder público e advogados de defesa, **um indígena comentou que, a despeito de não serem capazes de “resolver tudo”, em alguns contextos eles poderiam “ajudar”.** O apoio recebido de entidades como o

Aqueloutros permanecem em seu *status quo*, limitando-se a oferecer resistência para manter a posse do seu único meio de subsistência.

O estereótipo do indígena tem uma simbologia significativa que o torna extremamente poderoso no aspecto de sua representação social. Em função disso, os agentes administrativos e mesmo os órgãos de representação jurídica, ao empreenderem a defesa míope de determinado grupo, se esquecem ou não se apercebem que, ao protegerem a parcela de uma comunidade, estão desprotegendo direitos de outros grupamentos humanos, em especial pertencentes à agricultura de subsistência.

A aproximação socioeconômica entre esses grupos às vezes é tão íntima que chegam a manter relação de parentesco ou de vizinhança entre si. Isso não impede que sejam vistos de modo diferenciado, tão somente porque um deles se autodeclarou a condição de indígena junto à Fundação Nacional do Índio (Funai), formalizada em uma simples ficha cadastral. Iguais em sua conformação socioespacial, mas distintos nos direitos sociais que lhe são afetos.

Desse modo, determinadas comunidades que se autodeclararam indígenas passam a ter a integral assistência jurídica, da defesa de seus interesses, saúde e educação diferenciadas, ao passo que as demais ficam sem qualquer proteção do Estado.

O bom exemplo prático desse contexto social, relacionado às etnogêneses e ressurgimentos, pode ser constatado nos autos das Ações civis públicas n. 2010.39.02.000249-0 e n. 2091-80.2010.4.01.3902, ambas movidas em face da Funai e da União, e em trâmite na Subseção Judiciária da Justiça Federal de Santarém (PA).

Na primeira ação, o Ministério Público Federal requer que seja a autarquia compelida a adotar procedimentos administrativos para o reconhecimento e identificação de uma área de 42 mil hectares, denominada Gleba Nova Olinda I, para posterior transformação nas terras indígenas Maró. O pedido formulado favorece apenas três comunidades ribeirinhas

Cimi, a Federação dos Órgãos para a Assistência Social e Educacional (Fase) e a Coordenadoria Ecumênica de Serviço (Cese) – especialmente no início do processo de retomada – também é mencionado com frequência, bem como a solidariedade manifestada por outros povos e por instâncias do movimento indígena. (ALARCON, 2013, p 169)

(São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró), de um total de outras quatorze glebas existentes naquela mesma região. Das 11 comunidades ribeirinhas restantes, sete se insurgem contra o pedido demarcatório e são encabeçadas pela Associação Intercomunitária de Trabalhadores agro-extrativistas de Prainha e Vista Alegre do Rio Maró.

Em sua longa sentença, o Juiz federal José Airton Portela descreve as inconsistências dos laudos antropológicos que ensejaram o ajuizamento da ação. Registra que a autodeclaração e conversão de associações civis ribeirinhas em comunidades indígenas foi resultado de uma *ação externa* de convencimento, articulada por ONGs (Conselho Indígena Tapajós – CITA), Igreja (Conselho Indigenista Missionário – CIMI), ativistas ambientais e antropólogos ideologicamente ligados à causa. Complementa que o processo de identificação, delimitação e reconhecimento dos supostos indígenas naquela região “[...] surgiu por ação ideológico-antropológica exterior, engenho e indústria voltada para a inserção de cultura indígena postíça e induzimento de convicções de autorreconhecimento”, fato reconhecido pela própria Funai (BRASIL, 2014a, p. 10).

Na conclusão judicial do caso concreto, integrantes das três comunidades favorecidas (São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró), representadas pelo Ministério Público Federal (MPF), assimilaram a ideia de que são diferentes, após trabalho de conscientização étnica por influência das ONGs e dos antropólogos. Mesmo assim, seus parentes e vizinhos, que compõem as onze comunidades restantes, não os veem dessa forma e negam com veemência a identidade indígena que foram induzidos a buscar.

O juiz destaca, que são “mais ativistas que propriamente cientistas” (BRASIL, 2014a, p. 14) os antropólogos que desenvolveram a chamada etnogênese, a “[...] construção teórica que passou a explicar e incentivar o ressurgimento de grupos étnicos considerados extintos [...]” (BARTOLOMÉ, 2006, apud BRASIL, 2014a, p. 15).

Observa-se que os ressurgimentos étnicos para reivindicação de territórios são movidos por uma atuação *exógena* de organizações com interesses nem sempre bem definidos. Ao mesmo tempo são associados a uma atuação parcial¹¹⁴ em suas representações judiciais, em favor de uma

114 O termo *parcial* é utilizado no contexto processual, de atuação como parte.

parcela de assistidos e em desfavor de outro grupo igualmente vulnerável. Nessa configuração que ora se relata, surge uma realidade no mínimo curiosa, qual seja, a reivindicação recíproca pelas partes interessadas do respeito aos *direitos humanos*.

Por último, ainda em referência às intervenções externas em favor do reconhecimento e demarcações de áreas indígenas, Paulo Bonavides, com sua proverbial argúcia, lançou críticas à posição da igreja e das organizações não-governamentais nesse desiderato:

Hoje nos países em desenvolvimento desconfia-se de que camufladamente grande parte daquelas sociedades não governamentais, de missões religiosas desempenham a mesma função de vilipêndio; na rota da ocupação fingem-se de zelo sacerdotal pela causa indígena ou se credenciam como cientistas do sol, da fauna e da flora. São a ponta de lança da invasão futura. Buscam, desse modo, conhecer melhor nossas riquezas com o propósito de arrebatá-las depois, consoante já o fizeram nos casos do México e de Colômbia, vítimas da maior tragédia imperialista dos últimos cento e cinquenta anos na América Latina.

Não é bem sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não corresponde aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulado espaço amazônico e na preparação e proclamação da independência das tribos indígenas como nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam. Essa demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional (BONAVIDES, 2002, p. 183).

5.5 Direitos Humanos *versus* direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (art.17), referindo-se ao direito de propriedade estabeleceu duas diretrizes: i) todo ser humano tem direito à propriedade, individual ou coletiva; ii) ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade (ONU, 2009).

Chama-se especial atenção para o conteúdo desses dispositivos, porque costumam ser solenemente negligenciados justamente por aqueles que se dizem os baluartes desses direitos. O enunciado da declaração pretende abranger um ideal comum a todos os povos e nações, objetivando o reconhecimento de que a dignidade do ser humano, dentro de um sistema global, está associada à existência da propriedade *privada*, que surge como valor socialmente significativo. No mesmo dispositivo, assegura ao proprietário a preservação do seu patrimônio contra atos de terceiros, colocando-o a salvo de qualquer espoliação ilegal.

No entanto, no cenário de uma disputa interétnica pela terra, a questão assume dimensões alarmantes quanto ao respeito aos direitos humanos.

No julgamento da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol (TI RSS), na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal (STF), de 27 de agosto de 2008, o Min. Francisco Rezek, representando o estado de Roraima (RR), fez uma afirmação que desnuda uma situação fática, ao mesmo tempo grave e corriqueira. Sustentou da tribuna que aquilo que estava em mesa não era uma disputa “[...] entre indígenas e arroteiros, esquerda e direita, progressistas e conservadores, mas no fundo era um conflito de *direitos humanos* contra *direitos humanos*” (SIQUEIRA, 2010).

Para Rezek, falando com a autoridade de um ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e ex-Juiz da Corte Internacional de Justiça de Haia, havia ali uma concorrência possessória e fundiária entre indígenas e brasileiros trabalhadores, quase todos de condição modesta, com suas propriedades regularmente estabelecidas, algumas delas do início do século passado.

De fato, uma questão que normalmente passa despercebida ao observador desatento, diz respeito ao perfil socioeconômico daqueles que antagonizam com os nativos pela posse da terra. O senso comum, em grande escala influenciado pelos meios de comunicação e da nossa pré-compreensão que vê o índio sempre como vítima, tende a imaginar que, na outra ponta, opondo-se aos seus direitos possessórios, estão grandes latifundiários, posseiros, invasores e garimpeiros.

Produz, portanto, um discurso maniqueísta que só é verdadeiro no campo de excepcionalidade, que não há ser tomada como regra. Na maioria dos casos, o contingente que resiste aos procedimentos demarcatórios é constituído de pequenos e médios agricultores da mes-

ma condição social, detentores de títulos de domínio outorgados pelos Estado, muitos deles com cadeia dominial secular.

Em adição ao que foi relatado acerca da ação judicial, envolvendo duas comunidades ribeirinhas de Santarém (PA), é possível ilustrar essa afirmativa com outros fatos de igual dimensão.

5.5.1 Os Índios e os pequenos proprietários rurais

Os índios Guarani que viviam na reserva Cacique “Doble”, em Santa Catarina (SC), resolveram abandonar o local e se mudar para Mato Preto¹¹⁵ no estado do Rio Grande do Sul, a qual passaram a reivindicar. Fundada em laudo antropológico sob suspeita¹¹⁶, a TI Cacique “Doble” foi reconhecida como de ocupação tradicional, e, como consequência, trezentas famílias¹¹⁷ que lá viviam foram ameaçadas de desocupar a área. O ponto mais

115 Terra indígena Mato Preto, etnia Guarani, 4.230 hectares, declarada tradicionalmente ocupada, mas ainda não homologada (FUNAI, 2015b).

116 A Proposta de Fiscalização e Controle n. 61, de 2011, declara que: “[...] Considerando, pois, que o processo administrativo de demarcação da terra indígena Mato Preto, cujo relatório final circunstanciado de identificação e delimitação é assinado pela antropóloga Flávia Cristina de Mello, vem sendo contestado por toda a sociedade local, e até pela própria Advocacia-Geral da União, ex-vi do Parecer da Procuradora-Federal, entendo que há indícios de irregularidades a serem investigados em todo o processo de demarcações dessas reservas” (BRASIL, 2011a, p. 3 e 4).

117 Esse fato está confirmado no resumo do relatório circunstanciado de delimitação da terra indígena de mato preto. [...] a) Identificação e censo de eventuais ocupantes não índios: A área da TI Mato Preto está ocupada em quase sua totalidade por população não-indígena, com exceção apenas dos trechos de domínio público às margens da rodovia RS135 e da linha férrea da RFFSA, onde se instalaram as famílias Guarani. **A ocupação não-indígena caracteriza-se por pequenas propriedades**, a maioria delas utilizadas para agricultura, com plantações extensivas de soja e trigo, além de plantio de culturas sazonais de entressafra, o que é típico desta região do Rio Grande do Sul. A população não-indígena que habita esta área, na sua maioria, é formada por descendentes de imigrantes italianos, poloneses e alemães, assim como a maioria da população dos municípios de Getúlio Vargas e Erebangó; b) Descrição das áreas ocupadas por não índios (com respectiva extensão, data dessas ocupações e descrição das benfeitorias realizadas): **As áreas ocupadas pelos não índios são propriedades rurais de pequeno porte. São 385 lotes e cerca de 300 proprietários particulares.** As atividades produtivas estão voltadas quase que exclusivamente à produção agrícola intensiva, prioritariamente para monoculturas de soja e trigo (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2009, p. 63, grifo nosso).

dramático dessa questão é que os agricultores afetados pela demarcação são hipossuficientes tanto quanto os índios (RANGEL, 2013).

No caso específico, a defesa da comunidade indígena é tão veemente que o Ministério Público Federal de Erechim (RS) vem notificando agências bancárias a não financiarem agricultores que possuem áreas abrangidas pelo estudo demarcatório, inviabilizando suas atividades rurais antes mesmo da conclusão da disputa judicial (JUSTIÇA..., 2014).

Em outra reportagem a Revista Veja revelou que a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), ao realizar um estudo no Paraná (PR), relativo a 15 territórios demarcados, concluiu que a maioria dos que tiveram sua propriedade invadida era constituída de pequenos agricultores. Alguns moradores, desprovidos de suas casas, foram forçados a morar com os seus filhos para não se tornarem indivíduos sem-teto (RANGEL, 2013).

No sul da Bahia, centenas de famílias de pequenos produtores de cacau foram obrigados a deixar as terras onde viviam, devido a sucessivas invasões praticadas pelas Comunidades Indígenas Tupinambás de Olivença e Tupinambás da Serra do Padeiro, que reivindicam a demarcação de uma área de 47.376 hectares na região cacauzeira de Ilhéus, Una, Buerarema. Segundo a Revista Época, “A área se estende da Serra do Padeiro ao litoral baiano e inclui centenas de fazendas, casas, sítios, hotéis, pousadas e até um cemitério, além de quase metade da Vila de Olivença, uma das primeiras concentrações urbanas do Brasil, em Ilhéus” (SANCHES, 2009).

5.5.2 A demarcação indígena e os assentamentos do INCRA

Também são comuns os embates entre índios e assentados em áreas destinadas ao programa de reforma agrária, conduzido pelo INCRA. Newton Tavares Filho relata vários casos, entre eles o Projeto de Assentamento de Amônia, no estado do Acre, onde 150 famílias serão desalojadas pela demarcação da Terra Indígena Arara do Rio Amônia. Na região do Alto Rio Guamá, no Pará, o INCRA retomou terras de colonos para repassá-las às comunidades indígenas, desalojando 700 famílias ali assentadas. Em São Felix do Xingu (PA), a Terra Indígena Apyterewa foi demarcada dentro de um assentamento do INCRA, causando a expulsão de inúmeras famílias de

agricultores. O Assentamento de Nova Amazônia, em Roraima (RR), fruto de desapropriação para reforma agrária, ocupado por 63 famílias de pequenos produtores, está sendo reivindicado pela Funai e só não foi invadida em razão de uma liminar no STF, proibindo o ingresso de grupos indígenas que buscavam ocupar a área ilegalmente (TAVARES, 2011, p. 253).

Nesses casos específicos em que se confrontam indígenas e assentados rurais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou (BRASIL, 2002a) quanto à impossibilidade de demarcação de áreas já declaradas como de *interesse social* para fins de reforma agrária. O STJ reafirma como nefastas as consequências sociais ocasionadas pela retirada de inúmeras famílias que residem e trabalham nesses assentamentos.

5.5.3 Pretos contra negros

A contraposição de direitos fundamentais ocorre também no âmbito de controvérsias relativas às comunidades quilombolas. Em matéria veiculada no Jornal “A Gazeta”, na edição do dia 24 de novembro de 2013, foi retratada a ocorrência de uma disputa *intraétnica* entre um indivíduo autodeclarado quilombola e um pequeno proprietário rural, cuja terra se insere em uma área em processo de demarcação pelo Incra. O fato paradoxal, no entanto, é que ambos pertencem à etnia dos afrodescendentes (FERNANDES, 2013).

A única diferença entre é a noção de pertencimento ao grupo étnico, cujo marcador é a autoidentificação. Enquanto o primeiro se declara negro *quilombola* e o outro se reconhece com simples agricultor de cor preta.

Narra o texto jornalístico que, de um lado está José Ayres Nascimento, de 62 anos, que se orgulha de sua roça e das cabeças de gado, herança que pretende deixar para sua única filha. A vinte quilômetros de sua casa vive Jorge Blandini, 58, que luta pelo legado de seus ancestrais, ou seja, o território quilombola de São Domingos, entre São Mateus (ES) e Conceição da Barra (ES). “Os dois são negros, mas estão no extremo do conflito de terras que, no norte do estado, pode afetar mais de três mil famílias”. Caso concluída a demarcação, as terras de Jorge vão absorver as de Ayres, que não aceita a situação: “Tenho escritura e a quero respeitada. Sou afrodescendente, mas não quilombola”. Próximo a ele, vive Juarez dos Santos, de

81 anos, outro produtor que descende de negros e é contrário à proposta: “Não vou partilhar minhas terras” (FERNANDES, 2013).

A rigor trata-se de uma disputa *intraétnica entre* afrodescendentes, divididos de forma meramente simbólica pela afirmação de uma autoidentificação de um deles em relação ao grupo quilombola, cujo pertencimento é implicitamente contestado por outro membro da mesma etnia.

5.5.4 Propostas de solução

O recrudescimento das demarcações e as denúncias sobre abusos cometidos pela Funai foram objeto da Proposta de Fiscalização e Controle n. 61, de 2011, na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural na Câmara dos Deputados. Por intermédio desse documento, propõe-se a adoção das medidas necessárias para que seja realizado o ato de fiscalização e controle dos procedimentos administrativos e eventuais excessos e omissões por parte da Fundação Nacional do Índio (Funai) no que diz respeito à demarcação de terras indígenas no País (BRASIL, 2011a).

Ao fundamentar a oportunidade e conveniência, o relatório prévio ressalta que em todo o País vem sendo questionado o fato de que a

[...] Fundação Nacional do Índio detém o triplo poder de ‘*demarcar*’, ‘*defender*’ a comunidade indígena beneficiária da demarcação e ‘*julgar*’ as manifestações das pessoas interessadas cujas terras tenham sido inseridas no perímetro indígena (BRASIL, 2011a, p. 3).

Acerca dos aspectos políticos, sociais e econômicos, registra que

[...] a questão envolvendo a demarcação das terras indígenas e a sobreposição às propriedades rurais são temas da mais alta relevância, haja vista os prejuízos aos agricultores e proprietários e às suas respectivas famílias que, de uma hora para outra, perderão – ou já perderam – suas propriedades e moradias (BRASIL, 2011a, p. 3 e 4).

Em audiência pública na referida comissão, o juiz federal Narciso Leandro Xavier Baez, ao relatar sua experiência pessoal na solução de litígios indígenas, pugnou com veemência para a punição de servidores públicos da Funai que dão início a demarcações sem atentar para os procedimentos exigidos na lei e na Constituição. Ressaltou a importância de se lutar por direitos indígenas onde eles realmente existem, ou seja, apenas naquelas localidades cuja ocupação tradicional já ocorria em 5 de outubro de 1988, ou nas quais, já havendo índios, estes estavam impedidos de ocupar pela ocorrência de esbulho renitente. Repudiou, no entanto, as situações de desordem social, onde se “destrói décadas de trabalho de pequenos agricultores”, a pretexto de uma reparação feita em desconformidade com constituição, contra a lei e contra ordem judicial. Conclui que “[...] esse tipo de ato a sociedade não pode permitir, a justiça não pode permitir e o parlamento não pode permitir” (PEREIRA, 2012).

Em todos esses casos, citados a título de exemplo, pode-se observar um padrão recorrente: duas categorias de indivíduos de uma mesma classe socioeconômica e cultural ficam separadas por uma linha tênue, dividindo o grupo que se autodeclara indígena ou quilombola, automaticamente transformado em minoria vulnerável, enquanto a outra, ainda que padecendo das mesmas mazelas sociais, permanece à margem de qualquer favor legal.

Em resumo, a disputa possessória, genericamente chamada de “conflitos indígenas”, não se polariza entre índios e não-índios. A verdade sociológica e histórica é que, no cenário da disputa, estão envolvidos seres humanos classificados em categorias: de um lado, índios e negros autodeclarados; e de outro: brancos, índios não-autodeclarados, negros não-autodeclarados.

Bem por isso que o Relatório final da Proposta de Fiscalização e Controle n. 61, de 2011, destacou que o recrudescimento dos conflitos rurais em diversas regiões rurais do Brasil decorre da *açodada “intervenção administrativa”* da Fundação Nacional do Índio (Funai) nos processos administrativos de demarcação das terras indígenas. O Relatório, de autoria do deputado federal Lira Maia (DEM-PA), e aprovado em 3 de junho de 2014, mostra ainda que uma “[...] parte significativa da sociedade brasileira vem se conscientizando de que *está havendo um excesso no processo de demarcação [...]*” dessas terras (BRASIL, 2014b, p. 41).

Este fato tem provocado sérias consequências para famílias de agricultores, demonstrando que o sistema vigente não se mostra adequado para atender às atuais demandas dos índios, dos agricultores e das sociedades locais envolvidas. Propõe, portanto, a urgente reformulação do sistema jurídico vigente, a fim de que novos parâmetros sejam estabelecidos nos procedimentos de demarcação, entre eles: 1) isonomia das partes; 2) criação de instâncias recursais; 3) participação de outras entidades; 4) extinção do poder conclusivo do laudo antropológico; 5) caráter meramente propositivo do relatório da Funai (BRASIL, 2014b).

5.6 Garantia constitucional do direito de propriedade

O direito de propriedade encontra-se consagrado em diversas declarações de direitos em decorrência do influxo do *constitucionalismo*, estando previsto na Declaração de Direitos da Virgínia (1776), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)¹¹⁸, como reafirmação das liberdades e da contenção do poder do Estado em face do indivíduo (LEAL, 2012).

Entre nós, é da tradição do Direito Constitucional reconhecer e garantir o direito à propriedade privada. Esse padrão principiológico foi reproduzido nas Constituições de: 1824 (arts. 179 e 180, XII); 1891 (art. 72, XII); 1934 (art. 113, XVII); 1937 (art. 122); 1946 (art. 141, § 16); 1967 (art. 150, § 22); 1967 alterado pela Emenda Constitucional n. 1 (art. 153, § 22), independentemente do regime ou da forma de governo. Ao lado do direito de propriedade, foram alinhados outros direitos fundamentais, como a liberdade, a vida e a segurança, todos eles sujeitos a restrições e, portanto, nenhum deles com caráter absoluto.

A propriedade se apresenta, a um só tempo, como uma garantia institucional e como direito subjetivo constitucional, apto a ser exigido pelo beneficiário em face de outrem ou do próprio Estado, em caso de lesão ou ameaça (BARROSO, 2009).

118 Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

É assim que, dentro de uma concepção *personalista*, afasta-se a ideia de uma relação entre o sujeito e a coisa, própria da doutrina absolutista, evoluindo para a noção de uma relação do titular do direito real com todos os outros indivíduos, e não do titular com a própria coisa. Assim, nos direitos reais, o sujeito passivo é indeterminado, e sua obrigação, negativa, obrigando-se a uma permanente abstenção de não turbar, não agredir, não lesar e não impedir o exercício sobre a coisa pertencente a outrem (HIRONAKA; CHINELATO, 2003).

A Constituição Federal (CF) de 1988 assegurou o direito de propriedade, tanto no Título II, quando trata dos direitos e *garantias fundamentais* (art.5º, *caput* e incisos XXII a XXXI), como no Título VII, referente à *ordem econômica e financeira* (art. 170, I, II). Como discorre o Prof. José Manoel de Arruda Alvim Netto, o direito de propriedade é *direito fundamental*, assim denominado no plano do direito constitucional, que, por sua vez, ilumina o direito infraconstitucional (ALVIM NETTO, 2009, p. 66). Quer isso dizer que a lei civil há de ser interpretada, nesse particular, em conjunto e sob a influência principiológica dos ditames da Constituição.

Um dos princípios a serem observados a partir do novo ordenamento é o da função *social*, com previsão expressa no art. 5º, XXIII, da CF, e que agora está atrelado ao próprio conceito de propriedade, dando ao instituto os contornos de *socialidade*, que inspira vários outros institutos civilistas.¹¹⁹

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber ponderam que a ideia da função social “[...] vem romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade [...]”. Este, durante séculos, permaneceu inspirado no modelo do *Code Napoléon* (de 1804), que o define como direito de usar e dispor da coisa “*de la manière plus absolue*” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005, p. 102, grifo do autor).

A partir da nova ordem constitucional, o título de atribuição de poderes ao titular do domínio deixa de incidir naqueles casos em que a propriedade

119 O princípio da socialidade altera a visão individualista constante no Código Civil de 1916, a fim de que os institutos e as relações privadas não possam ser desvinculados de um sentido social, com a prevalência de valores fundamentais da pessoa humana (MAZZEI, 2013).

não atende a sua função social, pois não mais se conforma aos interesses sociais relevantes (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005). Dito de outro modo, na tensão nascida entre o direito absoluto da propriedade e o direito vinculado a uma destinação social, a opção do legislador moderno foi prestigiar a *função social* da propriedade, estabelecendo um diálogo entre o patrimônio individual e as necessidades do bem-estar da comunidade.

Além da função social como elemento integrativo-restritivo, esse direito fundamental se submete a variadas limitações relacionadas ao interesse público, que refogem ao seu âmbito de proteção e que são executadas pelo próprio Estado. Exemplos disso são os institutos de: *desapropriação*; *requisição administrativa*; *servidão*; e *confisco*, que afetam a propriedade imobiliária em especial.

Deve-se reconhecer, portanto, que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. Porém, o direito de propriedade deve ser sempre preservado como garantia institucional, em que as *conformações ou* restrições possam garantir um *núcleo essencial*, permitindo a sua *utilidade privada*. Com isso, mesmo que esse direito não seja absoluto, exclusivo ou perpétuo, não se pode chegar a um ponto em que a propriedade privada permaneça exclusivamente a serviço do Estado ou da comunidade (MENDES; BRANCO, 2012).

A par das restrições impostas pelo Estado, há outras em que a posição de sujeição ocorre nas relações jurídicas privatistas, tais como: a *usucapião*, sob suas diversas modalidades; e a *desapropriação judicial*, positivada recentemente e prevista no art. 1.228, § 4º, do Código Civil brasileiro¹²⁰. Todas elas decorrentes do princípio da *função social* da posse e da propriedade.

Ao lado do quadro geral dessas restrições impostas em favor do interesse público, há que se considerar *posse indígena* sobre os territórios de *ocupação tradicional* (CF, art. 231) (BRASIL, 1988).

120 Art. 1.228, § 4º: “O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” (BRASIL, 2002b).

5.7 Posse indígena e posse civil: distinções e efeitos

o termo “*posse*”¹²¹ aparece na Constituição Federal (1988) uma única vez, justamente no capítulo que trata dos direitos dos indígenas sobre as terras que eles tradicionalmente habitam (CF, art. 231). O seu sentido semântico, todavia, tem uma amplitude diferenciada, não se confundindo integralmente com o instituto do direito civil, oriundo da tradição romano-germânica. Cuida-se, em verdade, de um direito coletivo de índole constitucional, que garante e define a relação telúrica de um grupamento humano com o seu espaço de liberdade e sobrevivência (*habitat*).

Conquanto não se apresente como um poder dominial, posto que este é reservado à União, a *posse indígena*, uma vez configurada, faz eclodir uma força jurídica incomum, apta a produzir uma série de modificações nas relações possessórias e dominiais pré-existentes, sem paralelo no direito brasileiro, em qualquer época.

Já se encontra assentado de forma pacífica na doutrina, que a natureza jurídica da *posse indígena* não é a mesma regulada pelo direito civil, porquanto aquela exige requisitos diferenciados e específicos, já amplamente estudados no tópico anterior. Essa diferenciação entre posse civil e indígena não é nova, e foi percebida de longa data no voto proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal, no Recurso Extraordinário n. 44.585-MS. Ao interpretar o art. 216, da Constituição de 1946, o Ministro registrou que, na questão das terras indígenas, não há falar-se em posse no sentido civilista de direito patrimonial, pois o que estava em jogo era o *habitat* de um povo. Para ele, a “[...] permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos [...]”, além de constituir também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico (LEAL, apud MENDES, 1988, p. 120).

Ismael Marinho Falcão, citado por Gilmar Mendes, segue a mesma linha de princípio, ao observar a natureza especial da posse dos silvícolas:

A posse indígena [...] é caracterizada pela ocupação efetiva da

121 No sentido do exercício do poder de fato sobre a coisa e não de assunção de cargo público.

terra por parte do elemento silvícola ou indígena, ocupação que deverá se comportar de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, não é apenas indígena a terra onde se encontra edificada a casa, a maloca ou a taba indígena, como não é apenas indígena a terra onde se encontra a roça do índio. Não. A posse indígena é mais ampla, e terá que obedecer aos usos, costumes e tradições tribais, vale dizer, o órgão federal de assistência ao índio, para poder afirmar a posse indígena sobre determinado trato de terra, primeiro que tudo, terá que mandar proceder ao levantamento destes usos, costumes e tradições tribais a fim de coletar elementos fáticos capazes de mostrar essa posse indígena no solo, e será de posse indígena toda a área que sirva ao índio ou ao grupo indígena para caça, para pesca, para coleta de frutos naturais, como aquela utilizada com roças, roçados, cemitério, habitação, realização de cultos tribais etc., hábitos que são índios e que, como tais, terão que ser conservados para preservação da subsistência do próprio grupo tribal. A posse indígena, pois, em síntese, se exerce sobre toda a área necessária à realização não somente das atividades economicamente úteis ao grupo tribal, como sobre aquela que lhe é propícia à realização dos seus cultos religiosos (FALCÃO, apud MENDES, 1988, p. 119).

Não é excessivo, neste momento, reproduzir mais uma vez a expressão síntese dos elementos constitucionais que fundamentam os direitos indígenas, em especial a posse, em torno da qual gravitam os demais interesses. Reorganizando sintaticamente o texto do art. 231, caput, §§ 1º e 2º, da CRFB, tem-se que *são reconhecidos aos índios os direitos originários à posse (usufrutuária) permanente sobre as terras que habitam, desde que estas sejam utilizadas para suas atividades produtivas, necessárias à sua reprodução física, cultural e preservação do seu bem estar, de acordo com os seus usos costumes e tradições.*

Percebe-se que são as circunstâncias *fáticas* relacionadas à habitação e utilização da terra nos limites necessários à sobrevivência física, genética e cultural, que legitimam a posse e, conseqüentemente, implicam no reconhecimento de um direito possessório anterior a qualquer outro.

Os fundamentos estão a depender de verificação de *atos objetivos*, per-

tinentes à habitação, às atividades produtivas e à preservação da etnia¹²², não se vinculando a fatores genéticos ou congênitos, como pretendem os defensores da teoria do indigenato.

José Afonso da Silva defende que os direitos dos índios sobre suas terras (posse usufrutuária) se assentam no *indigenato*, fonte primária e congênita da posse territorial e que, diferentemente da ocupação, derivada de um título adquirido, não depende de qualquer legitimação. Acrescenta, seguindo o entendimento inaugurado pelo Ministro Nunes Leal, que a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil, extrapolando a órbita puramente privada, pelo motivo de não se tratar de uma simples ocupação, mas de um *habitat* necessário ao seu desenvolvimento humano (SILVA, 2005, p. 856).

Conquanto entre os doutrinadores haja uma discrepância no que tange aos fundamentos dessa posse, alguns consideram que dimana do *indigenato*, e outros, que deriva de um *fato objetivo* a ser verificado. Não se pode negar que ambos os institutos possuem natureza jurídica diversa, uma vez que são distintos os seus elementos constitutivos.

De fato, a *posse indígena* se insere dentro do conceito de um *habitat* indispensável à sobrevivência étnica de determinada comunidade autóctone, cuja constatação depende de estudos, etnográficos, biológicos, antropológicos, cartográficos, ambientais, culturais, de forma a se verificar a presença dos quatro elementos caracterizadores já estudados no tópico 4.4.5.

A prova técnica para fins de comprovação da ocupação tradicional, fonte geradora da posse nativa, é indispensável quando o objeto da controvérsia se referir a questões dominiais. Difere, portanto, da *posse civil*, a qual se conforma com o poder fático sobre a coisa, ou ainda a sua utilização socioeconômica, cuja comprovação pode ser feita em juízo, mediante a apresentação de prova unicamente documental, ou documental e testemunhal, sem necessidade de exame pericial.

Um outro aspecto a ser observado é que a posse dos índios revela um direito da *coletividade*, abrangendo toda a comunidade nativa, ao pas-

122 Etnia é uma entidade caracterizada por uma mesma língua, uma mesma tradição cultural e histórica, ocupando um dado território, tendo uma mesma religião e, sobretudo, a consciência de pertencer a essa comunidade (SILVA, 1993. p. 853).

so que a posse comum pode ser coletiva ou individual. Todavia, embora coletiva, não se trata da constituição de um *condomínio*, posto que exercido sobre coisa indivisa, cabendo a todos os seus membros o usufruto de suas riquezas, não podendo ser extinto, como permite a lei que rege os institutos de direito civil. Da mesma forma, ao contrário do regulamento civilista, que permite a transferência ao nu proprietário, essa posse especial é *intransferível* (FREITAS JÚNIOR, 2010).

Nesse ponto já é possível concluir que, embora a diferenciação entre os dois institutos (posse civil e posse indígena) esteja bem nítida no plano do direito material, a verificação da tradicionalidade da habitação, em especial ao *marco temporal* e o *renitente esbulho*, não dispensa a utilização dos conceitos da posse civil.

Com efeito, a constatação do *marco temporal* da ocupação, estudado no item 4.4.6 (supra), desponta como uma necessidade premente de proteção, de modo a garantir uma segurança jurídica mínima da posse ou da propriedade dos não-índios, que não podem ficar *ad infinitum* a mercê de ressurgimentos de etnias, muitas vezes ratificadas por laudos antropológicos parciais.

Do mesmo modo, em favor das comunidades indígenas, estando devidamente comprovado o *renitente esbulho praticado* por não-índios, como fato impeditivo da posse plena dos nativos dentro de determinada área, é certo que o marco temporal (5.10.1988) deverá ser relativizado conforme as circunstâncias do caso.

Em ambos os casos, quais sejam, comprovação da existência de *habitação permanente* na data do *marco temporal* em 5 de outubro de 1988 e o *renitente esbulho* como exceção a essa exigência, por constituírem situações eminentemente fáticas, deverão ser demonstradas com base nos elementos caracterizados da posse civil.

O Min. Ayres de Britto faz uma distinção importante. Em primeiro lugar, há que se verificar, é necessário constatar se a ocupação fundiária coincide com o dia e o ano da promulgação da Constituição (*marco temporal*), para, em seguida, verificar a efetiva relação com a terra “[...] no sentido anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles (*marco da tradicionalidade*)” (BRITTO, 2010, p. 296-297).

Assim, a constatação do marco temporal exige a presença física do in-

dígena naquela data específica e, no caso do renitente esbulho, impõe-se a comprovação firme e cabal de que sua ausência não ocorreu de forma voluntária, mas sim em razão de moléstia possessória causada pela ação humana externa que lhe era superior. Com isso, para a comprovação das circunstâncias fáticas serão utilizados os elementos da lei civil, ou seja, aqueles critérios que identificam a existência da posse civil. Para comprovação do marco da tradicionalidade, devem estar presentes os elementos estudados no tópico 4.4.5.

5.7.1 Posse permanente

O art. 231, §1º, da CF, traz uma proposição normativa que define as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como aquelas por eles *habitadas em caráter permanente*. Logo em seguida, outra disposição afirma que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios *se destinam a sua posse permanente* (§2º) (BRASIL, 1988).

Acerca dessas duas assertivas, José Afonso da Silva adverte que, no texto constitucional, há duas cláusulas sobre a posse permanente (SILVA, 2005, p. 858) as quais se referem, respectivamente, às *terras habitadas permanentemente* (art. 231, § 1º) e às *terras que se destinam à posse permanente* (231, § 2º). A primeira diz respeito à situação de fato relacionada à ocupação tradicional (*habitat*), vale dizer, uma posse que é exercida no presente, de acordo com os seus costumes e tradições, de modo não-eventual. A segunda expressão é voltada para o futuro, sem conexão com a ocupação efetiva, mas como uma garantia de que as terras sejam por eles ocupadas sem qualquer limite temporal (perenidade), o que as torna inalienáveis, indisponíveis, indivisíveis e imprescritíveis.

Conforme o escólio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, essa noção do *habitat* tem um sentido de *localidade* onde a comunidade se encontra, na qual cresce e vive naturalmente, de modo não ocasional. Não se trata de um lugar qualquer, indefinido, onde lhe seja propício desenvolver sua cultura. Para efeito do texto, o *habitat significa* estar ali, em 5 de outubro de 1988, por razões próprias de sua cultura, e não por razões externas como a circunstância de terem sido trazidos ou atraídos por motivações do mundo civilizado (motivos econômicos) (FERRAZ JÚNIOR, 2004).

Assim, a atual constituição usa o termo *permanente* em dois sentidos: um para significar o modo de ocupação, que não pode ser ocasional, temporário, efêmero, respeitando a data da promulgação da constituição e outro para afirmar que a posse será perene, perpétua, *vinculada* àquela finalidade. Note-se, no entanto, que no regime atual há um conteúdo de subordinação entre as duas situações, de modo que, antes de haver a garantia da posse para o futuro, há que ocorrer, em primeiro lugar, a *ocupação não-ocasional* de uma determinada área.

A circunstância de se exigir um estado de *permanência* como característica da posse sempre esteve presente nos textos constitucionais, as vezes remetendo à não-eventualidade, outras vezes tratando da *perenidade*. Nas constituições de 1934 (art. 129),¹²³, 1937 (art. 154),¹²⁴ e 1946 (art. 216),¹²⁵ a garantia da posse de terras era legitimada desde que os silvícolas nelas se achassem *permanentemente* localizados, ou seja, exigia uma ocupação com certo grau de definitividade, não-intermitente, pois se assim não fosse, onde quer que os índios colocassem os pés haveria de ser reconhecido como área indígena.

A partir da Constituição de 1967 (art. 186),¹²⁶ tanto na redação original como após a Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (art. 198),¹²⁷ a expressão “*posse permanente*” passou a ser utilizada sob uma perspectiva futura, ou seja, o legislador constituinte não se preocupou em definir a posse indígena, mas sim garantir sua perpetuação, desde que condicionada a uma habitação efetiva.

123 CF 1934. Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las (BRASIL, 1934).

124 CF 1937. Art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas (BRASIL, 1937).

125 CF 1946. Art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem (BRASIL, 1946).

126 CF 1967. Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao **usufruto exclusivo** dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1967a, grifo nosso).

127 CF 1967 e EC n. 1/1969 - Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes (BRASIL, 1967a; BRASIL, 1969a).

Essa necessidade de uma ocupação efetiva dos índios, induziu Pontes de Miranda a afirmar que: “Se lá não habitam, não têm posse. Se habitam, tem-na” (STEFANINI, apud MIRANDA, 1970). Ou seja, a *posse permanente* (futura) estava assegurada, desde que precedida de uma habitação. Acrescenta, ainda, o insigne jurista que “o texto respeita a posse dos silvícolas, posse a que ainda se exige o pressuposto de localização permanente” (MIRANDA, 1953, p. 35).

Retomando o sistema vigente, o que fez a Constituição de 1988 foi unir as duas concepções de posse em um único texto, mantendo as perspectivas do *presente* e do *futuro*, de forma a maximizar a proteção dos chamados grupos vulneráveis, como era desejo do legislador originário desde as primeiras discussões nas comissões e subcomissões da Assembleia Nacional Constituinte.

5.7.2 Usufruto constitucional indígena

O direito de propriedade é o direito real por excelência (PEREIRA, 1981, p. 78), constituindo a matriz dos demais elementos que a integram: i) o uso (*jus utendi*); ii) a fruição (*jus fruendi*) e; iii) a disponibilidade (*jus abutendi*). Cada um desses elementos que compõem a propriedade pode ser desmembrado em tantos modos quantos forem as formas de manifestação da atividade do homem sobre as coisas corpóreas. Na medida em que cada uma dessas componentes é destacada do *domínio* e transferidos a terceiros, passam a se denominar direitos reais sobre coisa alheia (*jura in re aliena*) (PEREIRA, apud GONÇALVES, 2012, p. 28).

Assim, tratando-se de atividade em que se pretende apenas usar e gozar de um determinado bem cujo domínio pertence a outrem, sobressai o instituto denominado *usufruto*. Nesse caso, há um desmembramento daqueles poderes inerentes ao domínio pleno. De um lado está o usufrutuário com o direito de *usar*, utilizando a coisa da maneira que lhe convier, bem como lhe *fruir* as utilidades, estendendo-se aos acessórios (PEREIRA, 1981, p. 78). De outro lado, permanece o *nu-proprietário* com o direito de dispor e reivindicar a coisa. Esses direitos desmembrados convivem harmonicamente, desde que o usufrutuário conserve a substância da coisa alheia.

Em resumo, o usufruto nos termos da lei civil é direito real sobre

coisa alheia (CC, art. 125, IV), *temporário*^{128 129}, insusceptível de penhora, inalienável, permitindo apenas a *cessão* de seu exercício por título gratuito ou oneroso (CC, art. 1.393), salvo se a dívida for do nu-proprietário (BRASIL, 2002b; PEREIRA, 1981). O usufruto tem a finalidade primordial de prover a *subsistência* de outrem, em geral nas relações familiares ou testamentárias, por período determinado.

Utilizando-se um sistema comparativo, deve se ter presente que a posse indígena não mantém correlação exata com a posse civil. Do mesmo modo, o *usufruto indígena constitucional* também não segue integralmente os parâmetros legais definidos no Código Civil, pelo que deve ser considerado um instituto de natureza pública especial.

No período Colonial e Imperial, como amplamente demonstrado no tópico n. 4, não havia qualquer interesse em atribuir aos silvícolas o domínio pleno das terras, mas a garantia de sobrevivência das etnias era de primordial importância para a economia das metrópoles. Nesse sentido, o usufruto foi a forma encontrada para harmonizar esses interesses. A transferência do domínio das terras indígenas para a União, bem como a instituição do sistema de usufruto funcionaram como um meio de proteção das comunidades nativas, evitando que os não-índios, abusando de suas fragilidades pudessem se locupletar economicamente daquelas riquezas naturais.

Bem por isso, o Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei de terras, já dispunha sobre o *usufruto* dos indígenas, vinculado a uma proibição de alienação (art. 75) Esse mesmo texto foi repetido pela constituição de 1967 (art. 186) e regulamentado posteriormente pelo art. 24 do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), em que se concediam aos nativos as riquezas naturais e *todas as utilidades existentes na terra*.¹³⁰

128 No mesmo sentido da temporariedade do usufruto os autores Rizzardo (2012, p. 947); Gonçalves (2012, p. 47); Farias, Rosenvald (2012, p. 840); Coelho (2012); Monteiro, Dabus (2012); Tartuce (2014); Gomes (2012, p. 317); Tepedino (1991).

129 Ressalte-se que, se a usufrutuária for pessoa jurídica, seu termo máximo de duração será de trinta anos (art. 1.410, inc. III, do CC).

130 Paulo de Bessa Antunes entende que houve recepção do art. 24, da Lei n. 6.001 de 1973, quanto à ampliação do usufruto para todas as utilidades nela existentes. No entanto, é difícil concordar com essa tese, haja vista a limitação constante do art. 231, § 3º, da CF (ANTUNES, 2010).

A Carta da República de 1988, no entanto, não reproduziu de maneira ampla os direitos previstos no regime anterior (*todas as utilidades*), permitindo tão somente o usufruto exclusivo sobre as riquezas do solo, dos rios e dos lagos (CF, 231, § 2º). Foram limitados os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, dependentes de autorização congressual, com oitiva das comunidades afetadas (CF, art. 231, § 3º).¹³¹ A audiência das comunidades, entretanto, não significa que as decisões dependam de sua aceitação como requisito de validade (BRASIL, 2009b).

Art. 231. [...]

[...]

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o **usufruto exclusivo** das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (BRASIL, 1988, grifo nosso).¹³²

Algumas peculiaridades do *usufruto constitucional indígena* devem ser explicitadas, justamente para que ele não seja confundido com o figurino legal do usufruto da lei civil. Não resta dúvida de que a instituição desse direito real em favor dos índios, com o domínio reservado à União, tem como escopo a essência do instituto, qual seja o de criar uma ambiência que possa garantir a *subsistência do usufrutuário*.¹³³ Como já se afirmou

131 A esse respeito há quem sustente que o “[...] atual tratamento constitucional trata-se de um retrocesso constitucional, relativamente aos direitos indígenas, pois, frente à Constituição anterior, mineração e exploração dos recursos hídricos em terras indígenas, seja pelo Estado ou por não-índios era inconstitucional [...]” (BARBOSA; BARBOSA; BARBOSA, 2007).

132 O STF decidiu que a lei referente a esse artigo é exigida tão somente para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos de suas terras e não mantém relação com a Lei Complementar atinente ao § 6º, do art. 231, da CF (Pet. 3.388).

133 Nesse sentido GONÇALVES (2012)

alhures, não há índio sem terra, pois a habitação, o cultivo, as tradições, os costumes, enfim, toda a cultura dos povos autóctones dependem da delimitação de um espaço geográfico. Disso resulta que o usufruto é concedido a uma coletividade (a comunidade indígena) étnica e jamais a um único indivíduo ou grupo de indivíduos de forma divisível.

Percebe-se, desde logo que, ao contrário da lei civil, o usufruto indígena não é temporário, uma vez que decorre de uma destinação específica da posse permanente às comunidades indígenas, podendo ser transmitido por gerações indefinidamente, sem qualquer limite temporal.

Além dos caracteres já expostos, do direito de uso, administração, percepção dos frutos, atribui ao usufrutuário o direito á posse *direta* (imediate) da coisa frugífera, reservando-se ao nu-proprietário a posse indireta (mediata). A consequência disso é reconhecer ao beneficiário do usufruto a utilização das ações interditaes de manutenção e reintegração da posse e mesmo o desforço *incontinenti* (PEREIRA, 1981). Esse direito possessório será exercido, tendo por fundamento o *jus possidendi*.

No que tange à impossibilidade de alienação do direito, coincide com o usufruto comum, com a diferença de que no usufruto indígena não poderá haver qualquer tipo de *cessão do exercício desse* direito a terceiros, sejam índios ou não-índios, nem mesmo à outra comunidade nativa, ainda que em área contígua. Isso decorre da completa *vinculação* dos estudos técnicos demarcatórios, tornando-a personalíssima em relação a uma determinada etnia.

De outro lado, como já se pode perceber, conquanto o usufruto indígena seja exclusivo, não significa que seja absoluto, ficando sujeito a algumas limitações impostas pelo próprio texto constitucional (CF, art. 231, § 3º).

Essas restrições atendem, não só ao comando constitucional, mas também aos interesses de harmonização e pacificação social em face de outras áreas sensíveis, também sob um âmbito de proteção. Assim, seja em seu aspecto estratégico, como é o caso do aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos, que só podem ser explorados com autorização do Congresso Nacional, há que se ter presente a necessidade de proteção de outros direitos fundamentais ameaçados pelas controvérsias interétnicas.

Atento a esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal (STF), interpre-

tando o instituto em confronto com outros valores sociais, decidiu, entre outras limitações, que o *usufruto indígena*: i) é conciliável com a presença de não-índios, inclusive membros de cultos religiosos, desde que com a supervisão do Ministério Público Federal e da União; ii) permite a instalação de equipamentos públicos e abertura de estradas e outras vias de comunicação; iii) não impede a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos; iv) é compatível com a presença das forças armadas, Polícia Federal (PF) e vigilância nas faixas de fronteira sem necessidade de licença; v) não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; vi) tem o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (CMBio) como responsável pela área afetada por Unidades de Conservação (UC); vii) autoriza o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, sendo que as áreas demarcadas não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; viii) não autoriza o arrendamento ou qualquer negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade; ix) não compreende a garimpagem¹³⁴ e a faiscação, sem prévia autorização do poder público (BRASIL, 2009b).

Concluindo este tópico, já é tempo de dizer que o regime jurídico do usufruto constitucional indígena é, antes de tudo, fator protetivo das comunidades autóctones, na medida em que complementa o seu direito possessório e garante a sobrevivência da etnia, sob seus diversos aspectos.

Nesse particular, embora a posse decorrente do usufruto (*jus possidendi*) autorize a utilização das ações interditaes por parte do usufrutuário, é certo que, se as discussões possessórias tiverem como fundamento as circunstâncias fáticas ou jurídicas estipuladas pelo Supremo Tribunal

134 Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967 (art. 70, I e II) define como Garimpagem, o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de pedras preciosas, semi-preciosas e minerais metálicos ou não metálicos, valiosos, em depósitos de aluvião ou aluvião, nos álveos de cursos d'água ou nas margens reservadas, bem como nos depósitos secundários ou chapadas (grupiaras), vertentes e altos de morros; depósitos esses genericamente denominados garimpos. *Faiscação* é o trabalho individual de quem utilize instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis, na extração de metais nobres nativos em depósitos de eluvião ou aluvião, fluviais ou marinhos, depósitos esses genericamente denominados faisqueiras (BRASIL, 1967b).

Federal (STF), nas condicionantes à TI Raposa Serra do sol, a posse usufrutuária deverá ser mitigada, tendo em vista a função da força persuasiva e expansiva da decisão da corte.

Em síntese, *usufruto indígena* é um direito real sobre a coisa alheia, infungível, de índole constitucional (*ex vi constitutionae*), exclusivo, coletivo, de natureza pública e caráter perpétuo, inalienável, intransmissível, impenhorável, imprescritível, insusceptível de cessão a terceiros, seja do próprio direito ou do seu exercício.

5.7.3 Efeitos da posse indígena e a cláusula não-indenizatória

Superada a delimitação do aspecto do direito à posse decorrente do usufruto indígena, seguem-se alguns comentários quanto às vicissitudes operadas no plano material e processual, quando declarada é declarada de *ocupação tradicional*, após percorrer os tramites administrativos.

De feito, as proposições constitucionais sobre o tema (CF, art. 231, § 6º) não encontram paralelo na legislação brasileira, ordinária ou extravagante, em qualquer época ou localidade, tanto pela força normativa que lhe é própria, como, principalmente, pelos efeitos deletérios em relação aos direitos subjetivos de indivíduos ou entidades, públicas ou privadas, que estejam sob o seu campo de incidência:

Art. 231 [...]

[...]

§ 6º São **nulos e extintos**, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o **domínio e a posse** das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, **não gerando** a nulidade e a extinção **direito a indenização** ou a **ações contra a União**, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Analisando o dispositivo, tem-se o seguinte: todos os atos – termo

genérico para designar os fatos comuns, fatos jurídicos, atos e negócios jurídicos – que tenham por objeto aquisição do domínio ou constituição de qualquer outro direito real, obrigacional ou comercial sobre terras consideradas de ocupação tradicional, serão nulos de pleno direito *ab initio*.

De igual forma, a simples ocupação da área ou o direito de posse decorrente dos direitos reais formalmente constituídos (*jus possidendi*), ou ainda de posses decorrente de título anterior (*jus possessionis*) não produzem qualquer efeito jurídico, independentemente de sua aquisição ser de boa ou má-fé, justa ou injusta, *ad interdicta* ou *ad usucapionem*, direta ou indireta, originária ou derivada. Em todas essas circunstâncias, a relação jurídica será considerada extinta *ab origine*.

A princípio não há qualquer limite temporal quanto à *retroação* dos efeitos do comando constitucional, englobando todas as situações jurídicas consolidadas. Dito de outra forma, não importa há quanto tempo houve a formalização do direito real sobre as terras, ou mesmo a consolidação da posse pelo não-índio, a nulificação atingirá toda a cadeia dominial, incluindo atos notariais translativos, atos registrares, abertura de matrículas, averbações. Absolutamente tudo deixa de existir no plano jurídico, desde o ato aquisitivo originário. De acordo com Marcelo Novelino cuida-se de espécie de *retroatividade máxima*¹³⁵ estabelecida pelo constituinte originário, para as quais se impõe menção expressa no texto (NOVELINO, 2012).

A nulidade a que estamos aduzindo não ocorre somente em relação aos atos praticados entre particulares, mas também naqueles em que tomaram parte a administração pública, como por exemplo os procedimentos de discriminação e concessão de terras levados a efeito pelos Estados-membros.¹³⁶

135 Marcelo Novelino estabelece uma gradação quanto a retroatividade da norma constitucional: “Os dispositivos de uma nova Constituição se aplicam imediatamente, alcançando os “efeitos futuros de fatos passados” (retroatividade mínima). No entanto, para desconstituírem “fatos consumados no passado” (retroatividade máxima) ou mesmo “prestações anteriormente vencidas e não pagas” (retroatividade média), é necessária declaração constitucional expressa neste sentido. Portanto, com o advento de uma nova Constituição, a retroatividade mínima ocorre de forma, automática, ao passo que para haver uma retroatividade média ou máxima é necessário que haja disposição expressa neste sentido. (NOVELINO, 2012. p. 72).

136 A esse respeito confira-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Civil

Ainda segundo essa regra constitucional, a *nulidade superveniente* pode recair sobre atos *jurídicos perfeitos, direitos adquiridos ou coisa julgada*, relacionados a esse mesmo objeto, constituindo exceção à regra do art. 5º, XXXVI, da CF/88 (ANJOS FILHO, 2009b).

No campo obrigacional, essas nulidades não geram direito à indenização, nem tampouco *direito de ação* em face da União para fins de ressarcimento dos prejuízos patrimoniais ou extrapatrimoniais, decorrentes da expropriação da terra nua.

A cláusula não-indenizatória dimana dos efeitos retroativos que se operam sobre o regime dominial da terra nua, ainda que o regime de ocupação tradicional seja constatado posteriormente à formação da relação jurídica material da posse ou propriedade. A lógica é simples: se determinada área é considerada de ocupação tradicional, passa automaticamente ao patrimônio da União (CF/88, art.20, XI), nulificando as relações jurídicas pretéritas. Desse modo, não seria lícito ao ente federado pagar indenização sobre uma área que já integrava o seu próprio acervo imobiliário.

De outro lado, há vedação expressa ao *direito de ação* em face da União, não só em relação ao aspecto indenizatório da terra nua, mas também com relação a outros efeitos deletérios acarretados pela nulidade dos títulos e extinção de direitos. A norma constitucional não proíbe o *direito de petição* (CF, art. 5º, inciso XXXV, *a*), nem tampouco excepciona o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), considerando que esse direito de ação é autônomo em relação ao direito subjetivo material. A vedação legal se relaciona, em verdade, com uma das condições da ação (demanda) (RODRIGUES, 2010, p. 166), consistente na *impossibilidade jurídica do pedido*.¹³⁷

De fato, o texto é claro no sentido de impedir que o prejudicado pro-

Originária ACO n. 312/BA, que criou a reserva indígena CARAMURU-CATARINA-PARAGUAÇU, na qual a Corte decretou a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estivessem localizadas dentro da área de reserva indígena, inclusive aqueles títulos que haviam sido concedidos pelo Estado da Bahia, considerando tal a aquisição feita a non domino porquanto os bens transferidos são de propriedade da União (BRASIL, 2013a).

137 “A possibilidade jurídica do pedido consiste na verificação se o pedido é, abstrata ou idealmente, contemplado pelo ordenamento, senão vedado por ele” (ALVIM NETO, apud RODRIGUES, 2010, p. 169).

mova demanda indenizatória contra a União em decorrência da expropriação da terra nua, nulidade de atos ou extinção e direitos, relativos ao direito material (posse ou propriedade) sobre áreas declaradas indígenas. Assim, estando vedado pelo próprio ordenamento constitucional o ajuizamento da ação, se está diante de um caso de pedido juridicamente impossível, o que, no sistema do Código de Processo Civil revogado (CPC/73), seria causa impeditiva ao conhecimento do mérito da demanda (art. 301, X).

Não obstante, há que se ter presente que o NCPC/2015 expungiu a *possibilidade jurídica do pedido* como impedimento à admissibilidade da demanda (art. 17, NCPC), mantendo apenas o interesse processual e a legitimidade como condição da ação ou pressupostos processuais. Seguiu-se, nesse particular, uma orientação da doutrina segundo a qual, a impossibilidade jurídica do pedido, diz respeito ao mérito da lide (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Dado isso, a impossibilidade jurídica do pedido também não pode mais ser alegada em preliminar de contestação *ex vi* do art. 337, XI, NCPC. De sorte que, diante do novo ordenamento processual, o eventual ajuizamento de ação pelo prejudicado em face da União para fins de questionamento da indenização da terra nua, não acarretará a carência de ação, mas sim de *improcedência liminar do pedido*, proferida em decisão de mérito (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Desse modo, quanto à parte que teve seu título de domínio ou direito de posse nulificado ou extinto, resta tão somente o direito de ação indenizatória para ressarcimento de benfeitorias realizadas de boa-fé, cuja disciplina é reservada à edição de lei ordinária. A *irresponsabilidade civil* da União em relação a esses atos expropriatórios específicos vem gerando grandes controvérsias e é fator extremamente prejudicial à pacificação de conflitos de etnia. Isso ocorre pelo elevado grau de *insegurança jurídica* experimentado por proprietários e possuidores, na medida em que constitui exceção ao dever de indenizar do Estado, disciplinado no art. 37, § 6º, da CRFB.¹³⁸

138 CF - Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Algumas soluções vêm sendo adotadas a fim de mitigar os efeitos nefastos provocados pela extrusão de pequenos proprietários e possuidores rurais das terras onde exercem atividade produtiva de subsistência. Uma das medidas, ainda que tímida, está elencada no art. 4º, do Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, e consiste na concessão de preferência de reassentamento dos expropriados em outra localidade (BRASIL, 1996a). Essa providência foi delegada ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), e é de improvável efetivação devido à grande extensão das áreas envolvidas.

Há alternativas que vêm sendo ventiladas, tais como a desapropriação para interesse social, oportunizando indenização da terra nua, compra e venda ou permuta, e ainda a indenização pelo Estado-membro, todas elas de legalidade duvidosa e custo elevado.

No entanto, apesar de alguns esforços com o objetivo de contornar o problema, a total ausência de indenização de terras, mesmo àqueles que comprovadamente adquiram de boa-fé, está a exigir uma interpretação que possa conciliar os dispositivos constitucionais em colisão, sob pena de se atentar contra a *segurança jurídica*. O estado democrático de direito não pode prescindir desse fundamento.

O Ministério Público Federal, ciente das dificuldades incontornáveis que emergem de situações concretas, vem buscando alternativas jurídicas que possam equacionar a questão. Alexandre Jabur, relata que o Ministério Público Federal (MPF) propôs ação civil pública¹³⁹ pedindo a condenação da União e do INCRA à obrigação de indenizar os atingidos pela demarcação de terra indígena *YvyKatu* (Japorã-MS), em razão da expedição de títulos de propriedade com vício na origem da cadeia dominial (JABUR, 2014).

Do mesmo modo, já existe o Enunciado n. 11, da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR), do Ministério Público Federal (sobre populações indígenas e comunidades tradicionais), com o seguinte teor:

Enunciado n. 11 – É possível o pagamento de indenização aos ocupantes de terras indígenas (possuidores ou não de títu-

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

los) com base no princípio da proteção à confiança legítima. O cabimento e os limites de aplicação desse princípio serão analisados casuisticamente (BRASIL, 2014c).¹⁴⁰

De *lege ferenda*, haverá que se adotar emenda constitucional,¹⁴¹ no sentido de permitir o amplo ressarcimento de pequenos proprietários rurais de boa-fé, afastando a vedação indenizatória, por ser medida mais consentânea com as garantias constitucionais do direito de propriedade (art. 5º, XXII a XXXI), da *segurança jurídica* e com o dever de indenizar do Estado (art. 37, §6º) e do princípio da *confiança legítima* que deve permear as relações do indivíduo com o Estado.¹⁴²

5.8 Função social da posse

Aristóteles (385 a. C.) proclamava que o encanto da propriedade é inexprimível, ao tempo em que se perguntava se os bens e o seu uso deveriam ser comunitários. Segundo o filósofo grego, a resposta a essa pergunta cabe à Constituição e ao legislador responder, mas acreditava que seria muito conveniente que as posses, mesmo sendo particulares, tivesse utilização comum (ARISTOTELES a. C., 1997).¹⁴³ Esse pensamento filosófico exprime a noção de posse das coisas e sua função social, modernamente conhecido como o binômio *propriedade privada* e *uso socialmente qualificado*.

Em uma perspectiva contemporânea do *direito de propriedade* (CF, art. 5º

140 Editado no XIV Encontro Nacional da 6ª CCR em 5/12/2014 (BRASIL, 2014c).

141 Tramita na Câmara do Deputados Proposta de Emenda à Constituição n. 282, de 2008 de iniciativa do Deputado Beto Faro PT/PA, alterando a redação do art. 231, § 6º, da CF, que passa a ser a seguinte: “§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto aos imóveis nos limites de áreas não excedentes a quinze módulos fiscais e respectivas benfeitorias, derivados da ocupação de boa-fé” (BRASIL, 2008a).

142 Ver a respeito da proteção da confiança legítima no trabalho de Aendria de Souza do Carmo (2010).

143 Aristoteles (1997).

XXII, 170, II), irrompe como relevante a noção de sua *função social*, princípio com assento expresso na Constituição Federal (CF, arts. 5º, XXXIII, 170, III, 182, §2º, 184, 186) e na lei civil (CC, art. 2.035, Estatuto da Cidade, arts. 5º, 7º, 8º, Estatuto da Terra, art. 2º), idôneo a irradiar efeitos nos mais diversos institutos jurídicos, assim como nas relações jurídicas de direito real e pessoal.

Direito de propriedade e função social constituem, assim, direitos fundamentais equivalentes, mas não antagônicos ou colidentes. Chega-se a afirmar que um deles é conteúdo do outro, não subsistindo o primeiro sem o segundo (DIDIER JUNIOR, 2008).

No Brasil, a preocupação com a função social não é recente e já estava prevista nas constituições de 1934 (art. 113, item 17) e 1946 (art. 141, § 6º). Preleciona o Prof. Arruda Alvim que a ideia de funcionalidade da propriedade já incorporava as legislações alienígenas, a exemplo da Constituição do Mexicana (1917) e Constituição de Weimar (1919), consagrando-se nessa última o famoso brocardo de que “a propriedade obriga, pois deve servir ao bem comum”¹⁴⁴ (ALVIM NETTO, 2009).

Trata-se evidentemente de um conceito evolutivo, relativizador e limitador do direito de propriedade que se afasta das concepções privatistas e individualista do Estado liberal para se aproximar do Estado social, no sentido de que os bens de produção devem servir ao interesse coletivo. De forma que o conteúdo da função social recruta o proprietário a agir de forma, não só a *utilizar a coisa* conforme sua destinação primitiva, mas utilizar de forma *adequada e integral* (não-subutilização) (ALVIM NETTO, 2009).

Em outro giro, Teori Zavaski anota que a função social está ligada a ideia de utilização socioeconômica dos bens e não especificamente ao conceito jurídico de propriedade. Segundo o autor, um conjunto de *bens*, considerados de forma ampla, estão sempre submetidos a uma destinação social, independentemente da sua titularidade jurídica dominial prevista no ordenamento. Ao distinguir a realidade fática de propriedade como um conceito jurídico, Zavaski ostenta que a função social se realiza mediante ações concretas por aqueles que possuem poder físico sobre a

144 Constituição de Weimar (1919), art. 153, “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*” (A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e seus limites resultam da lei”).

coisa, independentemente se são ou não detentores do título de domínio. Conclui “que o princípio da função social diz respeito muito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade” (ZAVASKI, 2004)

Essa interpretação ampliada da expressão “propriedade” abrangendo não só o conceito ofertado pela ciência jurídica, mas também as circunstâncias fáticas, a nosso sentir estão corretas¹⁴⁵. Entrementes, é curial uma distinção entre os conceitos de *direito de propriedade*, *função social da propriedade* e *função social posse*,¹⁴⁶ na medida em que pode ocorrer uma colisão aparente desses direitos fundamentais. Em demanda reivindicatória, por exemplo, proposta por proprietário que não respeita a função social em face de um possuidor que a cumpra, um desses princípios deverá ser afastado no julgamento do litígio.

De acordo com Zavaski, para situações concretas dessa natureza, cabe ao julgador e ao legislador formular regras de superação, harmonizando os princípios, optando-se pelo direito preponderante em face do momento histórico e dos valores jurídicos e sociais envolvidos¹⁴⁷.

Do mesmo modo, Arruda Alvim adverte que a *função social da posse* existe para auxiliar a função social da propriedade, podendo ocorrer o prestígio de uma situação possessória em detrimento do título dominial (ALVIM NETTO, 2009). No entanto, adverte que essa sobreposição deve vir sempre abrigada pelo direito positivo, caso em que a norma, enriquecendo uma determinada situação fática, introduz o conceito de *posse qualificada*, requisito hábil a produzir consequências em favor do possuidor.

O direito positivo traz vários exemplos disso: i) usucapião de imóvel rural, art. 1.239 (qualificada pelo trabalho e habitação); ii) usucapião de imóvel urbano, art. 1.240 (qualificada pela habitação); e iii) desapropriação judicial do art. 1.228, parágrafos 4º e 5º (qualificada pela realização de

145 A nosso sentir, o raciocínio está correto, pois a própria Constituição ao definir função social da propriedade rural (CF, art. 186), não se refere somente àqueles que detém o título de proprietário, mas também, o possuidor, arrendatário, meeiro, usufrutuário, etc. Esse conceito de função social presente na Constituição foi importado do art. 2º do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964.)

146 Como adverte o Prof. Rodrigo Reis Mazzei, embora ambos os institutos apresentem pontos em comum, os dois conceitos não se confundem. (op. Cit. Direito de Superfície)

147 Op. Cit. A tutela da posse na constituição...

obras e serviços por considerável número de pessoas, em conjunto ou separadamente, considerados pelo juiz como de interesse social e econômico relevante), além de outros presentes na legislação extravagante.

Portanto, a posse [qualificada] antecede e é hábil a produzir a propriedade, sendo sua causa e sua necessidade (FACHIN, 1988). A usucapião é exemplo emblemático dessa afirmação, em que se faz presente a autonomia do fenômeno possessório.

Na medida em que a posse se qualifica, seja pelo trabalho, habitação ou construção, se instaura novas configurações jurídicas, como nos casos citados acima, suplantando o direito de propriedade. Percebe-se, assim, que a função social é mais evidente na posse do que na propriedade, que permanece imutável, mesmo sem utilização. Enquanto a função social da propriedade impõe limitações ou restrições¹⁴⁸ em nome do interesse público, “a função social da posse revela uma expressão natural da necessidade comum entre todos os seres humanos, ou uma concessão a essa necessidade, na medida em que legitima o uso da coisa” (FACHIN, 1988).

Esse argumento é reforçado por Hernandez Gil, ao dizer que “enquanto o uso ou desfrute dos bens sobre os quais recai o direito de propriedade não é indispensável para sua existência, isso conta de maneira decisiva para a posse” (GIL, 1969).

A Constituição Federal de 1988 não se refere expressamente à posse como um valor social. No entanto é certo que o conceito de função social permeia todo o texto constitucional e a legislação civil, atentos à realidade social e aos movimentos sociais, produzindo o fato social transformador. A norma modifica o fato e este, do mesmo modo, sofre influência da norma (GIL, 1969).¹⁴⁹ “Posse e propriedade constituem, portanto, direitos funda-

148 Para Rodrigo Mazzei citado por Didier Junior. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. “a função social da propriedade é uma cláusula geral mista, conjugando traços das espécies restritiva e extensiva. Com efeito, é uma cláusula geral restritiva, pois “afeta as faculdades inerentes ao proprietário”, sendo também extensiva já que a conceituação no caso concreto de função social da propriedade remete à análise, em boa parte dos casos, ao disposto ao “estabelecido em lei especial. (MAZZEI, 2007, p. 5458). Disponível em: <http://goo.gl/p6ng6m>. Acesso em: 30 abr. 2016.

149 Trad. Livre: “*toda la realidad social queda afectada por el derecho, del mismo modo que este resulta afectado por aquélla.*”

mentais e ambos se vinculam, cada um a seu modo, a essa função social, pois isso interessa a todo espectro social. Como preleciona Hernandez Gil, a razão de ser da posse está naquilo que a separa da propriedade, na utilização mesma das coisas para provimento das necessidades básicas humanas de alimentação, habitação e lazer. No regime capitalista, a posse serve de contraponto ao monopólio da propriedade privada, como uma *concessão da necessidade*" (GIL, 1969, 211-213).

Por outro lado, essa sociabilidade [da posse] assume especial relevo quando imbricado aos bens ou *fatores de produção*. A terra, como fonte geradora de todas as riquezas naturais exerce historicamente papel central nos sistemas produtivos de qualquer organização social, socialista ou capitalista. Dentro dessa perspectiva de socialidade deve se ter um olhar especial às pequenas glebas rurais, instrumentos de produção e de subsistência em regimes de economia família, todo ele centrado no regime das situações possessórias.

A realidade social tem como pressuposto a necessidade de sobrevivência e esse sentimento, por vezes, ignora (e transforma) por completo as construções jurídicas que a categorizam. Um bom exemplo disso é que no período entre a suspensão do Regime das Sesmarias (1822) e a vigência da Lei de Terras (1850), o Brasil permaneceu sem uma legislação regulatória da questão fundiária, prevalecendo o *regime de posse* como única forma de aquisição e legitimação da propriedade privada (LOPES; MATTOS, 2006), conforme já destacamos no tópico 4.1.5. Ou seja, embora o conceito de propriedade já fosse bem conhecido desde o Império romano, a realidade social a desprezou por décadas, sem prejuízo para o desenvolvimento socioeconômico.

Um exemplo atual da influência da realidade social no direito positivo são as pequenas glebas. Nunca houve dúvida acerca da importância das pequenas propriedades rurais do Brasil como fator de desenvolvimento econômico e social nas áreas menos favorecidas. A região nordeste do Brasil concentra o maior índice de propriedades agrícolas familiares, em torno 50% de todo o país. De outro lado, 90% dos estabelecimentos agrícolas do Nordeste são de agricultura em regime familiar, sendo que 30% desse total está localizado no Estado da Bahia. A principal característica desse tipo de produção refere-se ao uso racional da terra que fica evidenciada pela diversificação do cultivo de produtos. Em alguns Estados a produção de

agricultura familiar se destaca em determinados seguimentos: o Maranhão tem 93% da produção de café; Alagoas 97% da produção de arroz em casca e lidera com Bahia com 91% da produção de mandioca. (VIEIRA, 2012).

Justamente nas regiões onde estão localizadas essas pequenas glebas de economia familiar o sistema de registral é mais precário ou menos acessível. Os negócios jurídicos envolvendo esses imóveis, a título singular e universal, ocorrem de forma verbal, ou por recibo de compra e venda, valorizando sobremaneira as posições possessórias, que são consolidadas pelo tempo, trabalho ou habitação.¹⁵⁰

Conforme o alvitre de João Pedro Paiva a *práxis* brasileira está nos chamados contratos de promessa de compra e venda, feitas por instrumento particular. A grande extensão territorial, associada ao parcelamento desordenado do solo rural, incentivou os pré-contratos, em que 40% das propriedades ocupadas, com situação jurídica consolidada, não são tituladas.

Tal circunstância, todavia, não é empecilho para obtenção de crédito rural para o pequeno agricultor, em razão do primado da função social da posse. Bem por isso foi criado em 1996¹⁵¹, pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF) com intuito de promover o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola no Brasil, nos termos do art. 187 da Constituição Federal. O objetivo do programa está no acesso ao crédito para custeio da produção familiar, com pretensão de diminuir o índice de êxodo rural e auxiliar a diminuição da desigualdade socioeconômica no campo.

A obtenção do crédito via PRONAF prescinde de qualquer *título dominial*, sendo possível o financiamento de agricultores familiares que explorem parcela de terra na condição de proprietário, *posseiro*, arrendatário, comodatário, meeiro, privilegiando claramente a posição possessória do

150 A prática brasileira está na utilização dos chamados contratos de promessa de compra e venda, feitas por instrumento particular. Com grande extensão territorial, a propriedade no Brasil foi dividida sem nenhuma programação. O êxodo rural precipitou o parcelamento do solo, o que se deu através de pré-contratos. [...]no Brasil, cerca de 40% das propriedades ocupadas, com situação jurídica consolidada, não são tituladas. É uma realidade social. (DÉCIO ANTÔNIO ERPEN; JOÃO PEDRO LAMANA PAIVA. Panorama histórico do registro de imóveis no Brasil). Disponível em: <http://goo.gl/ffTuYn>

151 Instituído inicialmente pelo Decreto n. 1.946, de 28 de junho de 1996.

pequeno agricultor, em obséquio à função social da posse e da propriedade (art. 187 da CRFB).

Mas não é só em relação aos imóveis rurais que o reconhecimento da posse se apresenta como realidade social e jurídica. Também houve transformações no direito fundiário *urbano*. O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), criado pela Lei n. 11.977/09, instituiu novos modelos de regularização fundiária urbana para fins de moradia em Zona Especial de Interesse Social – ZEIS (art. 60).¹⁵²

Trata-se de expediente direcionado a política pública habitacional com a regularização de assentamentos de fato e a titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, atendimento à função social da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tem o fim específico de regularização de ocupações urbanas de pequeno porte, de até 250 metros quadrados, permitindo que a posse, uma vez *legitimada* pelo tempo, seja convertida em título de *propriedade*.

Desse modo, após o transcurso de cinco anos, respeitados os demais requisitos do art. 183 da CF/88, a *posse legitimada* na esfera administrativa pode ser registrada no Cartório de Registro Geral de Imóveis (LRP¹⁵³, art. 288-A).¹⁵⁴

Trata-se de fato inédito no direito brasileiro, em que se promove uma certa aproximação do instituto da *posse* a categorias dos direitos reais (TREVELIM, 2014).

Nas palavras de Hernandes Gil essa posituação ocorre para acomodar a estrutura normativa da posse às realidades presentes e atuantes, uma vez que os *atos* são algo a mais do que o simples campo de projeção dos preceitos pois, por pertencerem ao mundo empírico, às vezes se tornam imperceptíveis à normatização” (GIL, 1969).

No âmbito da *posse indígena* a função social se opera com um elemento intrínseco, ou condição de possibilidade.

152 Nova redação dada pela Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011.

153 Lei dos Registros públicos (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

154 Para entendimento amplo sobre o procedimento de legitimação da posse e regularização fundiária veja-se o sítio eletrônico da Defensoria Pública de São Paulo. Regularização Fundiária Urbana Como aplicar a Lei Federal n. 11.977/2009. Disponível em :<<http://goo.gl/Smf3Og>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

Quando propusemos um reducionismo da previsão dos direitos indígenas no plano sintático, a partir dos elementos presentes no art. 231 da CRFB, ficou registrado que *os* direitos originários à posse usufrutuária são reconhecidas apenas se satisfeitas as condições de habitação permanente e utilização para suas *atividades produtivas*, necessárias à sua reprodução física, cultural e preservação do seu bem estar, de acordo com os seus usos, costumes e tradições.

Cuida-se, assim de posse *qualificada* pelo trabalho, pela habitação e pela necessidade de reprodução física e cultural, amplitude que não encontra paralelo em qualquer espécie possessória. Conforme Teori Albino Zavasky, a posse indígena é um modo especialíssimo de tutela em favor de não-proprietário. Relembremos os seus requisitos:

Art. 231. São **reconhecidos** aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre **as terras que tradicionalmente ocupam** [...]

§ 1º São **terras tradicionalmente ocupadas** [...] as por eles **habitadas** em caráter permanente, as **utilizadas para suas atividades produtivas**, [...] **preservação dos recursos ambientais** necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural [...] (gn)¹⁵⁵

Sendo assim, para a configuração da função social da posse indígena, não basta a simples *ocupação* do espaço geográfico. É preciso que a área seja igualmente habitada pela coletividade servindo de morada definitiva e perene.

Além disso, o lugar ocupado e habitado deve ser o mesmo onde exercem suas *atividades produtivas*. Essa atividade não precisa ser necessariamente rústica ou agropastoril, podendo estar relacionada com qualquer outra que lhes garanta o sustento conforme as contingências socioeconômicas. Desse modo, atendem ao comando constitucional atividades como

155 Leia-se o dispositivo da seguinte forma: *ocupação tradicional* = terras [já] ocupadas; terras [já] habitadas de forma perene; terras que [já] estejam sendo utilizadas para atividade produtiva; necessárias à sua reprodução física e cultural.

o agroturismo, comércio de artesanato, ou ambas em conjuntamente.

Por fim, agrega-se ao conceito da função social a necessidade da preservação ambiental do espaço em que se inserem, não só em favor da fauna e flora, mas como fator imprescindível à sua própria reprodução física e cultural. Dito de outra forma, o regime especial de posse lhes impõe um sistema de exploração sustentável dos recursos naturais, pois a eles também é aplicável o art. 225 da CRFB.

6 O conflito étnico e a proteção processual da posse

6.1 Generalidades

A história dos conflitos humanos se confunde, em larga medida, com a história da conquista de territórios. A terra, fonte geradora de todas as riquezas naturais, é o epicentro de uma intensa disputa protagonizada por indivíduos, famílias, comunidades e pelo próprio Estado. No Brasil, o primeiro contato entre o homem civilizado europeu e os povos autóctones deu início a um conflito interétnico que perduraria pelos próximos cinco séculos.

A legislação lusitana da Colônia e do Império e as leis editadas na velha e na Nova República foram pródigas na tentativa de pacificar as relações entre os dois povos, mas os embates entre índios e não-índios na proteção

recíproca de sua territorialidade, iniciados no período cabralino, persistem até os dias atuais. A Constituição de 1988, impregnada de um intenso sentimento reparatório, promove um grande esforço para positivar regras de proteção e concessão de direitos sociais às minorias étnicas, indígenas e quilombolas e outros grupos considerados vulneráveis.

Na América Latina e também no Brasil, a partir da década de 1990, as reivindicações dos direitos tribais reverberaram uníssonas em busca de sua territorialidade, ponto de partida de onde irradiam as demais conquistas. Com apoio de organismos internacionais, os processos demarcatórios alavancaram entre os anos de 1995 e 2008, alcançando índices e resultados inéditos. O saldo atual desse movimento é que as terras de ocupação tradicionais já somam 13% do território nacional, distribuídos nas cinco regiões do país e na quase totalidade dos Estados¹⁵⁶. Todo esse espaço geográfico é habitado por comunidades que representam apenas 0,26% da população brasileira.¹⁵⁷

6.2 Causas imediatas do conflito

Modernamente, o conflito de interesses entre índios e não-índios se instaura, via de regra, a partir de duas circunstâncias experimentadas no campo dos fatos. A primeira delas se relaciona aos movimentos de *etnogêneses* (ver tópico 5.2) ou reetnização, em que grupos humanos miscigenados se autodeclararam descendentes de etnias indígenas e se organizam para uma reconfiguração cultural e identitária, com o objetivo de promover o ressurgimento de comunidades tribais já extintas ou quase extintas. A partir dessa primeira etapa organizacional, iniciam a reivindicação de um espaço territorial na mesma localidade geográfica que, supostamente, teria sido ocupada pelos seus ancestrais, em passado remoto. Nesse estágio, os grupos interessados mantêm entre si tão somente a consciência de pertencimento a uma etnia. Não existe entre eles, necessariamente, a interligação com a mesma cultura, crença, religião ou língua, já que estes

156 A única unidade federativa que não possui terras indígenas é o Estado do Piauí (PI) (FUNAI, 2015a).

157 Censo demográfico realizado pelo IBGE, em 2010 (FUNAI, 2015a apud AZEVEDO).

elementos somente serão construídos após o assentamento no mesmo espaço territorial.

Imbuídos de um sentimento étnico e cultural, o grupo em processo de reterritorialização busca apoio junto ao órgão de assistência (a Fundação Nacional do Índio – Funai) para reivindicar sua re-territorialização, sob o argumento de que a área foi habitada por seus antepassados em tempos imemoriais. Nesse estágio do processo, não há qualquer preocupação com o fato de que essas áreas já estejam ou não ocupadas por propriedades rurais ou urbanas.

Nesse estágio o grupo interessado conta com apoio institucional¹⁵⁸, fornecido pelo Conselho Missionário Indianista (CIMI), e financeiro, por organizações não-governamentais brasileiras e estrangeiras conveniadas, do qual trataremos adiante.

Inicialmente são feitas as sondagens junto à Funai a fim de que o órgão promova os estudos antropológicos com vistas a identificar possível caracterização da ocupação tradicional. Em sua maioria, essas glebas sob reivindicação são de dimensões superlativas, abrangendo milhares de hectares.¹⁵⁹

Iniciados os estudos demarcatórios, ou mesmo antes de qualquer iniciativa estatal, os grupos reivindicantes, autodeclarados indígenas, iniciam os desapossamentos forçados das terras que entendem de ocupação tradicional, desalojando subitamente os seus atuais ocupantes. Esses atos coletivos, executados por meio de invasões sistemáticas e progressivas em desfavor dos atuais proprietários ou possuidores são denominados pelos índios, igreja e pelos antropólogos de “*retomada*” de território.¹⁶⁰

158 A atuação do CIMI quanto à terra constitui-se “[...] no apoio à luta dos povos e comunidades indígenas pela recuperação, demarcação e garantia da integralidade de seus territórios. A terra é condição de vida e de realização plena da cultura de cada povo indígena. Nesta perspectiva, o Cimi assume como bandeira de luta a proteção dos territórios de todos os povos indígenas, inclusive daqueles que permanecem sem contato com a sociedade brasileira” (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2015b).

159 Um hectare equivale a um quadrado de 100m x 100m, que é igual a 10.000 metros quadrados, ou seja, corresponde à área de um campo de futebol profissional.

160 Para um melhor entendimento sobre o significado de processos denominados *retomada*, recomenda-se o trabalho de Alarcon (2013).

A segunda causa mais comum da disputa interétnica pela terra ocorre nos casos em que já existe uma demarcação indígena homologada de acordo com as formalidades legais, mas, em função de algum inconformismo ou interesse interno, a comunidade indígena deseja uma *ampliação* territorial. Para dar efetividade imediata a essa nova pretensão, a comunidade promove a invasão das propriedades confrontantes, reiniciando os processos de disputas possessórias, à semelhança dos movimentos de etnogênese.

A maioria das divergências interétnicas, portanto, é engendrada em terras ainda não demarcadas, ou seja, em que não houve homologação presidencial. Nelas, as disputas se instauram pela mera manifestação de vontade do grupo indígena em caracterizá-las como tradicionais, ou ainda, em terras já demarcadas onde se objetiva ampliação do território.

De acordo com o rito procedimental específico, previsto no Decreto n. 1.775/96, a ocupação definitiva das terras demarcadas e, conseqüentemente, a extrusão dos seus atuais proprietários ou possuidores só pode ocorrer depois da publicação do ato de homologação presidencial do ato demarcatório (BRASIL, 1996).

Na análise conjunta do indigitado Decreto e da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), é possível verificar as diversas etapas do procedimento demarcatório que envolve atos administrativos complexos: i) estudos prévios antropológicos de identificação e delimitação; ii) estudos complementares: etno-histórico, sociológico, jurídico, cartográfico, ambiental e levantamento fundiário de delimitação feito por grupo técnico (GT) e coordenado por antropólogo; iii) elaboração e entrega de um relatório circunstanciado pelo grupo técnico à Funai com a caracterização da terra indígena a ser demarcada; iv) publicação do relatório no Diário Oficial da União (DOU) e no Diário Oficial do Estado-membro respectivo, após sua aprovação pela FUNAI; v) fase do contraditório administrativo com juntada de documentos pelos interessados, estados e municípios envolvidos, cujo prazo se inicia com o primeiro ato administrativo e se estende até 90 dias após a publicação do relatório no DOU; vi) portaria do Ministro da Justiça determinando a demarcação; vii) demarcação física; viii) levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios; e ix) homologação da demarcação será veiculada

por meio de decreto, a cargo da Presidência da República, após oitiva e proposta do Ministro da Justiça.

Levando em conta a literalidade da lei, somente após o ato homologatório presidencial é que as eventuais disputas possessórias deveriam se encerrar, restando aos proprietários e possuidores apenas a discussão em torno dos valores da indenização da terra nua (art. 19, § 2º, da Lei n. 6001/73) (BRASIL, 1973a).

A realidade no campo fático, todavia, discrepa desses ideais legislativos. As invasões de terras ainda sob estudo do grupo técnico da Funai, como já se acentuou, se iniciam bem antes de qualquer ato oficial de reconhecimento da ocupação tradicional e continuam ocorrendo durante todo o procedimento demarcatório.

A disputa se inicia, portanto, como uma mera *pretensão* ou reivindicação de delimitação junto ao órgão de assistência de uma determinada área e não propriamente de um *direito possessório indígena*, que somente será reconhecido ou declarado ao final do procedimento administrativo, submetido ao contraditório.

Não se nega, entretanto, que as ações sistemáticas de desapossamento sob justificativa das etnogêneses constituem *atos sociais* estratégicos sob a forma de instrumento de pressão junto aos órgãos governamentais para consecução dos seus desideratos. Como exemplo, cita-se o modo de agir do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), cujas invasões são denominadas de “ocupação”.¹⁶¹

No entanto, essa produção social, por ser de inspiração anárquica,

161 “Nesse sentido é o pensamento de João Pedro Stédile: “[...] a ocupação dá esse sentido de unidade às pessoas para lutarem por um mesmo objetivo. Passar pelo calvário de um acampamento cria um sentimento de comunidade, de aliança. Por isso é que não dá certa ocupação só com homem. [...] tem que ter família. Outro aspecto é que ela [ocupação] desmascara a lei. Se não ocupamos, não provamos que a lei está do nosso lado. É por essa razão que só houve desapropriação quando houve ocupação. É só comparar. Onde não tem MST, não tem desapropriação. [...] a lei só é aplicada onde existe iniciativa social, essa é a norma do direito. Nossos alunos aprendem isso no primeiro dia de aula. A lei vem depois do fato social, nunca antes. O fato social na reforma agrária é a ocupação, as pessoas querem terra para depois aplicar a lei. [...] mas as ocupações de terras continuam a ser a principal forma de pressão de massas que os camponeses têm para fazer a reforma agrária avançar [...]” (STÉDILE; FERNANDES, 1999, p. 114-117).

não leva em conta qualquer compromisso moral com os indivíduos que serão submetidos aos efeitos deletérios dessas ações, nem tampouco com o ordenamento vigente, e muito menos com o devido processo legal. Paradoxalmente, no entanto, ao se dirigirem ao judiciário para reivindicar ou defender os seus interesses, invocam como fundamento o Estado Democrático de direito.

6.3 O litígio estrutural fundiário

Em razão da elevada complexidade da questão fundiária envolvendo minorias étnicas, pequenos produtores rurais e os entes federativos, essas disputas possessórias e o eventual procedimento demarcatório repercutem de forma substancial e definitiva em vários outros segmentos: i) *social*, pelo êxodo forçado de centenas de famílias, em geral de pequenos produtores rurais em razão da desintrusão forçada; ii) *geopolítico*, pela afetação na dimensão territorial dos estados, municípios ou áreas de fronteiras internacionais; iii) *econômico*, pela modificação do espectro produtivo agro-pastoril, agroindustrial e, eventualmente, energético e turístico; iv) *ambiental*, em razão da possibilidade de sobreposição do espaço geográfico da terra indígena em unidades de conservação; e v) *jurídico*, pela alteração da titularidade da terra do domínio particular em favor da União, bem como da *posse* que é transferida à comunidade indígena reivindicante.

Aos proprietários rurais, prejudicados pela ação invasora dos grupos ressurgidos, não resta alternativa senão judicializar o conflito, haja vista que o antagonismo das posições dos sujeitos é inconciliável.

No plano do judiciário, o desafio central converge para a identificação de uma correta ponderação entre as duas forças normativas de proteção de um mesmo bem jurídico – o direito à terra – mas que estão alicerçadas em fontes legitimadoras e requisitos diversos: de um lado a *posse indígena* que encontra fundamento na *ordem social*, e de outro, o direito à *propriedade privada*, elencada entre as cláusulas dos *direitos e garantias fundamentais*.

Demandas possessórias interétnicas constituem, portanto, o que a doutrina moderna vem chamando de *litígio estrutural*,¹⁶² que, ao se mate-

162 Litígio estrutural refere-se às decisões estruturais (*structural injunctions*), concebidas

rializar no plano judicial, se converte em casos considerados difíceis (*hard cases*). Dito de outra forma, a controvérsia jurídica não se resolve satisfatoriamente com a simples utilização do sistema processual binário, de subordinação e congruência entre o pedido e a sentença, sendo curial permitir ao julgador “[...] novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta” (ARENHART, 2013, p. 5).

6.4 Proteção processual da posse

O corte metodológico do presente trabalho não autoriza o exame minucioso do instituto de posse civil em seu aspecto material, pois o sentido deste estudo caminha na direção do entendimento e sistematização da proteção processual da posse nos conflitos coletivos interétnicos. De fato, qualquer registro doutrinário a respeito do tema da posse, tal como sua história, natureza jurídica e classificação, seria mera reprodução de outros trabalhos que podem ser encontrados em farta bibliografia nacional e estrangeira. Nada obstante, vale a advertência de que essa omissão anunciada em nada prejudica a compreensão do assunto, pois, sempre que necessário ao correto entendimento dos institutos processuais, os conceitos e fundamentos do direito civil serão trazidos à lume.

Por último, em razão dessa advertência é preciso ter presente que o objeto de nossa análise tem como referencial primário a *propriedade imobiliária rural*.

6.5 Fundamentos da posse

O estudo das ações possessórias não dispensa uma breve consideração acerca dos fundamentos da proteção da posse, de forma a apresentar um contorno de sua relevância no mundo social e evidenciar a razão de seus efeitos protetivos na ordem jurídica. Ou seja, é preciso indagar

pela doutrina norte-americana para as questões coletivas em que se exigem soluções além das relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente e se orientem para uma perspectiva futura de natureza profilática (ARENHART, 2013).

desde logo qual o motivo ou importância da proteção da posse para o ordenamento (CIMARDI, 1997). Por que motivo se fornece proteção a um estado de fato, constituído unilateralmente, sem a concorrência da vontade de um eventual prejudicado? (BESSONE, 1996).

É certo que todas as instituições jurídicas refletem uma circunstância socioeconômica, aliada a um paradigma ético e valorativo. Investigar o fundamento de determinado instituto no campo do direito é trazer luzes sobre esse conjunto de ideias (HERNÁNDEZ GIL, apud FIGUEIRA JÚNIOR, 1995).

A proteção da posse é fundamentada em várias teorias, destacando-se a classificação doutrinária é feita por Rudolf Von Jhering que a subdivide em: i) *absoluta*: quando na base da *proteção* é o próprio instituto da posse, tal como a ordem pública, a propriedade ou a interdição de violência. Nesse caso a posse é defendida em si mesma como um ato de vontade, sem correlação com outro elemento externo (GOMES, 1978) ou; e ii) *relativa*: cujo conteúdo protetivo se projeta para fora de seu próprio conceito, em que a garantia é oferecida pelo direito em razão de uma ordem geral ou especial (CIMARDI, 1997).

Uma dessas teorias *relativas* é sustentada por Savigny, reputando a proteção possessória como um ato de *interdição da violência contra a pessoa*, em que o Estado não deve permitir a prática de uma conduta antissocial como a turbacão e o esbulho, ao tempo em que oferece ao possuidor os meios de defesa como forma de impedir a justiça privada, mantendo a paz e a ordem pública (GOMES, 1978).

Jhering, ao seguir a linha relativista, defende a tutela da posse como um *complemento da proteção da propriedade* (CIMARDI, 1997). Admite que, embora nem todo possuidor seja proprietário, a defesa da posse é um *complemento indispensável*, até mesmo contra o proprietário que não tem a posse. Adota uma perspectiva segundo a qual a proteção possessória foi instituída para *aliviar e facilitar* a defesa da propriedade naqueles casos em que a comprovação da propriedade é impossível. Acrescenta que, para ser protegido como possuidor, basta demonstrar a sua posse, e que isso traz benefício ao proprietário e ao não-proprietário, inevitavelmente (JHERING, 2005). Jhering objeta com veemência a concepção de Savigny. Segundo ele, se a posse deve proteger a pessoa, deveria ser concedida aos detentores que também sofrem a violência, além do que não teriam explicação para as ações clan-

destinadas nas quais há lesão da posse sem violência (BESSONE, 1996).

No que tange às teorias *absolutas*, a posse é tutelada em si mesma, sem a interferência de institutos externos (violência, direito de propriedade, ordem pública), e o seu fundamento é encontrado na própria posse (BESSONE, 1996), seja na vontade ou na categoria econômica independente (CIMARDI, 1997). São partidários da teoria absoluta Gans, Putschta, Windscheid e Bruns, segundo os quais a *vontade* se incorpora na posse, estando ou não essa vontade em conformidade com a lei que é, até prova em contrário, deve ser respeitada (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995). No plano da categoria econômica, a posse é uma forma de utilização dos bens em razão de sua função útil em si mesma, devendo ser protegida pelo ordenamento na medida em que satisfaz a necessidades humanas (CIMARDI, 1997).

Joel Dias Figueira Júnior elenca várias outras teorias explicativas da proteção da posse, entre elas: a dogmático-jurídica; paz e ordem social; econômico-social; proteção da personalidade; socioeconômica, em razão do poder fático de ingerência e da função social, esta última já analisada (5.8).

De acordo com Perozzi e Saleilles (apud CIMARDI, 1997), a doutrina estabelece cinco diretrizes da proteção possessória, quais sejam: técnico jurídica, econômico-social, historicista, seguridade social e numerosos sincretismos. Para o espanhol Antonio Hernández Gil, o fundamento da tutela possessória está relacionado à segurança jurídica, de modo que seu *status* não seja alterado pelas vias de fato. Ele acrescenta que o instituto da posse transcende as raízes romano-germânicas, cuja realidade se insere em sua inegável *função social*, suficiente a dar relevância à sua realidade fática e jurídica (HERNÁNDEZ GIL, apud CIMARDI, 1997).

Disso tudo, o que se vislumbra é que as teses explicativas da proteção da posse são muitas e variadas (CIMARDI, 1997), o que leva a uma conclusão de que, no plano filosófico, a resposta não comporta uma verdade unívoca. A mesma reside no somatório de todas elas, na medida em que são pertinentes os argumentos que tomam em consideração a paz social, a proteção da pessoa, a segurança jurídica, a função útil ou defesa dos direitos subjetivos individuais.¹⁶³

163 Para Caio Mário da Silva Pereira, nenhuma das teses explicativas satisfaz plenamente, ao tempo em que vê alguma utilidade realística nas teses defendidas

No aspecto normativo, todavia, o que determina a tese adotada é o próprio direito positivo, conforme a dinâmica social. Entre nós, como afirma o mestre José Manoel de Arruda Alvim Neto (ALVIM NETO; COUTO, 2009), tanto no direito precedente como no atual, o fundamento principal é de que a proteção se dirige em favor do direito de propriedade, cuja referibilidade está no texto do art. 1.196, do Código Civil Brasileiro.¹⁶⁴ Ou seja, o instrumento existe para aquele que é o dono, ainda que a proteção possessória possa vir até mesmo em detrimento do proprietário, especialmente pelo motivo de não mais existir *exceção de domínio* no direito brasileiro, conforme as disposições dos arts. 1.210, § 2º, do Código Civil Brasileiro,¹⁶⁵ (BRASIL, 2002b), e art. 557, do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a).

Nesse mesmo sentido, Fredie Didier Jr., para quem a tutela jurídica da posse justifica-se como um mecanismo mediato de proteção do domínio. Protege-se o possuidor porque ele exerce os poderes inerentes ao domínio e, muito provavelmente, é o titular do direito sobre a coisa. Ao agir assim, o legislador busca valorizar aquele que explora economicamente a coisa, seja trabalhando, seja residindo no bem possuído (DIDIER JÚNIOR, 2008).

Feitas essas considerações propedêuticas, adentra-se especificamente no estudo dos remédios jurídicos-processuais *stricto sensu* de defesa da posse, com enfoque específico na propriedade imobiliária rural.

6.6 As ações interditas

Na origem, os interditos romanos (*interdicta retinendae possessionis*) relacionavam-se com uma função pública e social pacificadora das relações fáticas intersubjetivas com a *terra*, protegendo pessoas ou coisas contra a violência e o arbítrio (MIRANDA, 1977).

por Ihering (PEREIRA, 1981).

164 Código Civil Brasileiro: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002b).

165 Idem. art. 1.210 [...] § 2º: “Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa” (BRASIL, 2002b).

No direito brasileiro, os métodos protetivos de defesa da posse estão espalhados pelo Código Civil e no Código de Processo Civil, sem que haja uma separação absoluta entre eles (CIMARDI, 1997). Por esse motivo é inevitável o trânsito jurídico entre os aspectos processuais, materiais e constitucionais que lhes são pertinentes, no jogo dialógico.

O nosso sistema jurídico processual dispõe de vários mecanismos destinados à proteção possessória, alguns deles com fundamento jurídico no direito de posse (*jus possessionis*), e são conhecidos como ações possessórias *stricto sensu* ou *ações interditais* (heterotutela). Existem ainda outros instrumentos que se denominam ações possessórias *lato sensu*, e podem ter como supedâneo tanto o *jus possessionis* como o *jus possidendi*. Os interditos¹⁶⁶ se destinam à defesa da posse considerada em si mesma, ou seja, sem se correlacionar com o título dominial eventualmente existente (*causa possessinis*), ao passo que possessórias *lato sensu* se prestam tanto à defesa de um direito real ou na proteção da posse pura e simples (CIMARDI, 1997). Há previsão também da defesa da posse pela autotutela (sem interferência do Estado-Juiz), seja por meio da legítima defesa na turbação ou o desforço imediato (autotutela) no esbulho.

A título de ilustração, não é demais citar que alguns exemplos de ações possessórias *lato sensu*, colocando entre parêntesis o respectivo bem jurídico protegido, são: a *imissão de posse* (= domínio); *demolitória* (= a coisa); *dano infecto* (= indenização); *nunciação de obra nova* (= a coisa); ação petítória (= propriedade); *embargos de retenção por benfeitorias* (= impede o pronunciamento judicial); e *demarcatória* (= propriedade) (CIMARDI, 1997).

É fácil observar, portanto, que todos esses remédios processuais, embora estejam protegendo indiretamente a posse ou domínio, têm como fundamento *imediato* outro bem jurídico e, por essa razão, não podem ser

166 Conforme Nelson Nery Júnior, “a expressão interditos possessórios, à qual podem corresponder também ações possessórias e remédios possessórios, nos foi legada pela tradição oriunda do Direito Romano. Os *interdicta* visavam à proteção do interesse público e eram extensíveis à proteção da posse. A natureza jurídica da posse era, entre os romanos, diversa da dos direitos subjetivos, considerados meramente privados, estes sim protegidos pelas *actiones*. Somente a partir do processo formulário é que se iniciou, por assim dizer, uma tênue autonomia dos *interdicta*, quando, no que respeita aos interditos possessórios, se lhes foi reconhecida a possibilidade de serem classificados como *judicia simplicia* ou *duplicia*” (NERY JUNIOR, 2001, p. 104).

nominados essencialmente como possessórios. Nesse particular nos afinamos com a lição de Nelson Nery Júnior, para quem a natureza jurídica da ação possessória se firma somente quando a *posse* se apresenta com o fundamento (causa de pedir) e também o pedido (pretensão). Ausente um desses elementos, a ação será petitória (NERY JUNIOR; NERY, 2013).^{167 168}

Segundo a orientação da doutrina de Adroaldo Furtado Fabrício, “o código reconhece apenas três espécies de ações possessórias: *reintegratória*; de *manutenção*; e *interdito proibitório*” (FABRICIO, 1984, p. 369). A conformação dessa tipagem limitada leva em conta que em cada uma delas o âmbito de discussão se restringe exclusivamente ao direito de possuir (*jus possessionis*), abstraindo-se, por conseguinte, qualquer pretensão de índole dominial. Quis o legislador processual que assim fosse e, por esta razão, as inseriu em capítulo próprio do Código de Processo Civil¹⁶⁹, sob a epígrafe “Das ações possessórias”, atribuindo-lhes, em adição, a característica de se submeterem a um *procedimento especial*.

A previsão normativa dos três tipos legais obedece a uma gradação e distinção, conforme o grau de ofensa da posse: a *reintegração*, para o caso de esbulho (perda da posse); a *manutenção*, quando ocorrer a turbação (perturbação); e o *interdito*, quando derivar de ameaça. Adroaldo Fabrício pondera que não existem diferenças ontológicas entre as várias formas de ataque à posse, estando sua distinção atrelada ao grau de intensidade e pela extensão da ofensa em relação à circunstância fática do possuidor, variando de um grau mínimo (ameaça) ao grau máximo (privação) (FABRICIO, 1984). As características e distinções entre cada uma dessas formas serão explicitadas a seguir, bem como serão fixados os pontos mais relevantes de sua conformação na técnica processual.

167 Por esta razão, Nelson Nery Júnior elenca a ação publiciana como ação real, pois o fundamento defensivo é a propriedade ainda não declarada em sentença.

168 No mesmo sentido, Bruno Silveira de Oliveira, para quem a espécie postulatória é individualizada pelo pedido e causa de pedir e é de onde se infere a função procedimental específica e dados sobre a *fattispecie* (OLIVEIRA, B. S., 2011).

169 A configuração topográfica, inserindo as ações possessórias em capítulo próprio, pode ser vista tanto no CPC de 1973 como no Novo CPC, de 2015.

6.6.1 Reintegração de posse

A ações de reintegração e manutenção estão previstas, tanto no Código de Processo Civil (CPC), de 2015,¹⁷⁰ (art. 560), como no Código Civil (CC) (art. 1.210).¹⁷¹ O objeto da reintegratória é a recuperação da posse (GOMES, 1978) em que se pretende a restauração do possuidor à sua situação possessória (*status quo ante*) alterada em face do esbulho (CIMARDI, 1997), que retirou do possuidor o seu poder fático, total ou parcialmente (ALVIM NETTO, 2004), ou ainda quando o possuidor direto deixa de restituir no tempo devido a posse de imóvel ao possuidor indireto.¹⁷² ¹⁷³ O esbulho é ato humano, violento ou pacífico,¹⁷⁴ praticado contra a vontade do possuidor e o pedido de reintegração tem como pressuposto uma perda *efetiva* da posse, seja: i) na presença do possuidor, com ataque direto ou ameaça física à pessoa; ou ii) na sua ausência, quando o ato é clandestino, ou ainda por abuso de confian-

170 CPC 2015 art. 560. “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho” (BRASIL, 2015a).

171 Código Civil, art. 1.210. “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado” (BRASIL, 2002b).

172 Cf. Nesse sentido, o Prof. Arruda Alvim adverte que “na doutrina alemã nega-se a possibilidade de ação possessória do possuidor indireto contra o direto”. Diz o autor alemão que “nas relações entre ambos os possuidores existe a defesa da posse somente para o possuidor (= possuidor direto) em relação ao possuidor indireto, nunca deste contra aquele” (“*Im Verhältnisse beider Besitzer unter einander genießt den Besiþschuß nur der Besitzer gegenüber dem mittelbaren Besitzer, niemals dieser gegenüber jenem*”) (ALVIM NETTO, 2004, p. 260).

173 Cf. RE n. 70653 (BRASIL, STJ, 1996b); EDRE n. 84047; EDRE n. 49309; RE n. 114068-SP (BRASIL, STF, 1987); RE n. 77275-SP (BRASIL, STJ, 1996c); RE n. 831774-RS (BRASIL, STJ, 2007c); RE n 77238 (BRASIL, STF, 1974); REsp. n 276269-RJ (BRASIL, STJ, 2001b); REsp. n 236454-MG (BRASIL, STJ, 2001c); REsp. n. 143707/RJ (BRASIL, STJ, 1998); REsp. n. 64170/SP (BRASIL, STJ, 2001d); REsp. n. 51794-SP (BRASIL, STJ, 1996d); REsp. n. 34197-SP (BRASIL, STJ, 1996e); REsp. n. 19992-SP (BRASIL, STJ, 1995d) (ALVIM NETTO, 2004).

174 Cf. A respeito, Carlos Roberto Gonçalves: “Encontra-se atualmente superada antiga polêmica sobre se o esbulho pacífico daria lugar à ação de reintegração de posse. A lei confere a aludida ação diante de uma posse e de um esbulho, sem fazer qualquer distinção entre o violento e o pacífico. A jurisprudência vem, iterativamente, decidindo que a proteção possessória não pode ser negada em caso de esbulho pacífico, uma vez que, mesmo praticado sem violência ou clandestinidade, contém o vício da precariedade e priva, de qualquer forma, o possuidor da sua posse” (GONÇALVES, 2012b, p. 142).

ça (CIMARDI, 1997). Estando o possuidor ausente, não há perda da posse até que este esteja ciente do ocorrido e não puder retomar a coisa em razão do ato violento (CC, art. 1224) (BRASIL, 2002b).

Há discussão na doutrina se para caracterização do esbulho é necessário o elemento psíquico do *animus spoliandi*. Consoante afirma Cláudia Cimardi, com base na doutrina italiana, o esbulho na categoria de um ato ilícito, contrário ao direito, idôneo a constituir uma nova posse, deveria corresponder a uma intenção dolosa ou culposa. No entanto, não há exigência normativa a invocar tal requisito, bastando a mera ofensa à posse para que o esbulho esteja configurado, independente da intenção culposa ou dolosa (CIMARDI, 1997).

6.6.2 Manutenção de posse

Na manutenção, o que se pretende é garantia da *plenitude* da posse, seja afastando atos incômodos de usurpação que dificultem o seu exercício (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015) ou conservando o seu uso e gozo diminuído pela turbação (ALVIM NETTO, 2004). Turbar, assim, relaciona-se com o incômodo, a perturbação de usufruir, gozar ou dispor da coisa, ou seja, *turbação* é todo ato que embaraça o livre exercício da posse (GONÇALVES, 2012a). Um dos requisitos específicos para o deferimento liminar da manutenção é de que o autor comprove que permanece na posse do bem (art. 561, inciso IV), pois, ocorrendo sua perda, a figura jurídica se transmuda em esbulho (perda da posse).

A turbação pode ser positiva ou negativa: *positiva*, quando resulta da prática de atos materiais sobre a coisa, como a passagem pela propriedade alheia ou ingresso para retirar água; ou *negativa*, em que o turbador apenas embaraça ou impede o livre exercício da posse, como no caso do possuidor utilizar a porta de entrada de sua propriedade ou o caminho de ingresso em seu imóvel (GONÇALVES, 2012b).

Segundo Pontes de Miranda, enquanto na ação de manutenção há forte elemento *declarativo*, pois não se invade a esfera jurídica de terceiro, na reintegração existe um propósito *executivo*, pois a decisão que reintegra, executa. “Não há *executo* na manutenção; há-o na reintegração” (MIRANDA, 1977, p. 228).

6.6.3 Interdito proibitório

“O interdito é tutela possessória destinada a inibir atos de agressão que podem levar à turbação ou o esbulho” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 614) iminente, ou seja, o possuidor quer se antecipar, justamente para evitar que ocorra uma progressão da lesão de seu direito possessório. No interdito proibitório, o ofendido, além de demonstrar a sua posse antecedente, deverá deixar evidenciado que está sofrendo ameaça de turbação ou esbulho, para o fim de comprovar o seu *justo receio* (art. 567, NCPC) (BRASIL, 2015a).

O temor que induz a concessão da liminar não pode ser subjetivo, mas tem que estar fundado em elementos objetivos, contextualizado no plano dos fatos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015). Tratando-se de defesa preventiva, o legislador achou por bem prever a cominação de multa para o caso de descumprimento do mandado proibitório, como forma de desestimular a concretização da moléstia. Cabe aqui o alvitre de Cláudia Cimardi, de que tal medida revela a efetivação da atuação do poder judiciário diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) (CIMARDI, 1997) (BRASIL, 1988), mesmo no caso de simples ameaça a direito.

Como já salientado, no caso dos interditos proibitórios é essencial a prova do *justo receio* e da violência *iminente* tendente a molestar a posse, não bastando a simples suspeita (MIRANDA, 1977) ou ilação do possuidor, mas sua contextualização objetiva (CIMARDI, 1997). Afirma Joel Dias Figueira que o *justo receio* é um conceito indeterminado (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995), ficando a cargo do julgador aquilatar a situação concreta que se apresenta a julgamento. Haverá circunstâncias em que a simples verbalização da ameaça poderá caracterizar ou não o justo receio. Pondera Pontes de Miranda que a ameaça de moléstia (turbação ou esbulho) não supõe uma imediatidade, uma ação próxima, mas deve ser entendida como um ato futuro que não esteja tão distante de, ao ponto do interesse de proteção, ser desqualificado por força do tempo decorrido (MIRANDA, 1977).

De qualquer forma, não se exige no interdito que o molestador pratique qualquer ato físico em relação à posse, pois nesse caso se estaria diante de turbação. Por fim, a nosso sentir, havendo dúvida razoável acer-

ca da probabilidade de a moléstia se efetivar, a tutela interdita deve ser deferida, pois cuida-se de medida meramente preventiva, com grau mínimo de intervenção na esfera jurídica do virtual ofensor.

6.6.4 Requisitos comuns às ações possessórias

As ações possessórias têm como fundamento o *fato jurídico posse* (art. 561), que constitui não só a *causa de pedir* (fundamento), mas também o *pedido* (NERY JUNIOR; NERY, 2013) das tutelas interditais. A afirmação pelo autor de sua posição possessória, juntamente com a descrição dos ilícitos de esbulho, turbação ou ameaça, compõe a *causa petendi* nas demandas de reintegração, manutenção ou interdito, respectivamente (ALVIM NETTO, 2004). Tem-se assim, que a causa de pedir remota é a situação possessória (fato) e a causa de pedir próxima (fundamentos jurídicos) é o molesto sofrido pelo autor.

Para obtenção da liminar possessória, devem estar presentes, além dos requisitos gerais da peça inaugural (NCPC, arts. 319 e 320) (BRASIL, 2015a), todos os *requisitos específicos*, quais sejam: i) a *posse justa* e contemporânea ao ato lesivo (CIMARDI, 1997); ii) a constatação do *esbulho* com perda da posse para a reintegração; iii) a continuidade da posse em caso de *turbação*, para fins de manutenção; iv) o *justo receio* para o interdito proibitório; e v) a data da moléstia, que é dado elementar para obtenção de medida liminar.

Nas ações interditais, não se cogita da concorrência de *periculum in mora*,¹⁷⁵ no que se afasta qualquer concepção acautelatória das possessórias, mesmo com o justo receio presente, como requisito à tutela inibitória, não mantendo qualquer relação com o fundado temor de que o tempo do processo possa inviabilizar a concreção do direito. A ação interdita tem, portanto, natureza antecipatória (satisfativo) da sentença final, cujo escopo é a proteção do estado de fato (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995). Betina Rizzato Lara se manifesta no sentido de que a liminar é deferida para assegurar a situação fática, devendo estar presente apenas a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) (LARA, apud CIMARDI, 1997).

Em todas as três modalidades das possessórias *stricto sensu*, a *data da*

175 Nesse sentido, Jose Manoel Arruda Alvim Netto (2004).

moléstia deverá ser demonstrada (art. 561, NCPC) (BRASIL, 2015a), sendo esta uma exigência natural para a verificação da “força nova” da posse. Assim, oportuniza-se ao autor o benefício do procedimento especial e, consequentemente, da medida liminar interdital, sem oitiva da parte contrária (*inautida altera pars*).

Observa Adroaldo Fabrício que a cognição em juízo liminar possessório é superficial, não se exigindo prova cabal e completa de todos os requisitos, pois se destina tão somente a um conhecimento suficiente a orientar o comando provisório (FABRÍCIO, 1984).

Tanto o Código de Processo Civil (CPC), de 1973 (BRASIL, 1973b), como o Novo Código de Processo Civil (NCPC), de 2015 (BRASIL, 2015a), estabelecem que os *possuidores diretos e indiretos* são os legitimados ativos para a ação de interdito proibitório. Da forma como o dispositivo foi redigido, o intérprete desatento pode induzir que a legitimação não tem essa mesma extensão para o caso de reintegração e manutenção de posse, o que evidentemente não ocorre. Em verdade, tanto o possuidor mediato como o imediato são legitimados para os três tipos de possessórias, devendo-se atribuir tal equívoco a uma mera imprecisão de técnica legislativa (FABRÍCIO, 1984).

6.6.5 Legítima defesa da posse e o desforço imediato

A proteção do possuidor não é o único, mas um dos principais efeitos jurídicos da posse, podendo ocorrer tanto com o uso das ações interditalis (heterotutela) como pela ação do próprio ofendido com base na legítima defesa ou desforço imediato (autotutela). Essas duas possibilidades de autotutela constituem um dos raros e excepcionais casos em que o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a dispensa da jurisdição estatal para tornar efetivo um direito.

O art. 1.210, § 1º, do Código Civil brasileiro, preceitua que “o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse” (BRASIL, 2002b, grifo nosso). Ou seja, o possuidor, por intermédio de uma

ação legítima, “[...] pode afastar uma agressão, por sua própria força e vontade” (CIMARDI, 1997, p. 52). A regra processual está em consonância com o princípio geral (art. 188, CC), que não considera ilícito o ato praticado em legítima defesa (BRASIL, 2002b).

A doutrina distingue *legítima defesa e desforço imediato*. A primeira hipótese ocorre em face da atividade perturbadora (turbação), estando o possuidor ainda na posse da coisa, ou seja, o ofendido se mantém reagindo aos atos ofensivos e contra a sua posse. O desforço imediato, por sua vez, é praticado diante de atentado já consumado, em que houve a perda da posse (esbulho), mas o molestado tenta recuperá-la ainda no calor dos acontecimentos (GONÇALVES, 2012b).

Tarefa deveras tormentosa é saber os *limites* da atuação do ofendido em face da agressão. O próprio Código sinaliza que “os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse” (BRASIL, 2002b, grifo nosso), impondo uma certa noção de proporcionalidade entre as duas forças em choque, no sentido de que haja uma paridade entre os meios de ataque e defesa. Evita-se assim que a autodefesa possa resultar em violação de um direito alheio.

A autodefesa, para ser considerada legítima, requer ainda a concorrência de outros requisitos. Um deles é de que deve haver *imediatez* da reação à ofensa, ou seja, a reação deve ser feita *desde logo*. A literalidade do texto é no sentido de que a utilização da própria força para impedir o ataque ou para retomar a posse é permitida, *contanto que o faça logo*, sem demora (*in ipso congresso*). A demora para agir ou a utilização de meios excessivos extrapola os limites legais da licitude da resposta dada à agressão (COELHO, 2012). Infinitas e variadas são as circunstâncias em que o tempo entre ação e reação pode ocorrer. Desse modo, a categorização e sua (i) licitude não de ser feitas diante do caso concreto. De todo modo, mesmo que a recuperação da posse leve algum tempo, o importante em qualquer caso é que a reação (providência) do ofendido seja imediata.

Por último, é necessário que a autotutela seja praticada pelo *próprio possuidor*, ou seja pelas suas próprias forças. Entrementes, a doutrina vem admitindo que, estando o ofendido presente a comandar as reações, é lícito que possa contar com o auxílio de vizinhos, amigos e empregados, inclusive com o uso de arma (COELHO, 2012), desde que proporcional ao ataque.

Com efeito, o esbulho de um terreno urbano, praticado por um vizinho que pretende ocupar alguns metros limítrofes, não se compara aos litígios fundiários, praticados por grupos de várias pessoas bem organizadas e em grandes áreas, envolvendo centenas de hectares. A lei civil, em seu viés individualista, foi produzida tendo como paradigma os conflitos individuais entre duas pessoas ou, no máximo, um pequeno grupo familiar em face de outro.

Práticas esbulhatórias multitudinárias, do modo como ocorrem nas demandas coletivas promovidas pelo *Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra* (MST) ou por *comunidades indígenas* (autodeclaradas), com apoio logístico organizado, estão a requerer um redimensionamento interpretativo desses dispositivos legais, tanto o Código Civil como o Código de Processo Civil. Dessa forma, evita-se que a utilização da autotutela na defesa da posse atinja proporções indesejáveis, com elevado custo social.

Em tais circunstâncias, embora permaneça o legítimo direito à auto-defesa, o molestado deve, desde logo e se possível, buscar dar conhecimento da agressão (ameaça, turbação ou esbulho) à autoridade policial (Polícia Militar ou Polícia Federal). É prudente o registro da ocorrência e a solicitação auxílio da força pública para afastar a ofensa o quanto antes, preservando a imediatidade da ação.

Sensível a essas vicissitudes, de reiteradas práticas de movimentos sociais pela posse de terras urbanas e rurais, e atendendo ao chamado da dinâmica dessas demandas já não tão recentes, é que o Novo Código de Processo civil, em boa hora, promove uma disciplina específica para os conflitos possessórios coletivos (art. 565) (BRASIL, 2015a).

6.6.6 *Jus possessionis e jus possidendi* em terras indígenas

O estudo das ações possessórias não prescinde das noções distintas dos juízos petitórios e possessórios a serem categorizados pela ideia do *jus possessionis* e *jus possidendi*, com reflexo importante na extensão do âmbito de discussão da demanda, conforme a circunstância fática do título possessório.

O *jus possessionis* (posse formal) é o *direito de possuir* puro e simples, cujo “[...] fundamento está na situação jurídica possessória, em que o possuidor exerce os atos semelhantes ao do proprietário” (CIMARDI, 1997, p. 49-51),

mas não depende da existência de um título decorrente de uma relação jurídica anterior ou de sua classificação jurídica (justa, injusta, boa ou má-fé). Se alguém toma posse de um imóvel e nele se mantém, mansa e pacificamente, por mais de ano e dia, cria uma situação possessória que lhe proporciona direito à proteção, inclusive contra o proprietário da coisa. O *jus possessionis* se mantém até que o *jus possidendi* o extinga (GONÇALVES, 2012b).

Conforme afirma Von Ihering, “a ideia fundamental de toda teoria possessória é o *jus possessionis*, como o direito do possuidor de se preva-lecer de sua relação possessória, até que se encontre alguém que dela o desaloje pela prova do seu *jus possidendi*” (JHERING, 1976, p. 63). Quando a proteção da posse está baseada no *jus possessionis*, instaura-se um juízo *possessório*, cuja causa de pedir é a *posse*, sem necessidade de que o autor detenha qualquer título sobre a coisa.

O *jus possidendi* (posse causal), por sua vez, é o *direito à posse* na qual se pressupõe uma relação jurídica antecedente que confere ao titular esse direito sobre a coisa (CIMARDI, 1997), como é o caso do proprietário, usu-frutuário, credor pignoratício, titular de direitos obrigacionais, familiares ou sucessórios. O titular de um direito real, mesmo não tendo qualquer poder fático sobre a coisa, terá sempre o *jus possidendi*, pois esse direito decorre da relação jurídica e não do *fato posse*. A proteção baseada no *jus possidendi*, portanto, tem como causa de pedir (*causa possessionis*) um título real, obrigacional, familiar ou sucessório.

Tratando-se do conflito possessório interétnico, a questão ora tratada assume relevância singular, uma vez que o fundamento da posse tem conseqüências no sistema instrutório-probatório.

O jurista João Mendes Júnior, ao desenvolver a *teoria do indigenato* em que sustentou tratar-se de um direito primário e congênito, que dispensa um título legitimador do Estado, afirmou que os direitos indígenas sobre as suas terras tinham origem no *jus possessionis* e *jus possidendi*. O mesmo argumento foi reproduzido por José Afonso da Silva (SILVA, 1993) e por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Pet. n. 3.388/RR (BRASIL, 2009a), mas todos eles tendo como fonte histórica a *teoria do indigenato*, sem engendrar novos fundamentos mais consentâneos com o regime constitucional vigente.

É preciso ter presente que a teoria de João Mendes Júnior foi elabo-

rada sob a égide da Constituição Republicana de 1891, época em que não havia, no plano constitucional, uma definição sobre o regime jurídico das terras habitadas pelos nativos. Sob a óptica de sua teoria, invocando um direito congênito, os nativos eram os *donos* e *possuidores* das terras, independente de qualquer título Estatal, tornando compatível o entendimento de que detinham o *jus possidendi* e *jus possessionis*, uma vez que se atribuía ao *indigenato* a categoria de um título dominial.

No entanto, com o advento das Constituições de 1934, 1937 e 1946, que concediam a *posse* unicamente aos nativos e, posteriormente, a Constituição de 1967, a Emenda Constitucional (EC) de 1969 e a Constituição de 1988, em que as terras indígenas passaram ao domínio da União, estabelecendo um regime *usufrutuário* ao nativos (art. 4º, IV), há que se reformular algumas proposições. A partir dessas premissas, duas situações devem ser analisadas no que tange à posse indígena e ao fundamento da proteção, se *jus possidendi* ou *jus possessionis*, em relação às áreas já demarcadas e aquelas em que se instaura o conflito, ainda sem decreto demarcatório.

Nas áreas já demarcadas e homologadas por decreto presidencial, o domínio é reservado à União, enquanto a comunidade indígena tem assegurada a condição de usufrutuária, *ex vi*, do art. 231, da Constituição Federal. Nesse caso, ocorrendo quaisquer das moléstias possessórias (esbulho, turbação ou ameaça) nos limites das áreas demarcadas, duas relações subjetivas se irrompem.

A primeira em favor da coletividade indígena, que, com o direito real de usufruto, poderá propor tanto a demanda reivindicatória com base no *jus possidendi*, haja vista que possui título decorrente de relação jurídica antecedente (usufruto), como quaisquer das interditais possessórias com base no *jus possidendi*, na hipótese de ter ou já ter tido a posse.

A segunda relativa a União. Considerando que o ente federado detém o título de domínio pleno sobre a área indígena (relação jurídica antecedente), classificada pela doutrina majoritária como um bem de *uso especial*, verificada a ocorrência de quaisquer das moléstias à posse, poderá, por intermédio de seu órgão de representação judicial, ajuizar ação possessória na condição de possuidora indireta, tendo como fundamento o *jus possessionis*. De outro lado, poderá ajuizar uma ação reivindicatória, tendo

em conta o *jus possidendi*, se já houve imissão completa na posse.

Pode ocorrer, ainda, que, mesmo estando a área demarcada (administrativa ou judicialmente), ainda não se operou a desintrusão por recalcitrância dos ocupantes. Nesses casos, considerando que jamais houve posse efetiva da União, o único remédio possível será a reivindicatória, fulcrada no *jus possidendi*.

De outro lado, caso a comunidade indígena pratique moléstias nas áreas de terras onde almeje a demarcação, situação muito comum nos processos de etnogêneses, os ofendidos poderão ajuizar as ações interdittais conforme o grau da lesão (esbulho, turbação ou ameaça), desde que consigam comprovar a sua situação possessória desde logo ou mediante justificação judicial. Nesse caso, independentemente de serem proprietários ou meros possuidores, a causa de pedir será o *jus possessionis*. Verificando-se que o atual possuidor é dono do título real do imóvel espoliado, mas não consegue comprovar a posse, o único remédio viável é a ação reivindicatória, invocando o *jus possidendi*.

6.6.7 A posse indígena e a reserva de cognição (*exceptio dominii*)

No tópico 6.2 foram demonstradas diversas situações onde o conflito indígena se instaura no plano fático e judicial, evidenciando que as pretensões sobre terras para fins de demarcação não têm como objeto as propriedades devolutas do Estado ou desocupadas. Na quase totalidade dos casos, nas áreas reivindicadas pelos grupos indígenas já se encontram ocupadas por proprietários rurais ou indivíduos com posse consolidada pelo exercício de atividade econômica agropastoril.

São esses proprietários ou possuidores que se vão lançar mão das tutelas interdittais previstas, com o fim de afastar o esbulho, manter a posse ou inibir a ameaça de ambas as moléstias.

Os requisitos da lei processual civil para obtenção da tutela interdittal de *força nova espoliativa*, ou seja, aquelas ajuizadas dentro do período de 1 ano e dia a contar do ato ofensivo são de fácil demonstração e consistem na prova do exercício da posse, sua perda (esbulho), continuidade (turbação) ou o temor de sofrê-la; e a data da ocorrência do fato (NCPC, art. 561) (BRASIL, 2015a).

Comprovados cada um desses elementos, nasce o direito subjetivo processual à obtenção da *liminar possessória*, a ser deferida pelo Estado-juiz no exercício de um poder-dever, como categoria de ato vinculado, sem espaço para discricionariedade ou mitigações.

A parte demandada, por sua vez, se defende na ação possessória tentando desqualificar a posse do autor, ou demonstrando faticamente que detém melhor posse.

No entanto, quando uma comunidade indígena invade terras ainda não demarcadas, o ofendido (proprietário ou possuidor), ao lançar mão das tutelas interditais, coloca o grupo invasor na posição processual defensiva. Os argumentos a serem sustentados em sede de defesa processual vão se orientar no sentido de caracterizar a existência da *posse indígena* atual ou existente em um passado remoto. Isso ocorre, tanto no caso dos movimentos de índios ressurgidos (etnogêneses), como no caso em que a pretensão é de ampliação de território já demarcado.

Dito de outra forma, os fundamentos trazidos em contestação pela coletividade indígena, via de regra, não questionam a posse exercida pelo atual proprietário ou mero possuidor, mas buscam demonstrar a existência da posse indígena decorrente de *ocupação tradicional*, que exige presença de todos os elementos de sua configuração, previstas no art. 231 da Constituição Federal.

Sucedem que a amplitude de discussão dessas matérias relativas à tradicionalidade da ocupação refoge ao âmbito possessório (*jus possessionis*). A confluência dos quatro elementos que a caracteriza ocupação tradicional (4.4.5) importa em investigar a existência de uma relação dominial em favor da União (art. 20, CF) e o direito real *usufrutuária* indígena sobre as terras reivindicadas.

Em suma, o argumento da existência de *ocupação tradicional* como matéria de defesa traz intrínseca a oposição de exceção de domínio (*exceptio dominii*), elemento vedado, tanto pela lei civil (CC, art. 1210, 2º) (BRASIL, 2002b),¹⁷⁶ como pela lei processual civil (NCPC, art. 558)

176 Código Civil brasileiro: "Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado". (omissis) "§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse

(BRASIL, 2015a).^{177 178 179}

De outro lado, mesmo que a comunidade indígena, na condição de ré, queira assumir posição de ataque, valendo-se do caráter dúplice da ação possessória (*actio duplex*), conforme a previsão do art. 556, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), também não poderá invocar o argumento da existência da posse indígena, com fundamento na tradicionalidade de ocupação, circunstancia pertinente ao *jus possidendi*, retirando a natureza possessória da demanda.

A restrição ao *exceptio proprietatis* e a separação dos juízos possessório e petitório são tão presentes no direito brasileiro que, mesmo o autor possuidor não conseguindo demonstrar suficientemente a sua posse, a solução será o indeferimento da liminar ou improcedência do pedido, e não o julgamento em favor daquele que alega direito real.¹⁸⁰

a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa” (BRASIL, 2002b, grifo nosso).

177 Art. 557, do Novo Código de Processo Civil (NCPC). “Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa” (BRASIL, 2015a).

178 Sobre a constitucionalidade da exceção do domínio, assim se manifestam Marinoni e Mitidiero: “Não há dúvida de que a restrição à discussão do domínio é constitucional. Tal restrição não viola o direito de propriedade nem, muito menos, o direito de defesa ou o direito de ação. A restrição tem o objetivo de tornar possível a prestação de uma forma de tutela jurisdicional imprescindível à situação jurídica de possuidor. Não há posse ou situação jurídica de possuidor sem tutela jurisdicional possessória e não há efetiva e adequada tutela jurisdicional possessória sem restrição à discussão do domínio. Não fosse assim, a posse e o possuidor estariam ao desamparo da tutela do Estado. De modo que a restrição, além de estar fundada na posse, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”, não tem mais qualquer aplicabilidade diante das ações possessórias. Atualmente, para se dar utilidade à Súmula 487, STF, é preciso sustentar que a exceção de domínio é permitida na ação petitória. Nestes termos, isto ocorre quando o autor pede, na ação reivindicatória, a recuperação da posse fundada no domínio e o réu contesta com base na propriedade” (MITIDIERO; MARINONI, 2013, p. 861).

179 Houve, portanto, superação da Súmula 487, do STF: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada” (BRASIL, 1969b).

180 Enunciado n. 78, do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, dispõe que,

6.6.7.1 Cumulação de juízo petitório e possessório (NCPC, art. 327)

A opção do proprietário-possuidor pelas ações interditaes acumula certas vantagens em relação às ações petitórias. No rito do procedimento especial das possessórias existe a possibilidade de obtenção de um mandado *liminar* de reintegração, manutenção ou inibitório, além de um estreitamento do âmbito de discussão. As ações petitórias, ao contrário, se processam pelo rito comum, sem a previsão expressa da técnica antecipatória (*liminar*), mas com possibilidade de requerimento de tutela provisória com fundamento na evidência (NCPC, art. 311). Pela via da ação petitória o autor amplia a cognição, razão porque a defesa do réu não ficará restrita à posse, podendo trazer qualquer outro argumento ou fundamento em seu favor. Talvez por esse mesmo motivo seja mais vantajoso ao titular de um direito real, que tenha convicção de sua posse, lançar mão da possessória, alegando o *jus possessionis* como causa de pedir.

Uma das alterações trazidas pelo CPC/2015 é a possibilidade de que, em um mesmo processo, sejam cumulados vários pedidos contra um mesmo réu sem necessidade de *conexão* entre eles. Trata-se de medida que visa a economia processual. Dispõe o art. 327,¹⁸¹ do NCPC, que para a cumulação basta que os pedidos sejam compatíveis entre si, que o juízo seja competente e que o procedimento seja adequado para todos eles. Estabelece, ainda, que, se um dos pedidos se submete a procedimento especial (caso

“Tendo em vista a não recepção, pelo novo Código Civil, da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso” (AGUIAR JÚNIOR, 2007, p. 26).

181 “Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: I - os pedidos sejam compatíveis entre si; II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum” (BRASIL, 2015a).

das ações possessórias), é permitido proceder a concentração de todos eles sob o rito comum (art. 327, § 1º). Outro detalhe importante é que, em função desse diálogo, as técnicas diferenciadas do rito especial poderão ser importadas para que sejam aplicadas ao rito comum (art. 327, § 2º).¹⁸²

Diante desse novo dispositivo, sem equivalente no CPC/1973, a pergunta que surge é se haveria possibilidade de cumulação de juízo *petitório* e *possessório* em um mesmo processo, tendo em vista o texto expresso do art. 557,¹⁸³ do NCPD (BRASIL, 2015a), no sentido de que é vedado às partes propor ação de reconhecimento do domínio na pendência de ação possessória.

A esse respeito, o enunciado n. 65, do Fórum Permanente de Processualistas Civis,¹⁸⁴ ao interpretar o art. 557, do NCPD, entendeu que seria possível tal cumulação, fazendo a ressalva de que os fundamentos devem ser distintos. Ou seja, a causa de pedir da petição deverá ser o título e o fundamento da possessória, exclusivamente o fato jurídico posse. Quer isso dizer que, no juízo cumulativo, a posse não pode ser confrontada com domínio, devendo co-existir juízos estanques, um para o petição e outro para o possessório, de modo que a ação possessória tenha fundamento no *jus possessionis* e reivindicatória no *jus possidendi*.

De resto, em relação aos requisitos legais, os pedidos não são excludentes entre si, posto que o juízo será o do local da coisa (*forum rei sitae*), sendo possível, inclusive, a concessão da liminar com base em ambos os fundamentos.¹⁸⁵

182 Rodrigo Reis Mazzei sustenta a possibilidade de importação de concessão técnica da obtenção de liminar do procedimento especial possessório para o petição em face da nova disposição do art. 327, § 2º (MAZZEI, 2015).

183 “Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor quanto ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou de outro direito sobre a coisa” (BRASIL, 2015a).

184 Enunciado n. 65 (art. 557): “O art. 557 não obsta a cumulação pelo autor de ação reivindicatória e de ação possessória, se os fundamentos forem distintos” (ENUNCIADOS..., 2015, p. 16).

185 Em sentido contrário, o Prof. José Manoel de Arruda Alvim, afirmando, com base no CPC/73, que a utilização simultânea de juízo petição e possessório importa em litis-

6.6.8 Prova pericial antropológica

A par do que se expôs acima, acerca das nuances informativas a serem sopesadas pelo julgador em demandas possessórias indígenas, sobressai outra questão de extrema relevância, relativamente à cognição vertical da matéria probatória.

A Constituição Federal, em seu art. 20, inciso X, elencou, entre os bens da União, as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* (BRASIL, 1988); vale dizer que, presentes os requisitos constitucionais, haverá modificação do domínio, convertido de particular para o público, anulando-se os eventuais títulos dominiais anteriores. Disso resulta, em última *ratio*, que a posse indígena traz uma discussão intrínseca tendente a verificar uma relação jurídica dominial (*jus possidendi*).

Ocorre que, nas ações possessórias, o legislador delimitou o campo material da controvérsia em torno do *jus possessionis*, de modo que o novo Código Civil (art. 1.210, § 2º, CC) não mais admite a discussão de domínio em ação possessória, restando afastada do ordenamento brasileiro a exceção de propriedade, antes prevista de forma excepcional no art. 505, do Código Civil revogado (NERY JUNIOR; NERY, 2003).

Em que pese a natureza dúplice da ação possessória (NCPC, art. 556), a nosso sentir não é possível alterar os limites da lide em que a causa de pedir seja a posse regulada pela lei civil, ampliando o seu objeto para alcançar a posse indígena, com investigação acerca da ocupação tradicional, pois isso equivaleria ao antigo *exceptio proprietatis*, procedimento repellido pelo novo ordenamento (*supra* 6.6.7).

Com efeito, a causa de pedir a ação possessória é o *poder fático* sobre a coisa, conforme disciplinado no Código Civil, enquanto a posse decorrente da ocupação tradicional deve se basear nos requisitos previstos no art. 231, da Constituição Federal, não sendo possível a discussão de am-

pendência: “A lesão à posse por esbulho pode ensejar tanto a ação possessória (v.g., ação de reintegração de posse) quanto a ação dominial. Pode-se dizer que, em face do esbulho, se configura a possibilidade de opção ao autor. Mas é inviável a *simultaneidade* de ambas as modalidades de ações. Trata-se, no caso, de uma *modalidade de litispendência*, ainda que não se possa vislumbrar identidade *plena entre as ações*” (ALVIM NETO; COUTO, 2009, p. 280).

bas no mesmo processo, haja vista que ostentam fundamentos jurídicos diversos. Como já se destacou, a primeira se fundamenta no *jus possessionis*, e a segunda, no *jus possidendi*.

Desse modo, o deferimento de perícia antropológica para fins de certificação do regime de ocupação desvirtua por completo a natureza [possessória] da ação, uma vez que sua realização tem por finalidade única a caracterização da área como terra tradicional, ou seja, o reconhecimento de uma relação de domínio em favor da União (art. 20, XI, CF) (BRASIL, 1988) e direito real usufrutuário em favor do indígena. Esta circunstância não pode ser objeto da ação possessória, nos termos do art. 557, do NCPD, e art. 1.210, § 2º, do Código Civil.¹⁸⁶

Conclui-se, portanto, que a perícia antropológica só pode ser produzida em ação de natureza *petitória* de reconhecimento de determinada área como de ocupação tradicional, não se prestando para fins de comprovação da tradicionalidade da ocupação em ação que tenha como causa de pedir o *jus possessionis*.

Em outro giro, há uma circunstância em que pode ocorrer a produção da prova antropológica, como no caso de surgimento de *questão prejudicial interna*, concernente à comprovação da *identidade étnica* dos membros da comunidade indígena esbulhadora.

Na prática é comum ocorrer invasões de propriedades rurais por grupo de pessoas que se autodeclaram indígenas, mas que, em verdade, não preenchem os requisitos objetivos caracterizadores de tal condição. Nesse caso, o grupo invasor se apropria dessa denominação apenas para categorizar uma aparência de legitimidade possessória e assim obter apoio dos órgãos de proteção. Essa percepção, no entanto, pode não ser verificável pelo autor no momento da propositura da ação, mas somente após audiência de justificação, apresentação da defesa ou ainda pelas manifestações oferecidas pela Funai, MPF ou AGU.

Diante disso, surgindo a questão prejudicial interna (*principalliter*) suscitada pelo autor, há que ser deferida a perícia antropológica, haja vista que a existência ou não da identidade étnica indígena subordina o âmbito

186 Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, Apelação Cível AC 2006.33.10.0052550-BA (BRASIL, TRF, 2014d).

do mérito da demanda e, antes disso, afeta a própria fixação de competência da Justiça Federal e da atuação do órgão de assistência (Funai), do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União.

De acordo com a regra prevista no art. 503, § 1º, do NCPC, a decisão que decidir questão prejudicial será acobertada pela coisa julgada, ou seja, valerá para todos os casos concretos e futuros, envolvendo aquela comunidade reivindicante.

6.6.9 Usucapião indígena como matéria de defesa

O Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) (BRASIL, 1973a) implementou a chamada *usucapião indígena* (art. 33)¹⁸⁷ em benefício do indivíduo assim considerado, integrado ou não, que ocupe como proprietário a área de terra rural inferior a 50 (cinquenta) hectares, por dez anos consecutivos. Não há outros requisitos além desses, bastando a demonstração de que a posse seja *contínua, mansa e pacífica* pelo referido período, respeitados os limites da metragem máxima permitida. Não é necessária a comprovação da finalidade produtiva e/ou de moradia, exigíveis na modalidade de usucapião rural *pro labore*.

A primeira questão que surge nessa forma especial de usucapião se refere à necessidade da identificação do indivíduo como pertencente à etnia índia, pois trata-se de um conceito jurídico com elementos abertos que estão a exigir conhecimento interdisciplinar. O Estatuto define o índio da seguinte forma: “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (art. 3º, inciso 2º) (BRASIL, 1973a).

Também de acordo com a Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), índio é aquele indivíduo que se identifica com uma determinada etnia pré-colombiana, vivendo de acordo com os seus usos e costumes tribais (autoidentificação) e, da mesma forma, é reconhecido pelos seus pares como pertencente àquela comunidade.

187 “Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena” (BRASIL, 1973a).

Veja-se que a norma traz conceitos a serem interpretados à luz de outras ciências, o que nem sempre é tarefa simples (BRASIL, 2004a).

Conforme se expôs no tópico 5.1, a identificação deve estar baseada em pelo menos quatro pilares básicos: o *biológico*, pelas características não europeias; o *cultural*, em que os grupos se utilizam de objetos, técnicas, ideias e crenças de origem pré-colombiana; o *linguístico*, em que se falam idiomas indígenas; o *sociológico*, em que os indivíduos se sentem pertencentes a uma comunidade autóctone (NOLASCO ARMAS, 1981). Toda essa ponderação deverá ser feita pelo julgador, caso a identidade do indivíduo que esteja pleiteando a usucapião seja questionada.

Um outro ponto a ser destacado é que o Estatuto do Índio foi editado anteriormente à Constituição Federal de 1988, que redimensionou os parâmetros caracterizadores dos direitos dos índios sobre a terra (art. 231) (BRASIL, 1988), e sob essa nova concepção deve ser interpretada. Tem-se, portanto, que a caracterização do indivíduo como índio está vinculada à ideia de sua inserção dentro de uma *comunidade* etnicamente homogênea com os mesmos costumes, crenças e tradições. A delimitação dos seus territórios, portanto, tem como destinatária toda a comunidade tribal, na condição de *usufrutuária* permanente da terra.

Diante disso, para configuração da usucapião indígena individual, será necessário demonstrar em primeiro lugar a *identidade étnica*, bem como o pertencimento a uma determinada etnia que reconhece a condição de índio. Paradoxalmente, a circunstância do usucapiente viver por mais de dez anos ocupando uma área destacada daquela pertencente à comunidade, ainda que contígua, se entrechoca com a alegação de que ele vive de acordo com os usos, costumes, crenças e tradições daquela comunidade.

Dito de outro modo, a comprovação da condição de indígena exige do usucapiente que viva em coletividade, sem limites e fronteiras do espaço geográfico, ao passo que os elementos caracterizadores da usucapião caminham em direção oposta, impondo-lhe um isolamento e uma posse individual em gleba com área delimitada, por um período prolongado.

Assim, conquanto os requisitos relativos à posse contínua e limite de área sejam de simples comprovação, tem-se como bastante difícil o enquadramento de um único indivíduo na condição de indígena usucapiente, no que tange a sua condição identitária, divorciada do grupo

étnico a que teoricamente pertence.

Dessa forma, há pouco espaço fático-jurídico para reivindicações de área de terra por um indivíduo pertencente à etnia indígena isoladamente considerado, seja para ajuizamento da ação de usucapião, seja como alegação em matéria de defesa da posse.

A súmula 237, do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 1964a), permite que na contestação seja arguida a existência da usucapião, ou seja, que a defesa de domínio seja fundamentada na posse *ad usucapionem*. Dessa forma, não há exigência de que exista a sentença declaratória anterior proferida em favor do usucapiente (BRASIL, 1948). Ou seja, a defesa não precisa ter como base o título dominial materializado na sentença judicial registrada no cartório de Registro de Imóveis, bastando que sejam demonstrados os seus requisitos legais, conforme a espécie de usucapião invocada.

Não há nenhuma dúvida acerca da possibilidade de o indígena proteger a sua propriedade em face de atos de moléstia praticados por não-índios, bastando a demonstração do preenchimento dos requisitos aquisitivos para usucapião em seu favor (posse sem oposição por dez anos de área inferior a 50 hectares). Desse modo, esse mesmo direito não poderá ser oposto em face de terras indígenas demarcadas, pois, na hipótese da área usucapida estar inserida dentro da área considerada de ocupação tradicional, todas as relações possessórias e dominiais antes existentes serão declaradas nulas. Veja-se a regra nulificadora prevista no art. 231, § 6º (BRASIL, 1988), que é aplicada de maneira uniforme, tanto para índios quanto para não-índios. Trate-se da supremacia e da conseqüente sobreposição dos valores sociais coletivos em detrimento do interesse particular, ainda que entre indivíduos de uma mesma categoria étnico-social vulnerável

7 Questões processuais nos litígios coletivos indígenas

7.1 O juízo liminar possessório

A nota distintiva que justifica a especialidade procedimental nas ações possessórias de *força nova espoliativa* é a possibilidade de obtenção de um provimento liminar¹⁸⁸

188 Conforme ensina Leandro Antonio Pamplona, “O que identifica a liminar não é o conteúdo do comando, mas sim o momento na linha do tempo, de sua prolação. Também não importa o procedimento ou o tipo de processo, pode ser no processo de conhecimento, cautelar ou execução. O critério é exclusivamente topológico. Em síntese, a expressão liminar significa o primeiro comando judicial no processo. Indica apenas o momento procedimental em que determinada medida é adotada. Para Donaldo Armelin, a liminar integra o gênero da tutela jurisdicional diferenciada, a qual tem por objetivo dotar o processo de maior efetividade, tornando-o mais célere na realização do direito subs-

com requisitos próprios, sem oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), situação que um procedimento comum não comportaria (FABRÍCIO, 1984). Trata-se de política legislativa que reputou relevante a preservação da posse nas relações intersubjetivas dentro de uma perspectiva socioeconômica. Optou-se por conferir tratamento diferenciado a esse tipo de disputa, a fim de se evitar a produção de efeitos indesejáveis que uma eventual instabilidade nas relações fáticas possessórias poderia impactar em todo o tecido social, não só entre indivíduos, mas principalmente entre grupos ou comunidades em conflito.

A possibilidade de desforço imediato e da autodefesa da posse, associada à especialidade do procedimento em que se prevê, desde logo, uma medida liminar protetiva, sem audiência da parte contrária, está a indicar que ao direito positivo interessa uma solução rápida para a disputa, em que os danos colaterais causados pela demora na estabilização da tensão justificam inclusive o diferimento do contraditório.

Isso pode ser verificado com a leitura do art. 562, do NCPC,¹⁸⁹ que, reproduzindo integralmente o texto do CPC/1973 (BRASIL, 1973b), diz que o juiz *deferirá a expedição de mandado liminar, sem ouvir o réu, desde que a petição esteja devidamente instruída, isto é, que seja demonstrável, por intermédio de prova eminentemente documental,*¹⁹⁰ a existência da *posse* (perda ou

tantivo. Para aqueles que defendem a prestação da chamada tutela jurisdicional diferenciada – como na Itália o professor da Universidade de Firenze, Andrea Proto Pisani –, é possível que em algumas situações, se mitigue a certeza e a segurança jurídica, resultante de uma cognição plena e exauriente, para assegurar a antecipação de uma tutela urgente, fundada em uma cognição parcial e sumária. Essa antecipação para ser efetiva, muitas vezes, deverá ser concedida antes da oitiva da parte contrária, visando elidir o abuso no exercício da defesa. É imperioso deixar consignada a ideia de completa diferença entre os termos: liminar, antecipação de tutela e cautelar; que muitas vezes são empregados como se sinônimos fossem. O que não se pode tolerar é o alargamento do conceito até o ponto de confundir com liminar toda e qualquer providência judicial antecipatória, isto é, anterior à sentença” (PAMPLONA, 2012, p. 89).

189 Art. 562, NCPC: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada” (BRASIL, 2015a).

190 De acordo com a lição de Adroaldo Fabrício Furtado, embora a lei não se refira ex-

continuidade), da ocorrência da *moléstia* sofrida e a *data* do ocorrido, sem necessidade de concorrência de perigo de demora (*periculum in mora*).¹⁹¹

Evidente que não se trata de comprovar exaustivamente cada um dos requisitos, mas sim, fornecer elementos suficientes para um “[...] convencimento superficial e orientar uma decisão provisória” (FABRÍCIO, 1984, p. 431). Do mesmo modo, é preciso deixar claro que o requisito de uma petição inicial *devidamente instruída* não significa uma prova *pré-constituída* em que todos os fatos estejam exaustivamente comprovados com base em documentos (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2000).

Joel Dias Figueira Júnior, ao descrever exaustivamente as tutelas diferenciadas nas ações possessórias, conclui acertadamente que, na concessão das liminares intereditais, a “[...] *cognição é sumária lato sensu*, isto é, parcial, não exauriente, porque a prova não é completa”, produzida unilateralmente e limitada nos planos vertical e horizontal. Ainda segundo o mesmo autor, esse juízo sumário, justamente por ser incompleto, exige apenas a verossimilhança (probabilidade mínima) para deferimento da medida liminar (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995, p. 259).

No que se refere à data da moléstia, a prova tem uma utilidade unicamente processual, pois é exigida tão somente para se verificar se a ação será de força nova, a ensejar o *procedimento especial* e, conseqüentemente, o provimento liminar. Passado o período superior a ano e dia do esbulho ou turbação, o autor deverá seguir o *procedimento comum*, sem as benesses da liminar possessória. No tange ao exame do mérito decisório, a prova vai incidir sobre a posição possessória do demandante.

Nos conflitos indígenas, em que o objeto da lide são, em regra, as propriedades rurais, é comum no cotidiano forense o autor instruir a pe-

pressamente à prova documental, é intuitivo que o texto esteja se referindo a documentos, na medida em que exige petição suficientemente instruída (FABRÍCIO, 1984).

191 Segundo a observação de Joel Dias Figueira, “Note-se que nem a lei cogita de passagem a respeito da necessidade da comprovação de algum dano ou de *periculum in mora*. O próprio sistema, fiel à tradição que remonta ao direito romano e pela própria importância socioeconômica (sic) do fenômeno possessório, que requer a sua estabilidade no plano fático, prevê a possibilidade jurídica de antecipação de tutela interdital, com eficácia provisória, desde que formado o juízo de probabilidade” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995, p. 230).

tição inicial com cópia do título de domínio (escritura pública) ou mesmo um contrato particular de promessa de compra e venda, buscando demonstrar a sua posse, acreditando inexistir outra evidência física do seu poder fático. Ocorre que a disputa é de natureza possessória (*jus possessionis*) e não petítória (*jus possidendi*), na qual a prova da propriedade se torna irrelevante. Nesse caso, vários outros documentos de convicção, que muitas vezes são negligenciados, podem ter valor probante com fortes níveis de evidência da situação possessória, como por exemplo: o comprovante de pagamento de Imposto Territorial Rural (ITR); notas de aquisição de materiais de construção; notas ou recibos de venda de produção agrícola; livro de registro de funcionários; relação Anual de Informações (RAIS); Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS); Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); rescisão de contrato de trabalho; Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR); contrato de financiamento agropastoril; documentos públicos de fiscalização; boletim de ocorrência policial; matérias jornalísticas, quando se tratar de conflito de repercussão na imprensa, e mesmo qualquer prova já produzida em autos de outros processos.

Hodiernamente, há fácil acesso a equipamentos eletrônicos portáteis (celulares, câmeras digitais e *tablets*), que permitem a produção de imagem, som, vídeo, tornando-os valiosos meios probatórios. Assim, pode-se citar, como provas, a fotografia digital e a gravação audiovisual. Seja em meio digital ou analógico, o que deve ser juntado ao processo é o arquivo com o armazenamento dos dados.

Mesmo assim, pensando na dificuldade de se demonstrar, desde logo, a posição possessória, a concretização da moléstia ou a sua data de ocorrência, uma vez que nem sempre a prova documental se apresenta suficiente, é que se abriu a possibilidade de sua demonstração em audiência de *justificação de posse*. No direito processual brasileiro é rara a hipótese de produção de prova complementar pelo autor, antes de se iniciar o contraditório. Isso revela, mais uma vez, a relevância que o legislador empresta à necessidade de estabilização social nas relações de disputa da posse. A justificação pode servir tanto para a comprovação mesma da posse como para demonstrar ou robustecer quaisquer dos outros requisitos (esbulho, turbação, interdito ou a data da agressão), podendo ser requerida pelo próprio autor, uma vez que esteja confiante na prova documental que trouxe com a inicial.

Adroaldo Furtado Fabrício entende que a audiência de justificação não pode ser deferida *ex officio*, devendo ser requerida pelo autor, ainda que de forma alternativa (FABRÍCIO, 1984).¹⁹² De qualquer sorte, o juiz não pode, desde logo, *indeferir a medida liminar* no caso de entender que os elementos trazidos com a inicial não são suficientes para a decisão deferitória. Haverá obrigatoriamente de designar audiência, mesmo sem o requerimento do réu, utilizando dos poderes instrutórios,¹⁹³ ¹⁹⁴ o que não significa, a nosso sentir, ofensa ao princípio do contraditório¹⁹⁵, que está diferido. Mesmo tratando-se de ato unilateral do autor¹⁹⁶, é facultado ao réu, na audiência de justificação, inquirir e contraditar testemunhas, no sentido de “[...] impedir ou dificultar a formação do convencimento judicial favorável as alegações do autor (FABRÍCIO, 1984, p. 436 e 437). Temos, portando, que é salutar a designação de audiência, mesmo

192 Em sentido contrário, Joel Dias Figueira Júnior (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995, p. 273).

193 Nesse sentido, Pontes de Miranda “[...] o juiz não tem o arbítrio de ouvir ou não ouvir o esbulhador, se não reputa devidamente instruída a petição inicial” (MIRANDA, 1977).

194 Comunga da mesma opinião Cleanto Siqueira, afirmando: “Nego, veementemente, tenha o juiz, nas possessórias de força nova, ao despachar a inicial, uma terceira opção procedimental, capaz de permitir o indeferimento da liminar de proteção possessória: não se convencendo, com as provas trazidas na petição inicial, dos requisitos autorizativos da concessão da liminar, deverá o julgador, obrigatoriamente, designar data para realização da audiência de justificação, citando-se o réu” (SIQUEIRA, 2008, p. 262).

195 De acordo com Daniel Mitidiero e Luiz Marinoni, “No Estado Constitucional, o juiz dispõe sobre os meios de prova, podendo determinar as provas necessárias à instrução do processo de ofício ou a requerimento da parte. A iniciativa probatória é um elemento inerente à organização de um processo justo, que ao órgão jurisdicional cumpre zelar, concretizando-se como exercício de seus poderes instrutórios, tanto a igualdade material entre os litigantes como a efetividade do processo. É mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a ‘verdade’ dos fatos seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz. A necessidade de imparcialidade judicial não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Imparcialidade e neutralidade não se confundem. Será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deve ser por ela provado não tivesse sido provado” (MITIDIERO; MARINONI, 2013).

196 Conforme o entendimento de Adroaldo Furtado Fabrício, não é permitido ao réu arrolar testemunhas, pois assim estaria instaurando a produção de provas antes de delimitar, no plano das postulações, os limites da controvérsia (FABRÍCIO, 1984).

na ausência de requerimento do réu.¹⁹⁷

Já nesse ponto observa-se que, apresentados os requisitos necessários pelo autor, seja com a prova trazida na inicial, seja na complementação feita na audiência de justificação, ao juiz compete proferir decisão sobre concessão ou não da medida liminar.

Discute-se se há, nesse particular, a possibilidade de um *juízo discricionário* a ser balizado pelo julgador, isto é, se mesmo evidenciados os requisitos legais, o julgador, diante de circunstâncias outras, pode indeferir a expedição de mandado interinal. A resposta é, desenganadamente, negativa. Como amplamente assegurado pelo art. 93, IX, da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988), a exigência da motivação das decisões é uma garantia da sociedade no Estado democrático de direito, fechando as portas para as decisões arbitrárias. A *discricionariedade*, todavia, conquanto afeto ao direito administrativo na decisão de questões intestinas do Estado, é amplamente aplicada em seu âmbito, nos casos em que o administrador escolhe uma entre as várias decisões possíveis e lícitas.

Na seara das decisões judiciais, cogita-se a possibilidade de transpor esse conceito para aqueles casos em que se depara com conceitos vagos, em que é possível seguir caminhos distintos e, às vezes, opostos, quando no trato de matéria administrativa. No que tange às ações possessórias, contudo, há que se ter presente que, preenchidos os requisitos do art. 561, não há margem para qualquer discricionariedade (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995, p. 331) ou mitigação da decisão, uma vez que surge para o autor um legítimo direito subjetivo à medida interinal, sem se cogitar de fundamentos ou argumentos subjetivos. O juiz, ao constatar a presença dos pressupostos, fica vinculado aos fatos e às normas até que nova circunstância fática esteja apta a modificar esse entendimento de ofício ou mediante requerimento de reconsideração do prejudicado (CIMARDI, 1997, p. 234). Desse modo, deferida a liminar, esta não poderá ser modificada ao seu livre arbítrio¹⁹⁸ ou a qualquer tempo, ocorrendo a preclusão *pro judicato*, salvo a ocorrência de fatos que constituam nova causa de pedir remota.

197 No mesmo sentido, Cimardi (1997, p. 238).

198 Em sentido contrário, Antonio Carlos Marcato, para quem o juiz pode revogar a medida liminar a qualquer tempo (MARCATO, apud CIMARDI, 1997).

Acerca da natureza jurídica da tutela liminar possessória, conquanto tenha havido alguma divergência na doutrina, hoje a corrente predominante é assente no sentido de sua dimensão juris-satisfativa, na medida em que visa “[...] garantir o *status quo* na manutenção e recuperar o *status quo ante* na reintegração” (CIMARDI, 1997, p. 227).

Repele-se eventual cautelaridade, na medida em que não depende sequer da demonstração do *periculum in mora*, que deve ser considerado *in re ipsa*, ou seja, sempre presente na necessidade de restituir a disponibilidade e livre gozo do bem. Joel Dias Figueira Júnior, em estudo amplo sobre o tema, acrescenta que a liminar possessória, por conceder aquilo que o autor pretende obter em definitivo, transforma a liminar em ato decisório, antecipatório e provisional da prestação jurisdicional, com eficácia satisfativa (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995).

7.1.1 O princípio do *quieta non movere* e as liminares possessórias

A tradição romana nos processos de disputa pela posse era de privilegiar a situação fática existente. Nas *Institutas* do jurisconsulto Gaio, havia previsão de que, tendo o interdito por objeto um terreno ou edifício, o pretor ordenava que fosse preferido aquele que, no momento de ser deferido o interdito, não possuísse a coisa de forma violenta, clandestina ou precária em relação ao adversário (PAMPLONA, 2012).

De um lado, a inserção de um juízo liminar visa a celeridade da pacificação, e, de outro, a possibilidade de produção de provas para certificação da causa de pedir em audiência de justificação. Isso demonstra, a toda evidência, que o sistema beneficia quem *alega* ter sido molestado em sua posse, de modo que a situação do eventual agressor será, inicialmente, de desvantagem. Interessa ao direito positivo promover a mínima alteração no estado de coisas, ao menos até uma decisão final, após a cognição exauriente.

O art. 1.211,¹⁹⁹ do Código Civil, traduz uma ideia de que, quando duas

199 Reprodução quase integral do art. 500, do Código Civil (CC) de 1916, segundo Tito Fulgêncio, teve como fonte inspiradora o Código Civil do Cantão de Zurich (1887).

pessoas se intitulam possuidora, manter-se-á provisoriamente aquela que tiver a coisa, salvo tratar-se de posse viciada. Cuida-se da aplicação do princípio romano do *quieta non movere*, que consiste em não se perturbar a tranquilidade de alguém, mantendo-se a situação do modo como está e privilegiando a situação fática em detrimento da situação possessória. Dessa fonte principiológica decorre que, após ano e dia de persistência da moléstia, e sem manifestação do ofendido, não há o direito à obtenção da medida liminar. Nesse caso há uma inversão do princípio em favor do ofensor, por se considerar que, decorrido esse prazo, já houve uma acomodação da nova situação fática.

Com isso, na apreciação de um pedido liminar nas ações interditaes (*stricto sensu*) ou até mesmo de pedido de tutela antecipada nos casos de posse de força velha, deve-se ter presente o princípio *quieta non movere*, uma vez que há inevitáveis reflexos socioeconômicos quando se modifica uma situação fática. Jacques Távora Alfonsin, citado por Pamplona, afirma que as teorias da posse “[...] se baseiam numa presunção de legalidade e de legitimidade de quem já possui o bem que estiver em causa” (ALFONSIN, apud PAMPLONA, 2012). Em última *ratio*, a noção romana era no sentido de haver certa prudência na decisão de disputa possessória, na qual seria sempre curial a manutenção do *status quo*.

Leandro Antonio Pamplona noticia que, no direito francês, protege-se *prima facie* o possuidor, desde que ele também seja proprietário. E se não for, ganha o privilégio quem usar o bem, em detrimento daquele que permaneceu sem utilizá-lo. Assim, protege-se reflexamente a ordem pública (função social) (PAMPLONA, 2012).

A finalidade, pois, da proteção da posse é conservar o estado de fato, com correta distribuição do ônus do tempo ao litigante que apresenta uma posição de maior evidência em relação à situação litigiosa, enquanto seu adversário busca provar melhor posse (PAMPLONA, 2012).

O princípio do *quieta non movere*, ao que se percebe, permeia vários

Art. 78 – “Quando as duas partes disputam a qualidade de possuidor atual, dá-se provisoriamente a preferência àquela que detém efetivamente a coisa, se não está evidenciado que esbulhou dela a parte adversa por um modo contrário ao direito” (FULGÊNCIO, 1995, p. 113).

dispositivos que regem o sistema da posse positivado no Código Civil brasileiro, a exemplo dos arts. 1.197, 1.204, 1.207 e 1.211, além de ser instrumento informativo na concessão das liminares possessórias.

7.1.2 Proibição de *liminar* sem oitiva prévia da União e Funai

O Estatuto do Índio, imiscuindo-se em norma de índole processual (art. 63),²⁰⁰ proíbe a concessão de *medida liminar*²⁰¹ em causas que envolvem interesse dos índios ou o seu patrimônio, sem *previa* oitiva da União e da Funai (BRASIL, 1973a). Atualmente, essa intimação pode ser dirigida à Procuradoria Federal especializada da Funai ou às Procuradorias Federais não especializadas (Procuradorias Regionais Federais, Procuradorias Federais nos estados e Procuradorias Seccionais Federais, que igualmente representam o órgão de assistência, nos termos do art. 10, da Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002) (BRASIL, 2002c).

O dispositivo, por evidente, não é destinado a impedir a medida de urgência, mas tão somente de se estabelecer um contraditório prévio relativamente à medida liminar, ensejando ao órgão público demonstrar sua desnecessidade, desproporcionalidade, ou mesmo o chamado *periculum in mora* inverso. Ao que se percebe, não cabe, nesse momento processual, uma discussão ampla do mérito da lide, mas tão somente a análise de questões atinentes ao juízo de probabilidade (verossimilhança) para o deferimento da liminar possessória.

A primeira observação a ser feita é que a vedação legal produz uma *contraditio in terminis*, pois a utilização da expressão “medida liminar” no nosso sistema processual é utilizada justamente naqueles casos em que o provimento é deferido *inaudita altera pars*, ou seja, sem contraditório prévio. A exigência feita pelo Estatuto do Índio, de intimar a Funai para que se manifeste na qualidade de tutora legal dos interesses indígenas, transfi-

200 Estatuto do Índio: Art. 63. “Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio Indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio” (BRASIL, 1973a).

201 Cf. Leonardo Carneiro da Cunha: “Qualquer medida que seja concedida inicial ou preliminarmente no início de processo sem que haja prévio contraditório” (CUNHA, 2011, p. 269).

gura a característica tipicamente *liminar* que o legislador processual previu para as *possessórias* (*in limine litis*).

De fato, em vários outros momentos a lei processual codificada e a legislação extravagante exigem a audiência prévia da entidade pública como pré-requisito para a concessão de liminares e tutela antecipada, a exemplo do que ocorre com o *mandado de segurança coletivo* (art. 22, 2º, Lei n. 12.016/2009) (BRASIL, 2009c), e na *Ação Civil Pública* (art. 2º, Lei n. 8.437/1992) (BRASIL, 1992). No entanto, nesses casos a exigência se justifica, uma vez que a medida de urgência pode gerar, direta ou reflexamente, sujeição obrigacional para a entidade de direito público, motivo pelo qual a negligência a essa formalidade pode gerar nulidade dos atos praticados.^{202 203} No caso dos conflitos indígenas, em que a lesão é praticada pela comunidade nativa é difícil pressupor essa relação de sujeição do interesse público.

Uma outra questão relevante refere-se ao *prazo* de manifestação da entidade pública acerca do requerimento liminar, tendo se orientado a doutrina no sentido de que, na ausência de previsão legal, o prazo será estipulado pelo juiz (prazo impróprio) ou, no seu silêncio, deverá ser praticado em cinco dias (NCPC, art. 218, § 3º) que se converte em dez dias em razão da dobra.²⁰⁴

Quanto à oitiva da União nos processos que envolvem a disputa interétnica, há que se fazer uma distinção, justificando sua intervenção no feito. Tratando-se da defesa de interesses relativos ao patrimônio (áreas já demarcadas), não se coloca em dúvida sua legitimidade *ad causam*, uma vez que, tendo o domínio sobre as terras de ocupação tradicional (CF, art. 20, XI) há interesse jurídico e econômico do ente federativo (União) no que tange a eventuais disputas em face de não-índios.

Em circunstância diversa, contudo, em que determinados grupos ou comunidades autodeclaradas indígenas em franco processo de etnogênese se lançam em disputas fundiárias contra proprietários e possuidores rurais em área que ainda não foi demarcada, não há justificativa para a oitiva

202 Nesse sentido, Joel Figueira Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995; CUNHA, 2011).

203 Cf. STJ REsp 840.150-BA (BRASIL, 2007a).

204 Cf. Joel Dias Figueira Júnior (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995).

da entidade federativa, por meio de seu órgão de representação judicial (Advocacia Geral da União – AGU), com objetivo de se manifestar no feito. É que, nesse caso, a questão possessória não repercute sequer reflexamente em sua esfera jurídica, ao menos até que concluídos os estudos prévios demarcatórios que assegure tratar-se de área de ocupação tradicional. Temos que, nesse caso, será necessário tão somente a intervenção do órgão representativo da Funai, haja vista já existirem, desde logo, questões de natureza identitária que se aderem à disputa possessória.

Em conclusão, a oitiva prévia em demandas possessórias indígenas em terras ainda não demarcadas reclama tão somente a presença da Funai, a fim de atuar na defesa dos interesses da comunidade indígena, sem concorrência com a União, por meio de seu órgão de representação judicial, por ausência de interesse jurídico na disputa.

7.1.3 Demanda possessória em área demarcada e sua vedação legal

No que se refere, especificamente, à disputa de direitos indígenas, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei n. 6.001, de 1973 (Estatuto do Índio) (BRASIL, 1973a), impôs algumas condições e restrições ao ajuizamento das ações possessórias e concessão das tutelas liminares contrárias aos interesses das etnias indígenas. É preciso ter presente, no entanto, que essa legislação foi produzida sob a égide da Constituição de 1967 (EC n. 01-1969) (BRASIL, 1969a), quando se encontrava em pleno vigor o regime totalitário, fazendo com que tais cláusulas restritivas devam ser reinterpretadas à luz do novo ordenamento vigente, editado sob o signo do Estado democrático de direito.

A primeira restrição está prevista no art. 19, § 2º, do Estatuto do Índio,²⁰⁵ e diz respeito à proibição de ajuizamento de interdito posses-

205 Art. 19. “As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo”.

§ 1º “A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

sório contra demarcação de terras indígenas, facultando ao interessado (prejudicado) promover tão somente a ação petitória ou demarcatória (BRASIL, 1973a). É intuitivo concluir que a vedação legal refere-se às ações possessórias *stricto sensu*, ou seja, às demandas que tenham como causa de pedir a posse (*jus possessionis*), podendo, no entanto, o prejudicado reivindicar a coisa (imóvel rural) com fundamento no *jus possidendi*, ou ainda qualquer outra demanda não-possessória.

Indaga-se, de início, se a restrição legal se limita aos procedimentos demarcatórios ou se abrangem eventuais conflitos entre índios e não-índios antes, durante e após os atos de demarcação.

Evidente que, quando a lei fala em proibição dos interditos *contra a demarcação "processada"*, com o tempo do verbo no particípio passado, subentende-se tratar de um ato pretérito já consumado. De fato, a norma não está se referindo à série de atos administrativos que se sucedem *durante* os procedimentos administrativos demarcatórios, pois esses não têm o condão de molestar a posse dos atuais ocupantes. Nesses casos, sequer estão presentes os requisitos da possessória (esbulho ou turbação), salvo o abuso de poder, atacável por remédio jurídico distinto.

A lógica se direciona, portanto, para os conflitos posteriores à demarcação e durante o processo de desintrusão, em que ocorre a execução administrativa para desocupação da área delimitada, pois é nesse momento que se iniciam os atos que interferem na esfera patrimonial dos proprietários e possuidores.

Sendo assim, em relação à primeira indagação, tem-se que o dispositivo está se referindo às controvérsias ocorrentes em momento posterior à conclusão da demarcação (= demarcação processada), após a publicação do decreto homologatório presidencial pelo poder público.

Quanto à segunda indagação, qual seja, da proibição de ações interdita possessórias nos conflitos entre índios e não-índios, seja durante ou após a demarcação, temos como certa a inaplicabilidade do dispositivo. A norma extraída do art. 19, § 2º, diz respeito ao ato administrativo da

§ 2º "Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória **ou à demarcatória**" (BRASIL, 1973a, grifo nosso).

demarcação, relativo aos atos lesivos advindos do poder público, uma vez que é executor dos procedimentos demarcatórios. Há, desse modo, uma vinculação subjetiva expressa entre o particular e o Estado, sem afetar a relação entre o possuidor e a comunidade indígena. De toda sorte, a vedação legal padece do vício de inconstitucionalidade.

A lição precisa de Daniel Mitidiero é no sentido de que o direito à tutela satisfativa interinal de urgência ou evidência, bem assim à tutela cautelar, mantém alta densidade constitucional em face da dicção do art. 5º, incisos XXXV (inafastabilidade da jurisdição) e LXXVIII (duração razoável do processo administrativo e judicial) da CRFB (MITIDIERO, 2007). Assim, se de um lado a jurisdição Estatal é a forma de se assegurar posições jurídicas subjetivas a todos, o preceito normativo da razoável duração do processo autoriza, ainda, a inversão da ordem procedimental com o objetivo de antecipar aquilo que se pretende conseguir ao final. Na medida em que a lei infraconstitucional retira essa possibilidade ao indivíduo prejudicado pela ação do próprio Estado, restam aniquiladas ambas as possibilidades: obtenção do bem da vida em tempo razoável.

Não resta dúvida de que o preceito estatutário não se coaduna com o novo ordenamento constitucional, na medida em que impõe uma restrição sem qualquer justificativa ontológica, retirando ao possuidor o acesso à ordem jurídica justa. Ao prever a ação tão somente em favor do titular de um direito real, o texto veda aquele que somente detém a posse, a possibilidade de defesa de seu patrimônio, com grave ofensa à cláusula do devido processo legal processual e material.

É certo que a Constituição Federal não se manifesta expressamente sobre a garantia da posse, o fazendo apenas em relação à propriedade (art. 5º, XXII), mas não há dúvida de que, sendo a situação possessória a exteriorização do domínio, resta da mesma forma assegurada sua proteção no altiplano dos direitos fundamentais. De outro lado, a Constituição de 1988, em diversas passagens, privilegia a posse como um direito autônomo a ser protegido, como por exemplo, no que se tange à usucapião rural *pro labore*, do art. 191, e da usucapião urbana, do art. 183, em que a posse se sobrepõe ao direito do proprietário (BRASIL, 1988).

Como já se assentou alhures, as lides possessórias indígenas têm por objeto extensas áreas de milhares de hectares, ocupadas em geral por

pequenos e médios proprietários, muitos deles sem qualquer título dominial, mas com posse consolidada. Nesse cenário, estariam legitimados a se insurgir contra a demarcação tão somente os proprietários, permanecendo os possuidores sem qualquer defesa. Na hipótese do pedido ser julgado procedente apenas em favor daqueles que possuem título de domínio ou outro direito real, seria necessário desmembrar o espaço territorial em ilhas, separando proprietários, possuidores e índios. Veja-se que a prevalecer tal entendimento, poderia se instaurar uma situação fundiária caótica dentro dos limites da demarcação, com a imposição de convivência entre índios e não-índios, lado a lado, situação de todo indesejável.

Outra consequência nefasta desse dispositivo é a de que os que detêm tão somente a posse, seriam destituídos de seus imóveis em razão do ato administrativo demarcatório, sem que pudesse se utilizar dos embargos de *retenção pelas benfeitorias* realizadas de boa-fé.

Diante desse sopesamento, tem-se que a regra inserta no art. 19, § 2º, do Estatuto do Índio, ao vedar a possibilidade de ajuizamento de qualquer ação com fundamento na posse (BRASIL, 1973a), padece do vício de inconstitucionalidade. Afronta a garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB) e do devido processo legal, material (*substantive due process*) e processual (*procedural due process*) (art. 5º, LIV, da CRFB) (BRASIL, 1988), retirar do possuidor o direito de ação e defesa contra o próprio ato administrativo de demarcação, bem como a possibilidade de oferecimento de embargos de retenção por benfeitorias.

O devido processo legal material, como ensina Nery Júnior, se relaciona com a *razoabilidade* na produção de normas e na garantia dos direitos fundamentais, ao passo que o devido processo em sentido processual, além de ser garantia do direito de ação (*jus actionis*), “[...] nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à ordem jurídica, deduzindo sua pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível [...]” (NERY JUNIOR, 2000, p.41).

7.1.4 Procedimento demarcatório e o devido processo legal

O Estatuto do Índio (art. 25), estabelece que o *reconhecimento* dos direitos

dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, na forma prevista no art. 198, da Constituição Federal de 1967 (EC n. 1/69), *independará* de sua demarcação e deverá ser assegurado, atendendo à *situação atual* e ao consenso histórico sobre a *antiguidade da ocupação* (BRASIL, 1973a).

Pelo fato de ter sido editado na vigência do ordenamento ancião, é sempre necessário confrontar o Estatuto do Índio com o regime constitucional vigente, interpretando a norma de modo a não torná-la incompatível com o novel sistema.

Não se nega que o Estatuto do índio detém um viés protetivo dos mais avançadas do mundo, mantendo-se inalterado há quarenta anos. Sua inspiração normativa decorre da Convenção n. 107 da OIT, de 05 de junho de 1957²⁰⁶, onde são afirmados direitos universalmente reconhecidos aos povos indígenas e tribais. Afora o seu conteúdo *integracionista*, sobre o qual pronunciaram severas críticas, seu mérito está na proteção avançada dos direitos indígenas ao seu *habitat*, recursos naturais e da posse da terra.

A Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do índio), teve origem no Projeto de Lei n. 2.328,²⁰⁷ de 1970, de iniciativa da Câmara do Deputados, por solicitação do então Ministro do Interior, José Costa Cavalcanti, sendo o autor do anteprojeto o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Themístocles Cavalcanti. A redação final ficou a cargo do Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, que, na exposição de motivos, registra um dos objetivos da lei: “[...] assegurar a posse das terras por eles [índios] ocupadas” (BRASIL, 1973c). Ou seja, efetivamente ocupadas e não sujeitas a uma ocupação futura.

O texto atual do art. 25 não constava da redação original do projeto²⁰⁸

206 Convenção n. 107 da OIT, de 05 de junho de 1957. Disponível em: <https://goo.gl/A6zwBg>. Acesso em: 22 abr. 2016.

207 O dossiê completo da tramitação legislativa do Projeto de Lei (PL) 2328/1970 e da Lei n. 6001/1973 (Estatuto do Índio) da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://goo.gl/Gj4O8G>. Acesso em: 30 abr. 2016.

208 “Art. 24. Os silvícolas têm a posse das terras por eles ocupadas, de acordo com os seus usos e costumes e as necessidades de sua subsistência, levando-se em consideração a importância da caça, da pesca e do trabalho agrícola na sua vida”. [...]

“Art. 25 - Considera-se ‘posse do silvícola’, a ocupação efetiva e o exercício de direitos a ela inerentes que, de acordo com os usos, costumes e tradições indígenas, bastem a identificar o silvícola com a terra, nos termos da Constituição” (BRASIL, 1973c, p. 410).

e foi incluído por meio de um substitutivo apresentado pelo Relator na Comissão de Constituição e Justiça, Célio Borja, que, em sua justificativa,²⁰⁹ ressaltou as intervenções da Funai, sugeridas pelo antropólogo Pe. José Vicente Cesar, Presidente da Sociedade ANTHROPOS do Brasil, conformando o projeto com um “espírito liberal e humanista”. Foi nesse contexto que a Funai se arvorou no direito de promover o *reconhecimento* da posse permanente, independente do procedimento administrativo demarcatório, desde que atendida a *situação atual* (posse efetiva) e o consenso histórico sobre a *antiguidade da ocupação* (posse pretérita).²¹⁰ Mais tarde, no Senado, foi alterada a redação, mas mantido o poder da Funai em certificar a posse indígena, antes mesmo da demarcação.²¹¹

A redação do art. 25 do EI pode levar a conclusões equivocadas, se não for cotejado com outros dispositivos legais do próprio Estatuto e com a nova configuração da *posse indígena*, prevista no art. 231, da Constituição Federal (marco temporal), bem como o Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que disciplina todo o *iter* demarcatório.

De fato, não é correto afirmar que a entidade fundacional esteja investida no poder de declarar a posse indígena e certificar a existência de ocupação tradicional. Em verdade, o *reconhecimento* feito pela Funai se opera tão somente em um plano técnico-científico, decorrente do estudo

209 Cf. Relatório da Comissão de Constituição e Justiça: “Aproveitando as contribuições da Fundação Nacional do Índio, pela autoridade que lhe advém da proximidade dos fatos e da vivência da problemática, este substitutivo teve a preocupação maior de se prender bem mais ao projeto primitivo, cujo espírito liberal e humanista ficou resguardado nesta última redação” (BRASIL, 1973c, p. 413).

210 Redação final na Câmara dos Deputados: “Art. 25. Independentemente de demarcação, o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente de áreas determinadas nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, será feito pelo órgão de proteção ao índio, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo dos atos competentes dos Poderes da República quando omissos ou em erro aquele órgão” (BRASIL, 1973d, p. 236).

211 Redação do Senado Federal: “Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do art. 198, da Constituição, independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República” (BRASIL, 1973e, p. 295).

demarcatório preliminar, sem que isso tenha eficácia de alterar o regime patrimonial da União ou de terceiros.

Dito de outra forma, o fato da Funai promover estudos técnicos para fins de identificação e demarcação de uma terra que se supõe indígena, inclusive com parecer conclusivo final pela existência da tradicionalidade, não gera qualquer *direito subjetivo* patrimonial para União, ou em favor da comunidade autóctone, que lhe permita desde logo promover a sua ocupação ou nela permanecer, na condição de usufrutuário.

Os procedimentos demarcatórios a cargo da competência da Funai (art. 19), é *ato administrativo complexo* e sua ultimação ocorre por ocasião da homologação, a cargo do Presidente da República, registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca onde esteja localizado o imóvel. Somente após a transferência ao domínio da União, a partir da publicação do decreto presidencial e seu respectivo registro, surge o direito subjetivo à posse indígena e, conseqüentemente, ao usufruto constitucional (BRASIL, 1973a).

A maioria dos doutrinadores²¹² defendem que o decreto presidencial demarcatório tem natureza jurídica *declaratória*, haja vista que o direito à ocupação tradicional é direito congênito e, portanto, preexistente ao ato administrativo. A nosso sentir a afirmação é correta, porém sua causa é falsa. A natureza jurídica declaratória é pertinente e compatível com a circunstância de que todos os títulos dominais e relações possessórias ficam extintos após verificação dos elementos caracterizadores da tradicionalidade.

No entanto, como já afirmado anteriormente, não é a *congenitude*, mas sim o *fato indígena* que faz nascer direito subjetivo à posse nativa, após conclusão positiva dos estudos técnicos, em regular procedimento administrativo submetido a contraditório.

Conquanto se possa indagar acerca da constitucionalidade²¹³ de um

212 Dentre eles, Mendes Júnior (1912), Silva (1993), Silva (1995), Silva (2009), Antunes (2010) e Dallari (2001).

213 Por princípio - sistemático-positivo - só a Lei, como essentia iuris, em tese, cria, modifica ou extingue direitos, não o Decreto, a Portaria ou outro Ato. Outrossim, fincado ainda por outra razão, tal dicção administrativa (Portaria MJ n. 14/96) não tem arrimo no Decreto citado, pois aquele dispositivo (artigo 5º) fala, tão somente, que a demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento adminis-

decreto regulamentador definir normas potencialmente expropriativas da propriedade privada, atingindo milhares de hectares de terra²¹⁴ e afetando a esfera jurídica patrimonial de centenas de proprietários rurais, isso é o que prescreve o indigitado art. 19, da Lei 6.001/73, *verbis*:

“Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativa-mente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo” (BRASIL, 1973a).

O instrumento normativo que regulamenta atualmente as demarcações de terras indígenas é o Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Nele são pormenorizados alguns dos procedimentos que devem ser adotados pela Funai para fins de identificação de terras indígenas, com a participação concorrente do Presidente da Fundação, do Ministro da Justiça e do Presidente da República. Os procedimentos podem ser resumidamente divididos em oito etapas:

I) *Estudos de identificação e delimitação* (art. 2º, §§ 1º a 5º): a Funai nomeia um antropólogo de qualificação reconhecida para realizar estudo antropológico de identificação da terra indígena em questão. Em momento posterior, o estudo antropológico vai fundamentar o trabalho do Grupo Técnico (GT) especializado, que procede ao levantamento fundiário e a estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental necessários à delimitação;

II) *Relatório conclusivo da Funai* (art. 2º, §§ 6º e 7º): o relatório resultante dos estudos de identificação deve ser submetido ao crivo pelo presidente da

trativo, será homologada mediante decreto (STEFANINI, 2011).

214 A respeito do assunto, o artigo de autoria do Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Rodinei Candeia, em que afirma: “No regime constitucional e legal brasileiro não é possível que um ente público desconstitua propriedade privada através de ato meramente administrativo. O direito de propriedade foi uma conquista histórica dos direitos humanos, que substituiu o sistema de domínio do rei ou da Igreja, garantindo aos cidadãos a propriedade de suas casas e os direitos correlacionados, como a inviolabilidade do domicílio e a privacidade. Trata-se o direito de propriedade de fator estruturante do modelo de República brasileiro e como tal deve ser tratado, conforme estabelece a cláusula pétreia do art. 5º da Constituição” (CANDEIA, 2013).

Funai e, caso aprovado, segue para o Diário Oficial da União e o Diário Oficial da unidade federada em que se localizar a área sob demarcação;

III) *Contencioso administrativo* (art. 2º, §§ 8º e 9º): O prazo de manifestação dos interessados, bem como dos Estados e Municípios envolvidos, se inicia juntamente com os estudos de identificação e se encerra 90 dias após a publicação do relatório aprovado pela Funai. Encerrado o prazo para apresentação das contestações, a Funai tem 60 dias para elaborar seus pareceres sobre as razões apresentadas e encaminhar o procedimento ao Ministro de Estado da Justiça;

IV) *Decisão do Ministro da Justiça e declaração dos limites da Terra Indígena (TI)* (art. 2º, § 10): o Ministro da Justiça tem 30 dias para decidir, podendo adotar as seguintes posições: a) declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação administrativa; b) converter o julgamento em diligências a serem cumpridas em 90 dias; ou c) desaprovar a identificação através de decisão fundamentada;

V) *Levantamento topográfico e demarcação física*: tendo sido declarados os limites da área, a Funai procede à sua demarcação física, enquanto o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), em caráter prioritário, deve proceder ao reassentamento de eventuais ocupantes não-índios.

VI) *Levantamento fundiário* de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios para fins de indenização.

VII) *Decreto homologatório Presidencial* (art. 5º): Publicada a portaria do Ministro da Justiça, a demarcação é submetida ao presidente para homologação, mediante decreto;

VIII) *Registro* (art. 6º e art. 9º): A Funai deve proceder ao registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério da Fazenda, em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação (BRASIL, 1996a).

Observe-se que a Portaria do Ministro da Justiça não tem o poder de operar, no plano direito positivo, declarando a terra como indígena. O ato normativo constitui apenas uma etapa do procedimento definidor dos limites e fixador dos marcos das linhas da demarcação, cujo acerto ocorre com publicação do decreto homologatório presidencial.

Somente a partir desse ato administrativo final, se irradiam os seus efeitos no mundo jurídico, podendo ser iniciado o processo de desintrusão dos ocupantes não-índios.

A rigor, os procedimentos de demarcação deveriam ocorrer apenas onde já existe ocupação indígena consolidada, tendo em vista o *marco temporal* de 5 de outubro de 1988, fixado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento da Pet. 3.388/RR (TI Raposa Serra do Sol), ressalvada a comprovação de esbulho renitente (4.4.8).

Esse mesmo entendimento é esposado por Luiz Stefanini: para ele, as demarcações autorizadas pela constituição são aquelas incidentes sobre as áreas com atual e efetiva ocupação/posse indígena, já identificadas em sua realidade física no contexto fundiário, e dependendo tão somente da formalização de identificação de limites, ou ainda, sobre terras possuídas por índios e ainda não conhecidas. Não poderiam, de nenhuma forma, abranger terras urbanas e rurais já ocupadas por não-índios ou aquelas áreas ainda desocupadas, porque nesse dois casos não está caracterizada a ocupação atual. Acrescenta que a demarcação está sustentada no pressuposto de que a terra esteja ocupada/possuída pelos índios, sendo que a certeza da ocupação é que determina a legalidade do objeto da demarcação (STEFANINI, 2011).

Todavia, na prática cotidiana o sistema se inverte na medida em que a Funai tem sua atuação mediada por ações exógenas, em que as comunidades interessadas exercem pressão sobre a autoridade administrativas, mediante fatos sociais materializado nas invasões antecipadas das áreas ou ainda provocadas pelos ativistas da causa indígena, a exemplo do Cimi e das organizações não-governamentais.

Tal circunstância leva o conflito interétnico a patamares fáticos que discrepam daqueles idealizados pela norma abstrata, nos quais os embates se iniciam antes mesmo dos estudos demarcatórios e se estendem por todo o procedimento, tornando inevitável a judicialização.

Instaurado o conflito no âmbito possessório em razão das invasões perpetradas pela comunidade indígena sobre as áreas reivindicadas, com desapossamento imediato dos ocupantes, cumpre ao julgador decidir a questão, fazendo um balanceamento dos dispositivos processuais e constitucionais de regência, tendo, de um lado, a proteção possessória lastre-

ada no estado de fato sobre a coisa (Código Civil – CC, art. 1.196) (BRASIL, 2002b) e, de outro, a posse indígena (CF, art. 231) (BRASIL, 1988).

Em qualquer caso, permitir que a desocupação forçada pela comunidade indígena, em desfavor dos proprietários rurais, ocorra antes mesmo de ulatimação do procedimento administrativo é atentar frontalmente contra o devido processo legal (art 5º, LIV, CF).²¹⁵

Mesmo que tal solução se apresente como óbvia, já que praticamente em todos os sistemas jurídicos do mundo ocidental ninguém pode ser desapossado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa, princípio secular advindo da Carta Magna (1215), alguns doutrinadores entendem, em sentido contrário, por tratar-se de conflito de etnia.

Daniel Sarmento, em parecer acerca de direitos territoriais das *comunidades quilombolas*, ostenta a ideia de que a desocupação pelos proprietários das terras reivindicadas pelos descendentes dos quilombos deva permitir, desde logo, a ocupação pelo grupo vulnerável, antes mesmo da ulatimação dos procedimentos expropriatórios (SARMENTO, 2006). O autor do trabalho sustenta que, ao ser privado do uso da terra, o grupo étnico tende a se dispersar e a desaparecer, sendo tragado pela sociedade envolvente e perdendo sua identidade coletiva e cultural, o expoente de um direito fundamental: a cultura étnica. Assim, negar aos quilombolas o direito à posse das terras que ocupam, até a consumação da ação expropriatória ou a imissão do Poder Público na posse do imóvel desapropriado, significaria a negativa de eficácia da aplicação imediata dos direitos fundamentais irradiantes.

Diante desse argumento, Daniel Sarmento defende que:

[...] é perfeitamente compatível com a Constituição restringir, em nome da tutela dos direitos fundamentais dos quilom-

215 Conforme ressalta Gilmar Mendes, anteriormente ao Decreto n. 1.775/96, as demarcações eram feitas com base no Decreto n. 22/91, o qual não assegurava o contraditório administrativo, pois não oportunizava que os interessados se manifestassem. Com isso, desenhou-se no STF a possibilidade de se declarar a sua inconstitucionalidade. Por esse motivo, foi revogado e substituído pelo Decreto n. 1.775/96, no qual se introduziu a ampla defesa em homenagem ao devido processo legal, sob os protestos do Prof. Dalmo Dallari, que entendeu essa atitude como uma forma de anular as demarcações feitas anteriormente (MENDES, 2011).

bolas, certas faculdades inerentes ao direito de propriedade dos particulares, retirando-lhes a possibilidade do uso de instrumentos possessórios e petitórios contra remanescentes de quilombos, mesmo antes da desapropriação das terras destinadas a estes pelo constituinte (SARMENTO, 2006, p. 9).

Mesmo reconhecendo que a propriedade é um direito fundamental, e justificando que não é considerada um direito absoluto, despido que foi da primazia que desfrutava no regime constitucional do liberalismo-burguês, Daniel Sarmiento advoga que a restrição ao *ajuizamento* de ação possessória ou petítoria para proteção da propriedade privada seria uma solução adequada diante de uma ponderação de direitos em colisão.

O autor prossegue, afirmando que a função social da ocupação quilombola tem o condão de suplantar qualquer função social atribuída ao proprietário, categorizando hierarquicamente o instituto. Conclui, com isso, que, na escala de valores da Constituição, o direito à terra pelas comunidades étnicas tem, *a priori*, um peso superior ao direito de propriedade privada dos particulares em cujos nomes as áreas estejam registradas. Ou seja, segundo o autor, preservar e garantir a posse do território aos quilombolas, mesmo antes da desapropriação, configura medida adequada, visando assegurar-lhes o gozo do seu direito à terra e à preservação da sua identidade coletiva e cultural (SARMENTO, 2006).

Em que pesem a opinião balizada de Daniel Sarmiento, na qual conclui pela sobreposição do interesse da coletividade quilombola sobre a posse e propriedade privada, ressaltos dois aspectos importantes: a) que embora o devido processo legal em sua conformação procedimental (CF, art. 5º, LIV), seja um dos princípios mais caros da sociedade, suplantando a questão interétnica, em nenhum momento foi citado na fundamentação e; b) que os eventuais ocupantes da terra reivindicada por etnias quilombolas, sejam pequenos proprietários rurais de agricultura de subsistência e que igualmente constituam um parcela vulnerável da população que, expulsos de suas terras não tenham sua sobrevivência garantida.

Veja-se, portanto, se tratar de demanda complexa cujas soluções não podem ser simplórias, unilaterais, monoculares, a serem resolvidas com ideologias fáceis, a considerar apenas os grupos étnicos como categorias vulneráveis.

7.1.5 Liminar nos conflitos possessórios coletivos

O novo CPC implementou dentro do procedimento especial das ações possessórias, um rito diferenciado para o âmbito dos *conflitos possessórios coletivos* urbanos e rurais (NCPC, art. 565), dentre os quais se inserem as disputas interétnicas.

Atento ao fato de que as normas até então existentes não se compatibilizavam adequadamente com os conflitos possessórios habitacionais em áreas urbanas ou rurais, com forte tensão social envolvendo um grande número de pessoas, o legislador inseriu disciplina procedimental específica para o tratamento de demandas envolvendo grupos de pessoas, organizadas ou não.

Pretendeu, com isso, ampliar objetiva e subjetivamente o espectro de discussão, visando não só maturar a sempre difícil decisão a ser proferida em tais casos, mas também humanizar o cumprimento de decisões onde há reivindicação de movimentos sociais, como as desocupações de áreas pertencentes ao patrimônio público, conjuntos habitacionais em situação de abandono, áreas favelizadas e, principalmente, conflitos fundiários protagonizados pelo *Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra* (MST). Trata-se, portanto, de uma adequação legislativa a um fato social que há muito tempo reclamava as devidas mutações procedimentais, até então supridas mediante senso de justiça e criatividade dos juízes na apreciação dos casos concretos.²¹⁶

Esse controle estatal na solução de conflitos em disputas possessórias assume relevância na medida em que, no mundo moderno, exorbitam as lides intersubjetivas, transmudando-se as tensões sociais individuais do campo e da cidade para os conflitos coletivos (ARAÚJO, 2007).

Nesse sentido, o Novo CPC tenta solucionar algumas questões que criavam sérios entraves práticos nos chamados conflitos multitudinários. A primeira delas tem pertinência com a identificação do *sujeito passivo* da demanda, haja vista que a moléstia (esbulho ou turbação) é sempre praticada simultaneamente por vários indivíduos, às vezes sem uma liderança bem definida.

216 Nesse sentido as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ): Brasil (2004b); Brasil (2005a).

Nesses casos, em busca de solução prática, o NCPC determina que a citação seja pessoal (por mandado), feita na pessoa dos ocupantes que se encontrarem no local (NCPC, art. 554, § 1º). O oficial de justiça deverá efetuar uma única diligência, colhendo as assinaturas de todos que estiveram presentes, os quais serão considerados réus individualmente, podendo cada um deles oferecer defesa. Quem não for encontrado no momento do cumprimento do mandado, será citado por edital (NCPC, art. 554, § 2º) (BRASIL, 2015a).

O mesmo procedimento deverá ser adotado, por analogia, nos casos de deferimento da medida liminar possessória, para fins de intimação do mandado de reintegração ou manutenção de posse. Conquanto possa parecer dificultosa na operacionalização da citação pessoal de um número elevado de pessoas, a solução é elogiável, na medida em que põe fim a uma discussão jurídica infundável acerca da identificação da legitimidade passiva da ação multitudinária. Nada impede que o juiz determine que o mandado seja cumprido por mais de um oficial de justiça, conforme a situação concreta. Assim, evita-se, no plano jurídico processual, que os réus se aproveitem da situação de tumulto para se esquivar da citação e, conseqüentemente, deixem de assumir a sujeição passiva no feito.

Ao tempo em que o estatuto processual dirime um problema na identificação dos legitimados para a ação possessória, busca, em contrapartida, um equilíbrio, ao implementar um regime especial de *publicização* dessas demandas coletivas. A finalidade é a garantia de um efetivo direito ao contraditório e à ampla defesa (arts. 9º e 10, CPC/15 e art. 5º, LV, CF), oportunizando aos eventuais interessados a participação efetiva na formação do convencimento do julgador. Nessa linha de princípio, torna-se obrigatório²¹⁷ que o juiz promova a divulgação da existência da lide por meio de jornal ou rádio difusora, bem como a publicação de cartazes na região, cientificando a comunidade local acerca do processo e andamento e dos prazos processuais (NCPC, art. 554, § 3º) (BRASIL, 2015a).²¹⁸

217 O Novo CPC diz que o juiz deverá determinar tais providências, ou seja, trata-se de atividade imperativa, sob pena de nulidade.

218 No sentido da ampliação da publicidade, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), Enunciado 63: “No caso de ação possessória em que figure no pólo pas-

Exige-se, ainda, a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, regra complementar àquela inserta no NCPC, art. 178, III, que torna obrigatória a intimação ministerial nos conflitos coletivos pela terra rural e urbana, sob pena de nulidade (NCPC, art. 279). Do mesmo modo, impõe-se a atuação da Defensoria Pública nos casos em que é verificada a hipossuficiência econômica, não só do demandado, mas também do demandante, posto que a lei (NCPC, art. 554, § 1º) se refere às *pessoas envolvidas* na demanda.

Essas disposições gerais processuais concernentes a conflitos possessórios coletivos, com a possibilidade de citação pessoal de todos os ocupantes presentes e editalícia dos ausentes, tendem a facilitar a prática dos atos processuais nos processos de disputa interétnicas de natureza indígena. Exemplo disso são os casos em que não é possível identificar ou localizar a respectiva liderança, ou ainda quando houver dúvida sobre a legitimidade do cacique para representar a respectiva comunidade.

Outra novidade diz respeito à previsão de um procedimento especial na ambiência de um *conflito possessório coletivo imobiliário, urbano ou rural*, ocorrido há mais de ano e dia, ou seja, de força velha espoliativa²¹⁹. Para esses casos NCPC adotou-se regras mais consentâneas à solução do litígio, como a mediação prévia, a participação de terceiros estranhos a lide e, por fim, a possibilidade de concessão de *medida liminar*, nos termos do art. 565.

No projeto da Câmara dos Deputados houve consenso de que as ações possessórias coletivas de *força nova* seriam precedidas de audiência de mediação no caso de concessão de *medida liminar*. No entanto, durante os debates redacionais acabou se tomando rumo diverso, para exigir audiência de mediação nas às demandas possessórias coletivas de *força velha*, para a qual também se previu um a liminar, fato que gerou dúvidas de

sivo grande número de pessoas, a ampla divulgação prevista no § 3.º do art. 554 contempla a inteligência do § 3.º do art. 301, com a possibilidade de determinação de registro de protesto para consignar a informação do litígio possessório na matrícula imobiliária respectiva” (ENUNCIADOS..., 2015, p. 15 e 16).

219 Conforme acentua Daniel Mitidiero, o procedimento do art. 565 só se aplica aos casos de conflito de força velha, pois, no caso de ajuizamento da ação dentro de ano e dia, o procedimento será aquele previsto nos arts. 560 a 564 ou 567 e 568, do NCPC, variando apenas quanto à forma de citação (MITIDIERO, 2007).

interpretação (WAMBIER et al., 2015). Indaga-se se a autocomposição prévia será exigida também nas ações de força nova e, em segundo lugar, se a liminar prevista na possessória de força velha tinha, ou não, as mesmas características de *tutela provisória* satisfativa. Tereza Arruda Alvim Wambier et al., observam que, de acordo com a literalidade do art. 565, não há obrigatoriedade de audiência prévia nas invasões coletivas de força nova (WAMBIER et al., 2015), podendo ser deferida a *inautita altera pars*, nos termos do arts. 558 e 562, do CPC/15.

Embora esse entendimento esteja correto, não parece curial dispensar os cuidados especiais que tais litígios reclamam, tanto para tornar efetivo o cumprimento da medida, quanto em relação à integridade física dos envolvidos. No caso concreto, tratando-se de litígio coletivo de *força nova*, o juiz deverá avaliar com prudência a conveniência de se utilizar a tentativa de conciliação prevista no art. 334, no intuito de evitar confrontos violentos entre o efetivo policial e os invasores, sempre comuns nesses casos, deixando o uso da força pública como última alternativa, caso seja imprescindível para o cumprimento da decisão.

Sobre o segundo aspecto, referente à natureza da decisão proferida em ação possessória coletiva após ano e dia da invasão, Tereza Arruda Alvim Wambier et al., entendem tratar-se de verdadeira *tutela provisória antecipada* e não de liminar possessória típica. Nesse mesmo sentido foi a conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), ao editar o Enunciado n. 66, do FPPC/Rio: “Art. 565: A medida liminar referida no art. 565 é hipótese de tutela antecipada (Grupo: Procedimentos Especiais; redação revista no III FPPC-Rio)” (ENUNCIADOS..., 2015, p. 16).

Conforme já se evidenciou, embora a liminar possessória típica e a tutela antecipada de urgência ou evidência sejam tutelas provisórias satisfativas, não há completa coincidência entre seus requisitos de concessão. A liminar possessória pode ser concedida *initio litis*, sem ouvir a parte contrária, dispensando a motivação relativa ao perigo da demora, que é sempre implícita. De outro lado, a tutela antecipada de urgência ou evidência a ser deferida nas possessórias coletivas há mais de ano e dia, exigirá do autor requisitos adicionais, relacionados nos arts. 300 (urgência) e 311 (evidência), do CPC/15. Assim, na *tutela provisória de urgência*, será necessário demonstrar, por exemplo, o perigo da demora, tarefa com acentuado

grau de dificuldade para o autor que se manteve inerte por mais de um ano, restando-lhe apenas fundar o requerimento no risco para resultado útil do processo. De outro lado, para concessão *tutela de evidência*, deverá ser comprovado o fato jurídico “posse”, por meio de documentos, o que nem sempre é possível.

Outro ponto é que se o ajuizamento ocorrer em prazo superior a ano e dia da moléstia, a *liminar* somente será apreciada após audiência de *mediação* (art. 565). O que a lei fez foi positivar uma prática judicial criativa já utilizada em casos de conflitos coletivos. A praxe forense sempre caminhou no sentido da tentativa de autocomposição, tendo em vista a dificuldade de efetivar a desocupação sem risco para a integridade física dos envolvidos, muita vez constituída de crianças, idosos e mulheres. A prudência impõe a tentativa de uma solução pacífica antes da adoção da força, cabendo ao juiz alertar as partes acerca da necessidade do cumprimento da ordem judicial.

Grupos de indivíduos, organizados ou não, ao esbulharem a área urbana para fins de moradia ou área rural, automaticamente edificam suas casas, constroem cercas, áreas comunitárias, deitam lavouras, na terra ocupada. Nessas hipóteses, se o possuidor retarda a adoção de medidas judiciais, ocorre uma estabilização na situação fática.

Nessas hipóteses, é curial providenciar medidas humanizadoras no procedimento de desocupação, que deve ser feito gradualmente, tornando-se imprescindível em muitos casos a realocação do grupo invasor como condição ao cumprimento da decisão judicial.²²⁰

Entretanto, acreditamos que o método consensual de solução de conflito para esses casos não seja a mediação, mas sim a conciliação. A simples aproximação das partes, por evidente, não será suficiente ao des-

220 “O Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), editado pelo governo federal, por meio do Decreto n. 7.037, de dezembro de 2009, inseriu políticas específicas voltadas à mediação de conflitos fundiários (BRASIL, 2009d). O PNDH3, em razão desta e de outras previsões, foi alvejado de críticas de diferentes setores da sociedade, razão pela qual foi revisado por meio da edição do Decreto Federal n. 7.177, de maio de 2010 (BRASIL, 2010a). “Diante das alterações realizadas, foram retiradas do Plano a noção de mediação como **ato inicial prévio à concessão de medidas liminares** e a prioridade de realização de audiência pública com a presença dos diferentes atores [...]” (CAFRUNE, 2010, p. 208, grifo do autor).

linde da causa haja vista o seu antagonismo. Estamos com José Garcia Medina, no sentido de que o método consensual mais adequado para a solução da controvérsia possessória coletiva é a *conciliação* (MEDINA, 2015). A mediação, como se sabe, é método consensual de resolução de conflitos que se baseia no *diálogo* e no protagonismo das partes durante o processo construtivo de uma solução. O objetivo da mediação é a *aproximação das partes*, a fim de restabelecer o respeito mútuo e o canal de comunicação, a fim de propiciar um acordo final, que pode ou não ocorrer, não sendo este o seu objeto imediato. Na mediação não há intervenção do mediador no sentido de apresentar proposta de solução, o que não é adequado para esse tipo de controvérsia.

É natural que nos conflitos possessórios urbanos, rurais e interétnicos os ânimos estejam acirrados, e qualquer solução aceitável ao possuidor molestado implica necessariamente na retirada dos invasores. Com isso, a conciliação, ou mediação ativa, deve se concentrar no *tempo e modo* como a desocupação vai ocorrer e onde serão realocados os invasores. É extremamente dificultoso chegar a um consenso sem que o interlocutor das partes possa apresentar propostas e alternativas que tornem compatíveis os interesses das partes.

Justamente em razão das dificuldades operacionais para viabilizar grandes desocupações é que a lei processual prevê que, se a liminar concedida não for executada dentro do período de um ano da *distribuição*, será designada a audiência de mediação. Nesta audiência, haverá a participação do Ministério Público, Defensoria Pública, além da intimação de órgão da política agrária da União, Estado e Município, para manifestar interesse em integrar a lide, auxiliando a composição do litígio (art. 565, §§ 2º e 4º).

7.1.6 Tutela antecipada na ação possessória de força velha

A proteção processual da posse é exercida pela utilização das ações interditais (reintegração, manutenção e interdito proibitório), processadas pelo rito especial, em que se possibilita a concessão de liminar sem oitiva da parte contrária. A opção legislativa é enfática no sentido da necessidade de se pacificar o conflito com larga otimização temporal, entregando,

desde logo, o bem da vida àquele que tem a melhor posse. No mais, essas tutelas provisórias visam a garantia da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e, mais do que isso, a duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ocorre que a possibilidade de se valer dessa técnica diferenciada exige que, entre a ocorrência da moléstia e a protocolização da demanda, não pode decorrer tempo superior a ano e dia. Assim, só era possível a obtenção de medida liminar típica possessória, nas ações ajuizadas dentro do prazo (decadencial) de ano e dia, contados da moléstia.²²¹

No entanto, com a introdução no direito brasileiro das tutelas diferenciadas²²², atualmente denominadas genericamente de tutelas provisórias de *urgência* e de *evidência* (NCPC, art. 294), indaga-se se essa nova técnica se aplica também às ações possessórias, em face dos paradigmas da efetividade do processo²²³ e da distribuição do ônus do tempo entre as partes.

Dito de outra forma, seria possível obter a tutela provisória (= antecipada) em ação de natureza possessória processada pelo rito comum, após ano e dia da moléstia? A esse respeito a doutrina nem sempre foi unânime²²⁴, mas vinha se inclinando majoritariamente a favor dessa possibilidade.²²⁵

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil (NCPC), ao tratar das *tutelas provisórias*, não opôs qualquer restrição à sua aplicabilidade em ou-

221 Exceção feita às ações possessórias coletivas em que se prevê a possibilidade de deferimento de liminar após ano e dia (art. 565, do NCPC) (BRASIL, 2015a).

222 As tutelas antecipatórias foram introduzidas no Brasil pela Lei n. 8.952/94, que modificou a redação do art. 273, do CPC/73. Com o objetivo maior de atualizar o Código, buscando principalmente a efetividade do processo, foi generalizada no direito processual civil brasileiro – art. 273, do CPC (LGL\1973\5) – a *antecipação* dos efeitos da tutela, com eficácia satisfativa. A consagração legislativa do instituto da *antecipação dos efeitos da tutela* ou, mais simplesmente, da *antecipação de tutela*, além de impedir, doravante, a deturpação do uso da medida cautelar “inominada”, veio responder, como já referido, às exigências de equânime distribuição dos ônus do tempo no processo (PAMPLONA, 2012).

223 Como afirma o Prof. José Manoel de Arruda Alvim Netto, a lei pode constituir-se em uma variável a favor da celeridade do processo, criando institutos com a finalidade de precipitar-se no tempo à satisfação da pretensão (ALVIM NETTO, 1997).

224 Segundo notícia Leandro Pamplona, o civilista Silvio Venosa entende ser impossível a concessão de tutela antecipada nas ações possessórias (PAMPLONA, 2012). Joel Dias Figueira, por seu turno, faz restrição à concessão de tutela antecipada com base na tutela de urgência (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995).

225 Por todos, Alvim Netto (1997, p. 366).

tros procedimentos especiais, codificados ou não. No entanto, há duas situações a considerar. A primeira, quanto à possibilidade de obtenção de tutela antecipada nas possessórias de *força nova*, com desprezo ao rito especial, e a segunda acerca da possibilidade de obtenção de tutela provisória nas possessórias de *força velha* espoliativa em conflitos individuais.

Joel Dias Figueira entende não ser possível ao autor fazer opção pelo ajuizamento de demanda pelo rito comum, estando dentro de ano e dia da moléstia, em detrimento do procedimento especial, por se tratar de norma de ordem pública cujo desvirtuamento implica em burla do sistema (FIGUEIRA JÚNIOR, 1995). No mesmo sentido, Cláudia Cimardi, para quem a parte deve lançar mão do instrumento adequado que o sistema jurídico oferece, não sendo lícito fazer uma opção por esse ou aquele procedimento conforme a sua conveniência (CIMARDI, 1997).^{226 227}

Conquanto o art. 318, parágrafo único do NCPC, permita expressamente a aplicação *subsidiária* dos institutos do procedimento comum ao procedimento especial, tem-se que a utilização da técnica da tutela provisória deva ser utilizada apenas nos casos em que o *rito especial* não preveja uma tutela antecipatória (satisfativa) própria. Em verdade, sendo o procedimento especial sempre mais benéfico ao autor, não há motivos para que o sistema lhe permita uma opção, dando margem a tumultos processuais desnecessários ou com intuítos de chicana processual.

No que diz respeito às demandas propostas após transcorrido o prazo decadencial²²⁸ de ano e dia (força velha), estão superadas as dúvidas doutrinárias acerca da possibilidade de concessão de tutela provisória²²⁹

226 No mesmo sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015).

227 Em sentido diverso, Didier Júnior, para quem o procedimento é opcional, sendo possível ao autor renunciar aos benefícios do procedimento especial. Contraditoriamente, o mesmo autor aduz que, se o procedimento especial não tiver previsão própria para a concessão de tutela provisória, não há óbice para a concessão da tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar) ou de evidência, se preenchidos os pressupostos genéricos dos arts. 303, 305 e 311, do Código de Processo Civil (CPC) (DIDIER JÚNIOR, 2015).

228 Classificação alvitrada por Figueira Júnior (1995).

229 Este é o entendimento dos mestres Alvim Netto (1997), Figueira Júnior (1995), Cimardi (1997), Silva, O. A. B. (2005), e Nery Júnior e Nery (2013) nas obras citadas.

como forma de antecipar a providência de reintegração ou manutenção.²³⁰

Conforme já se destacou no tópico anterior, o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) admite expressamente a tutela provisória satisfativa nos casos de litígios possessórios coletivos (art. 565), mesmo decorrido um período superior a ano e dia. Dessa forma, sinaliza expressamente que o sistema não é infenso à utilização de mecanismos antecipatórios, próprios do rito comum (NCPC, art. 318, parágrafo único), mormente quando se trata de demandas que estão a exigir uma rápida solução pacificatória.

Em verdade, o NCPC reformulou toda a estrutura das tutelas diferenciadas (arts. 294 a 311), colocando-as sob o título genérico de *tutelas provisórias*, que se desdobram em três técnicas distintas: i) tutela provisória de urgência; ii) tutela provisória de urgência cautelar e; iii) tutela provisória de evidência (BRASIL, 2015a).

O que se pretende com essas técnicas é permitir um melhor equilíbrio (= igualdade) na distribuição do tempo entre aquele que demonstra desde logo a probabilidade do seu direito e o perigo da demora da atuação jurisdicional e aqueloutro que não consegue infirmar esse direito, abusa direito de defesa, ou defende tese contrária aquela pacificada nos tribunais.

Desse modo, se probabilidade do direito afirmado é a favor do autor, é natural que o bem da vida lhe seja entregue o quanto antes, na medida em que sua negativa importa em benefício ao litigante temerário.

A tutela liminar possessória é ontologicamente uma *tutela de evidência*, sempre satisfativa e antecipada²³¹ e tem como pressuposto que as *afirmações de fato* estejam comprovadas, tornando o direito evidente (DIDIER JÚNIOR, 2015). Embora exista sempre um perigo de dano implícito, a demonstração do fato é que enseja a concessão da tutela, dispensando o

230 Enunciado 238, da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF): “Ainda que a ação possessória seja intentada além de ‘ano e dia’ da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (art. 924, CPC [de 1973, correspondente ao art. 558, do CPC/2015]), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A (CPC/15, art. 498)” (AGUIAR JÚNIOR, 2005, p. 66 e 67).

231 Outros exemplos de tutela de evidência são: a hipótese de tutela antecipada do art. 273, II, as liminares da ação de depósito e a decisão inicial em ação monitoria, e a liminar em Mandado de Segurança.

periculum in mora e o eventual dano ao resultado útil do processo.

Entretanto, para a concessão da tutela provisória nas ações possessórias de *força velha*, não basta a demonstração dos requisitos específicos do rito especial (posse anterior, perda ou turbação da posse, data da moléstia), mas também aqueles previstos para a obtenção da tutela de evidência, conforme dispõe o art. 311, IV, do CPC/2015 (prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito, a qual o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável).²³²

De outro lado, o pedido de tutela provisória possessória de força velha, com fundamento na *urgência*, embora não possa ser descartado por completo, parece ser de difícil configuração. Se o possuidor se manteve inerte durante o período de mais de ano e dia, deixando correr *in albis* a possibilidade de ajuizar a ação interdital típica, torna-se paradoxal invocar a urgência na obtenção da tutela possessória.²³³ Todavia, podem ocorrer situações fáticas configuradoras de um *periculum in mora*, que exigirão do juiz uma avaliação qualitativa, como na ocorrência de agravamento da moléstia, que em uma determinada circunstâncias não exigiu providências, mas que agora passa a incomodar o possuidor.²³⁴

A título de um registro final, a doutrina vem entendendo ser possível nas lides possessórias a utilização de técnicas coercitivas e antecipatórias próprias das ações *executivas lato sensu*²³⁵ previstas nos arts. 536 e 538, do

232 Veja-se que os requisitos da tutela de evidência mantêm certa similitude com aqueles exigidos para a liminar possessória, o que reafirma o caráter antecipatório de ambas as técnicas de provimento judicial.

233 Nesse sentido, Figueira Júnior (1995).

234 Claudia Cimardi cita exemplo onde a tutela pode ter como fundamento a urgência, como no caso em que o esbulhador mantém e conserva intacto o imóvel, mesmo exercendo poderes fáticos, mas o esbulhado não se interessa em recuperá-lo. No entanto, após ano e dia, esse mesmo esbulhador dá início a obras ou atos de demolição, surgindo então o receio de dano irreparável (CIMARDI, 1997).

235 Nas executivas *lato sensu* (*sub-rogação*) e mandamentais (ordem), conhecimento e “execução” (*rectius*: efetivação) acham-se entremeados no mesmo processo. A atuação prática do comando sentencial (efetivação) se dá na mesma relação processual em que foi proferida a decisão; não há “processo de execução” subsequente, mas apenas *fase executiva* ou *fase de cumprimento*. [...] distinção entre provimento executivo *lato sensu* e o mandamental acontece porque enquanto aquele “traz em sua parte dispositiva a determinação de *imediate atuação de meios de sujeição* (*sub-rogatórios*)”. Este dirige ao deve-

Novo Código de Processo Civil (NCPC)²³⁶, que se referem a exigibilidade de entregar coisa. Nesse caso, a parte deverá demonstrar a probabilidade do direito, apresentando (*fumus boni iuri*) os motivos pelos quais a ação não foi ajuizada no prazo de ano e dia, além de invocar a circunstância indicadora de um perigo (*periculum in mora*). Esse tema será melhor analisado no tópico referente à fase executiva das decisões e sentenças possessórias.

7.2 Competência

A jurisdição, como manifestação do poder do Estado, tem abrangência em todo o território nacional (NCPC, art. 16), mas a função jurisdicional é distribuída pelos diversos órgãos jurisdicionais, possibilitando uma melhor administração da justiça.

Esse fracionamento da jurisdição estatal é feito por meio de atribuição de competências, ou, na expressão de Liebman (RODRIGUES, 2010), a competência figura como medida da jurisdição, e é atribuída a cada um dos respectivos órgãos, em razão da função, matéria, foro ou juízo, valor da causa, além de outras subdivisões.

A Constituição faz o primeiro corte horizontal (mesma instância) e vertical (instâncias diversas) das competências de Poder Judiciário (STF, STJ, justiças militar, eleitoral, trabalhista e Justiça Federal). Resta à Justiça Estadual a competência de tudo aquilo que não for afeto às demais justiças, o que define sua competência residual. O ajuste fino, por outro lado, vai ser fixado pela legislação processual infraconstitucional.

A competência da Justiça Federal vem disciplinada no art. 109, da CF/88, de forma taxativa, ou seja, não comporta ampliação, podendo ser em razão da matéria, da função ou da pessoa.

dor “*ordem* cuja inobservância caracteriza desobediência à autoridade estatal e pode implicar a adoção de *medidas coercitivas*” (BRONZATTO, 2006).

236 Correspondente ao art. 461-A, do Código de Processo Civil (CPC), de 1973 (BRASIL, 1973b).

7.2.1 Competência para processar e julgar disputa de direitos indígenas

A Constituição Federal (CF) reservou à Justiça Federal a competência para processar e julgar a *disputa de direitos indígenas* (art. 109, XI), assim como outras temáticas de interesse especial da federação (CF, art. 109, IV, VI, VII, IX e XI) (MENDES; BRANCO, 2012). Pelo fato de conter um conceito de amplo espectro, o termo *direitos indígenas* vem gerando algumas dificuldades interpretativas nos casos concretos, ora relativamente à sua abrangência material (cível ou criminal), ora na dinâmica subjetiva (se apenas entre índios, ou entre índios e não-índios), e, por fim, nos aspectos espacial (se os fatos são ocorridos dentro ou fora das terras indígenas) e processual (quando os fatos se referem a conflitos individuais ou coletivos).

Diante da reiterada controvérsia, foi editada a Súmula n. 140, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (“*Compete à justiça comum estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*”) (BRASIL, 1995b, p. 13, grifo nosso), que prestou-se apenas para dirimir disputas ocorridas na esfera criminal. Contudo, a *ratio decidendi* dos julgados, que deu origem ao verbete, não está relacionada com a etnicidade do grupo tribal, mas sim ao interesse jurídico da União no litígio.

Posteriormente, houve amadurecimento hermenêutico da questão, que se sedimentou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de que a atração da competência para a Justiça Federal ocorre quando a disputa envolver questões vinculadas a *direitos ou interesses típicos* dos indígenas, cuja violação atinja o indivíduo ou a coletividade, em sua dimensão étnica, seja na seara cível ou criminal.

Gilmar Mendes, ao discorrer sobre o tema, esclarece que o STF, absorvendo orientação qualificadora do art. 109, XI, vem interpretando que a disputa sobre direitos indígenas, “[...] para os fins da competência da Justiça Federal, há de envolver necessariamente questões vinculadas a direitos ou interesses indígenas típicos e específicos e não pelo motivo de se tratar de interesses ou direitos de toda a comunidade” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1363-1364).

Direitos indígenas típicos, portanto, são aqueles que se relacionam com a sua condição ou identidade étnica, elencados nos arts. 209, § 2º,

215, § 1º, 216, 231, 232, da Constituição Federal e no Estatuto do Índio, não importando, a nosso sentir, se o conflito é de natureza *cível* ou *criminal*²³⁷. No âmbito *cível*, *v.g.*, atraem a competência federal as disputas indígenas relacionadas com a sua organização social, costumes, crenças, tradições, posse, demarcação de terras, recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, sua reprodução física e cultural, as relações de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos, a permanência voluntária no seu *habitat*, o deslocamento ou remoção temporária, a caça, a pesca e a coleta.

Na esfera penal serão julgados e processados na justiça federal os delitos que de algum modo tenham como *causa motivadora direta*²³⁸ quaisquer dos direitos relacionados acima. A título exemplificativo, pode-se afirmar que afetam a esfera jurisdição federal as condutas delituosas nas quais os acusados se utilizam da condição étnica das vítimas;²³⁹ ou aqueles crimes que mantêm relação direta com a disputa das terras tradicionais, tendo o índio como autor ou réu.²⁴⁰ A *contrário sensu*, os conflitos individuais entre índios, ou entre índios e não-índios, mesmo dentro dos limites da terra indígena ou reserva, que tenham motivação estranha aos direitos ou interesses tipicamente étnicos, não atraem a competência federal.²⁴¹ Um crime de estupro cometido em desfavor de uma índia, sendo o agressor índio ou não-índio, mesmo praticado dentro da Terra Indígena, não é da competência da justiça federal, pois não houve violação direta de interesses étnicos. Por esta razão, crimes praticados por índios ou por índios entre si, em princípio são de competência da justiça estadual.²⁴²

Disso resulta que a Súmula n. 140/STJ deve ser interpretada com reservas, pois requer a análise do fato delituoso à luz da disciplina constitucional outorgada aos índios, notadamente em seus arts. 109, XI, e 231, e

237 Alguns autores, como Vladimir Carvalho e Aluísio Mendes entendem que a competência do art. 109, XI, CF/88 é de natureza *cível* (BARRETO, 2004). Nesse mesmo sentido, Habeas Corpus (HC) 79.530-PA (BRASIL, 2000).

238 Brasil, STF (2008d).

239 Brasil, STF (2008e).

240 RE 270.379-MS (BRASIL, STF (2001a).

241 RE 419.528-PR, Relator: Min. Cezar Peluso (BRASIL, STF, 2007d).

242 RE 419.528-PR, Relator: Min. Marco Aurélio (BRASIL, STF, 2007d).

do Estatuto do Índio, a fim de se constatar se, no contexto causal, houve ou não a ofensa ao direito tipicamente étnico. Como destaca o Min. Marco Aurélio Mello, a competência penal da Justiça Federal só se instaura no crime de genocídio ou quando a motivação de outro delito em que o índio seja o agente ou a vítima tenha origem na disputa sobre direitos tipicamente indígenas.²⁴³

Conclui-se, assim, que não é o fato de a disputa envolver toda a comunidade indígena que vai atrair a competência federal. Embora todo o interesse étnico esteja imbricado necessariamente ao da coletividade tribal, não se pode excluir que uma disputa *individual*, em matéria cível ou criminal, entre índios ou entre índios e não-índios, dentro ou fora da Terra Indígena (TI), tenha como causa direta um interesse étnico dentre aqueles protegidos pela Constituição Federal. Como se advertiu no início, o texto constitucional traz um conceito abrangente aos direitos dos nativos, cujas hipóteses não são previsíveis em abstrato, devendo ser resolvidas de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tendo como diretriz a proteção étnica.

7.3 Legitimação *ad causam*

No plano da realização dos direitos materiais, a proteção das comunidades indígenas é atribuída solidariamente à União, Estados e municípios, que devem velar pelo seu desenvolvimento, progresso, assistência social, cidadania, *habitat* e valores étnicos e culturais da comunidade autóctone (Estatuto do Índio, art. 2º) (BRASIL, 1973a).

No campo processual, a reivindicação e a defesa desses direitos terão caráter plural e, conforme a atribuição institucional, serão exercidas pelo órgão de assistência (Funai), a União (Advocacia Geral da União – AGU), Ministério Público Federal (MPF), a Defensoria Pública da União (DPU) e pela própria comunidade indígena.

Dentro do figurino legal da legislação brasileira, o índio, integrado ou não, em princípio vive sob o *regime tutelar* da União (EI, art. 7º), que é exercido por intermédio do órgão de assistência (Funai), a quem cabe a defesa judicial

243 RE 419.528-PR, Relator: Min. Cezar Peluso (BRASIL, STF, 2007d). No mesmo sentido: Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 794.447, Relator: Min. Marco Aurélio (BRASIL, STF, 2013c).

e extrajudicial (EI, art. 35), na condição de substituto processual. Ainda pairam dúvidas acerca da recepção desse regime tutelar, na medida em que o regime constitucional vigente reconhece a *organização social indígena* como uma entidade autônoma, apta a reivindicar direitos (CF, arts. 231 e 232).

De uma forma ou de outra, a *legitimação extraordinária* vem sendo exercida pela Procuradoria Federal Especializada da Funai, Procuradorias Federais não especializadas, Procuradorias Regionais Federais (PRF), Procuradorias Federais nos Estados e Procuradorias Seccionais Federais, todas vinculadas à Procuradoria-Geral Federal (PGF), nos termos do art. 10, da Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002 (BRASIL, 2002c). Concorrem na legitimação para a defesa dos índios o Ministério Público Federal e a Advocacia-Geral da União, em determinados casos.

7.3.1 Advocacia Geral da União (AGU)

O Estatuto do Índio (EI, art. 36) confere à União (AGU) duas atribuições institucionais distintas em relação à proteção específica da posse da terra indígena: i) a primeira, na esfera extrajudicial, na qual é investida de representação dos índios para adoção de medidas administrativas *genéricas* com o objetivo de realização da pauta de proteção, como o desenvolvimento, progresso, assistência social, cidadania, *habitat* e valores étnicos, dentre outros, sendo que tal representação deve ser exercida de forma concorrente com a Funai; e ii) a segunda cuida da atribuição legal de caráter *específico*, tão somente na atuação em processos judiciais relativos à proteção da posse de terras *habitadas* pelos índios, na qual deve figurar como *litisconsorte* ativo ou passivo, conforme a Funai assumira posição processual de autora ou ré (EI, art. 36, parágrafo único)

A imposição legal de litisconsórcio necessário se justifica pelo fato de que as terras habitadas pelos indígenas são de domínio da União, regra existente desde a Constituição de 1967(CF/67, art. 4º, IV) (BRASIL, 1967a). Assim, é inteiramente lógico tornar obrigatória a sua atuação judicial no feito, tendo em vista interesse jurídico, posto que deverá se submeter efeitos da sentença, com consequências positivas ou negativas ao patrimônio público imobiliário. Por esse mesmo motivo, o Estatuto do Índio veda a concessão de medida liminar sem oitiva da União em ação que envolva o patrimônio indígena (EI, art. 63).

No sistema atual, a intervenção administrativa e a atuação em juízo serão de responsabilidade da Advocacia-Geral da União, exercida por intermédio das Procuradorias da União, localizadas nos estados e no Distrito Federal, representantes processuais da União conforme a disciplina do art. 1º, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 (BRASIL, 1993a).

A nosso sentir, o art. 2º, do Estatuto do Índio, não confere à União a legitimidade ativa para a defesa judicial de qualquer direito indígena, mas tão somente aqueles que, direta ou reflexamente, possam de alguma forma afetar o patrimônio do ente federado, em especial os relacionados com ocupação tradicional e os seus desdobramentos no procedimento demarcatório. A legitimidade ali descrita tem natureza puramente administrativa, interpretação que se extrai da leitura conjunta com o art. 36, do mesmo Estatuto, que foi minucioso ao delimitar a pertinência temática de sua atuação judicial nos conflitos possessórios. Além disso, a defesa dos indígenas não está elencada entre as atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, o que reforça a ideia de que sua atuação visa, de forma imediata, a proteção do patrimônio e, apenas reflexamente, a proteção étnica, que fica a cargo da Funai e do Ministério Público Federal (MPF).

Por esta razão, a União (AGU) não detém legitimidade para figurar como substituta processual da comunidade indígena, pois, em verdade, atua como parte (litisconsorte) na defesa de direito um próprio, qual seja patrimônio imobiliário federal.

7.3.2 Ministério Público Federal

É função institucional do Ministério Público *defender* judicialmente os interesses e os direitos das populações indígenas. Cuida-se de legitimação extraordinária outorgada pela Constituição Federal (art. 129, V), atribuindo ao órgão ministerial a qualidade de substituto processual dos povos nativos. A expressão *defender judicialmente* não significa somente assumir posição de defesa, ou seja, atuar somente nas circunstâncias em que haja uma lesão a um direito ou interesse dos grupos chamados vulneráveis. A interpretação deve se inclinar no sentido de que a legitimidade é a mais ampla possível, permitindo ao Ministério Público tomar a iniciativa na propositura de ações judiciais para a concretização de direitos e interesses previstos na lei e que

estejam sendo negligenciados pelo poder público, sejam eles difusos, coletivos ou individuais indisponíveis (art. 6º, VII, c) (BRASIL, 1988).

A previsão dessa legitimidade constitucional é ampliada pela Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que, ao dispor sobre as funções do Ministério Público da União, reservou ao Ministério Público Federal (MPF) o *munus* da defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas (art. 5º, III, e), independente da competência do juízo ou tribunal (art. 37, II) (BRASIL, 1993b).²⁴⁴

Isso significa que o Ministério Público Federal, na condição de substituto processual, poderá atuar tanto na justiça federal como na justiça dos Estados, no primeiro ou no segundo grau de jurisdição, sem que ocorra modificação da competência do juízo. Apenas quando se tratar de disputa de direitos ou interesses tipicamente indígenas, a ação deverá ser ajuizada na Justiça Federal, haja vista a incidência do art. 109, XI.²⁴⁵

Em síntese, a Lei Complementar n. 75/93 admite que o MPF possa litigar na Justiça Estadual, desde que na defesa de certos interesses específicos (populações indígenas, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional), sem que isso promova um deslocamento do juízo, pois a presença do MPF não está elencada em nenhuma das hipóteses de competência em razão da pessoa, previstas no art. 109, inciso I, da CF/88.²⁴⁶ O Ministério Público Federal não se identifica nem se confunde com a União, nesse particular.²⁴⁷

De outro lado, nos casos em que o MPF não esteja funcionando como

244 “Art. 37. O Ministério Público Federal exercerá as suas funções: [...] II - **nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais**, para defesa de direitos e interesses dos índios e das **populações indígenas**, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, integrantes do patrimônio nacional” (BRASIL, 1993b, grifo nosso).

245 Em outro sentido, Helder Girão Barreto, entendendo que, nas causas em que não há interesse típico indígena, a ação deve ser ajuizada pelo Ministério Público do Estado, na Justiça Estadual. (BARRETO, 2004).

246 No sentido de que a simples presença do MPF não atrai a competência da Justiça Federal, ver o artigo de Didier Júnior (2012).

247 Em sentido oposto, Brasil, STJ (2004c).

parte, na condição de substituto processual dos índios, poderá intervir no feito, tanto na condição de *custos legis*, assistente simples (Estatuto do Índio, art. 37), como *amicus curiae* (Novo Código de Processo Civil – NCPC, art. 138) (BRASIL, 2015a).

A atuação do Ministério Público Federal como fiscal da lei (*custo legis*) em causas indígenas decorre, em primeiro lugar, da própria Constituição e da Lei Complementar n.º 75/1993, que registram tal atuação como uma das funções institucionais do órgão (BRASIL, 1993b). Sua intimação em qualquer processo judicial em que for parte a comunidade indígena é exigível, em razão da presunção legal de incapacidade relativa do índio, impondo-se a regra genérica do Código de Processo Civil (NCPC, art. 178) (BRASIL, 2015a), que torna obrigatória sua *intimação* nos feitos de interesse social, interesses de incapazes e naqueles em que há conflitos coletivos em terras urbanas ou rurais.

Mesmo nas hipóteses em que a Constituição defere aos índios a legitimidade para a defesa de seus direitos, é imperativa a participação do Ministério Público (art. 232) na condição de curador de incapazes (BRASIL, 1988).

A grande maioria das ações possessórias de reintegração, manutenção e interdito ajuizadas por proprietários e possuidores em face da comunidade indígena, o Ministério Público intervém no feito, na condição de *custos legis*. Em função de sua independência funcional, o membro ofi- ciente não está obrigado a promover cegamente a defesa dos interesses ou direitos da comunidade indígena, pois não é parte no processo. Cabe ao órgão, isto sim, verificar a correta aplicação da lei e da constituição no caso concreto, adotando, conforme o caso, posição contrária à reivindicação dos nativos, quando seja incompatível com a Carta Magna.

São numerosos os casos em que as invasões em terras ainda não demarcadas são perpetradas por grupos autodeclarados indígenas promovendo o desapossamento de dezenas de famílias de pequenos proprietários rurais, com ofensa física e psicológica, situação que perdura durante meses e até anos.

Trata-se de uma grave violação do devido processo legal, muitas vezes com o apoio da Funai e da União, que o defendem em juízo. A invasão, assim, se converte em um ato expropriativo sumário.

Nessas circunstâncias, em que os direitos mais básicos dos cida-

dãos são violados, com risco de sua própria sobrevivência, espera-se do Ministério Público uma atuação no sentido de fazer respeitar a Constituição Federal, sendo o seu mister atuar em desfavor dos invasores, sob pena de cancelar o ato manifestamente ilegal.

Discute-se se há necessidade de participação efetiva ou se a simples intimação para a intervenção é suficiente. Pela literalidade do texto, a imposição legal é que o Ministério Público seja tão somente intimado para intervir (NCPC, art. 279) caso tenha conhecimento da ação, mesmo não se manifestando efetivamente. Também não há que se falar em nulidade, se não houve prejuízo ao direito ou interesse, como na hipótese de a ação ser julgada favoravelmente aos interesses do assistido.

7.3.3 Defensoria Pública da União

A Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, organizou a Defensoria Pública da União, dispondo em seu art. 1º que se trata de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe de prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita aos necessitados, tendo por finalidade a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita (BRASIL, 1994).²⁴⁸

Mais tarde, a Lei Complementar n.º 132, de 7 de outubro de 2009, ampliando o seu espectro de abrangência da instituição, legitimou a Defensoria Pública ao ajuizamento *de ação civil* (art. 4º, VII),²⁴⁹ para tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, quando o

248 Trata-se da regulamentação do dispositivo constitucional, inserto no art. 134, da Constituição Federal (CF): “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (BRASIL, 1988).

249 Anteriormente já ocorrida a modificação no art. 5º, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública, com redação conferida pela Lei n.º 11.448/2007) (BRASIL, 2007b), a qual estabelece: “Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] **II - a Defensoria Pública** [...]” (BRASIL, 1985, grifo nosso).

resultado da demanda puder beneficiar um grupo de pessoas hipossuficientes, bem como para promover a defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, sejam individuais, coletivos, sociais, econômicos, *culturais* e ambientais (art. 4º, VIII, X e XI) (BRASIL, 2009e).

A questão que se coloca neste tópico é a necessidade de saber se a Defensoria Pública está ou não legitimada para promover a ação civil pública em defesa dos direitos e interesses de grupos indígenas – na medida em que se enquadram na categoria de hipossuficientes, tendo em sua cultura um direito fundamental – de forma concorrente com Ministério Público Federal, que tem atribuição específica para tal atuação.

Não há dúvida de que a resposta é positiva. Não há qualquer prejuízo ou discrepância técnica que impeça a atuação de duas instituições em concomitância para a defesa de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, desde que igualmente legitimados. As populações indígenas brasileiras são reconhecidamente hipossuficientes, sobrevivendo à custa da atuação assistencial do Estado, tanto para os seus direitos básicos de alimentação e moradia, como na assistência da saúde e previdência social. Nesse aspecto, é pertinente a atuação da Defensoria Pública, pois não se poderia excluir os índios do âmbito dessa atuação institucional, necessitados que são, apenas pelo motivo de já existir outro órgão responsável pela sua proteção.²⁵⁰

A controvérsia aportou no Supremo Tribunal Federal (STF), por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3943/DF,²⁵¹ proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), questionando a constitucionalidade do inciso II, art. 5º, da Lei 7.347/1985 (BRASIL, 1985).²⁵² O objetivo da ADI era excluir a legitimidade da defensoria para ajuizamento de ação civil pública, pelo fato de entendê-la como uma afronta aos arts. 5º, inc. LXXIV, e 134, da Constituição Federal.

A decisão vencedora, no âmbito do STF, da relatoria da Min. Cármen

250 Em sentido diverso, Robério Nunes dos Anjos Filho, para quem a atuação da Defensoria deve se limitar aos direitos individuais, permanecendo os direitos coletivos sob a tutela do Ministério Público Federal (ANJOS FILHO, 2009b).

251 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943/DF (BRASIL, 2015b).

252 Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei n. 11.448/2007 (BRASIL, 2007b).

Lúcia, foi no sentido de que não há qualquer vedação constitucional para a proposição de ação civil pela Defensoria. Além disso, o Ministério Público não tem prerrogativa exclusiva, mas sim “[...] concorrente e autônoma no sentido de que cada órgão ou entidade legitimados podem mover a demanda coletiva, independentemente da ordem de indicação”, na proteção de direitos difusos e coletivos (GRINOVER, apud CÁRMEN LÚCIA, 2015, p. 57). Tal prerrogativa refere-se apenas às ações de persecução criminal. De acordo com o voto da Ministra Carmen Lúcia, a inclusão da defesa dos direitos coletivos no rol de atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça. Em seu entendimento, não é do interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes.

Em linha de princípio, tendo em conta a *ratio decidendi* do julgamento da ADI 3943, no sentido de que o Ministério Público não detém o *dominus litis* na defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos (incluída aí a proteção étnica), não há nenhuma razão ontológica para vedar à Defensoria Pública da União a propositura de ação civil pública na defesa dos interesses das Comunidades Indígenas, pois se trata de instrumento de reafirmação do amplo acesso à justiça e aos bens socioculturais que lhe são próprios.

7.3.4 Comunidades indígenas e sua legitimação processual

O regime constitucional vigente reconheceu a existência da *comunidade* e da *organização social* indígena (CF, art. 231), ao tempo em que atribuiu a ambas as entidades a *legitimidade processual* para atuar na defesa de seus direitos e interesses (CF, art. 232) (BRASIL, 1988). Tércio Sampaio Ferraz Júnior vislumbra a diferença entre comunidade e organização: a primeira, de mera existência fática, e a segunda, juridicamente constituída (FERRAZ JÚNIOR, 2004). Assim, as populações indígenas podem constituir associação civil (CC, art. 53), tornando-se pessoas jurídicas de direito privado, ou ainda permanecerem como uma simples comunidade, entidade despersonalizada, sem que isso importe em prejuízo ou restrinja a garantia de ingresso em juízo para a proteção dos seus direitos.

Como já se ressaltou alhures, a expressão *defesa* de direito (art. 232) não significa atuação meramente passiva, mas deve ser ampliada para a possibilidade de propositura de ações na esfera administrativa e judicial, na reivindicação de direitos tipicamente indígenas ou interesses da coletividade. Em verdade, a *legitimidade processual* da comunidade indígena já constava do Estatuto do Índio (art. 37), que exigia a assistência da Funai e do Ministério Público.

Após a Constituição legitimar passiva e ativamente a comunidade indígena para a defesa judicial dos seus direitos e interesses, iniciou-se uma discussão acerca da possibilidade de os índios comparecerem em juízo sem assistência da Funai ou do Ministério Público.

Em primeiro lugar, é preciso não confundir *legitimidade ad causam* com *capacidade processual* e *capacidade de ser parte*, pois são institutos de direito processual de categoria e funções distintas.

A *capacidade de ser parte* (pressuposto de existência) é “a aptidão para ser sujeito de uma relação jurídica processual ou assumir uma situação jurídica processual (autor, réu, assistente)”. Nesse conceito, incluem-se as pessoas naturais e jurídicas e entes despersonalizados, como as sociedades de fato, a exemplo dos movimentos sociais organizados, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST) e as comunidades indígenas (art. 37, do Estatuto do Índio, e art. 232, da CF) (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 314 e 315).

A legitimidade, por seu turno, é um atributo da parte a quem a lei confere uma titularidade subjetiva do direito de ação, de forma transitiva, relativamente a outrem e em função de um determinado objeto, ou ainda, em relação ao direito material objeto da lide (ALVIM NETTO, 1997). A *legitimidade ad causam* é a autorização de levar a juízo uma pretensão que pressupõe a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada (DIDIER JÚNIOR, 2015). Nesse aspecto, também não há dúvida de que a Constituição foi clara em conceder às comunidades ou organizações indígenas o direito de pleitear pessoalmente os seus direitos e interesses, dispensando a necessária mediação do órgão de assistência (Funai) ou MPF. Desse modo, as comunidades nativas enfeixam, tanto a *capacidade de ser parte*, como a *legitimidade* para a causa. Resta saber se

detêm igualmente a capacidade processual.²⁵³

Capacidade processual (ou se estar em juízo) ou ainda legitimidade *ad processum*, significa a possibilidade de alguém (qualidade da pessoa), idoneamente, instaurar um processo porque é maior e capaz (ALVIM NETTO, 1997), ou seja, é a circunstância de comparecer a juízo sem necessidade de representante ou assistente (DIDIER JÚNIOR, 2015). É possível ter capacidade de ser parte, mas não ter capacidade processual, cujo conceito está imbricado à possibilidade do exercício de direitos (capacidade material), plena ou limitada (CC, art. 4º, e art. 70, do NCPC).²⁵⁴ Na ocorrência da capacidade limitada (*capitis deminutio*), há necessidade de sua integração pelos institutos da *assistência*, quando se tratar de capacidade relativa e de *representação*, quando a capacidade for absoluta.

O Estatuto do Índio preconiza, tanto para os indivíduos como para a respectiva comunidade indígena, o regime de *tutela especial*, com aplicação subsidiária das regras de direito comum, prevendo que seus atos devem ser assistidos pelo Estado (arts. 7º, 8º, 11). Conclui-se pela literalidade da lei de que se trata de *incapacidade relativa*. O Código Civil brasileiro (2002) não regula a capacidade civil dos indígenas, remetendo a matéria à legislação específica, ao estabelecer que a capacidade dos indígenas será regulada em lei especial (CC, art. 4º, parágrafo único).²⁵⁵

Enquanto não editada a lei específica, devem permanecer vigentes as regras do Estatuto do Índio, as quais não foram revogadas implícita ou expressamente. A antropologia vem refutando clássica dos índios em *isolados*, em *vias de integração* e *integrados* à comunhão nacional, porque esse viés assimilacionista é incompatível com os novos contornos constitucionais. Parte da doutrina da ciência jurídica sustenta que os dispositivos referentes a essa tutela orfanológica, à semelhança das crianças, órfãos e incapazes, não foram recepcionados pela Constituição (ANJOS FILHO, 2009a).

De fato, após a vigência do novo ordenamento, não há mais como

253 É importante a definição técnica para evitar a confusão entre legitimidade *ad causam* e capacidade processual (legitimidade *ad processum*).

254 “Art. 70. Toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo” (BRASIL, 2015a).

255 Redação dada pela Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (BRASIL, 2015d).

sustentar que a (in)capacidade dos nativos esteja na dependência do seu nível de integração, ou do grau de assimilação da cultura branca. Em todo caso, mesmo abandonando esse dogma integracionista, o sistema não os considera plenamente capazes, seja individual ou coletivamente impondo-lhes uma continuidade protecionista. A proteção decorre, não em razão do grau de absorção da cultura europeia, mas do nível de consciência dos atos que praticam no exercício de seus direitos. Veja-se, assim, que a tutela especial não se fundamenta na integração, mas pela presunção da necessidade de especial proteção aos grupos vulneráveis.

Sendo assim, o regime tutelar especial, instituído pelo art. 7º, do Estatuto do Índio, há de ser interpretado de forma a afastar as referências relativas à *integração e à comunhão nacional*, como marcadores do nível da capacidade do índio. No entanto, a especial proteção em razão da presunção de vulnerabilidade no exercício de seus direitos se mantém presente.

Bem por isso que estão previstas: i) a nulidade dos atos praticados pelos índios com pessoas estranhas à comunidade (EI, art. 8º); ii) a necessidade da presença do Ministério Público como *custos legis* nas ações em que o índio figura como autor ou réu (CF, art. 232); iii) a obrigatoriedade da presença da União como litisconsorte ativa ou passiva; iv) a proibição de *liminar* e de tutela antecipada sem oitiva da União e Funai; e v) a vedação à propositura de demanda possessória em área demarcada, dentre outras.

Com corolário lógico, o âmbito de proteção de *tutela especial* se opera no aspecto material e também processual, na medida em que uma demanda mal conduzida pode levar a uma consequência também prejudicial (CHIOVENDA, 1965).

Imagine-se as consequências prejudiciais que podem advir no ajuizamento de demanda, por uma comunidade indígena pleiteando direitos que dizem respeito a todas as etnias, mas que, por deficiência de fundamento, dá origem a precedentes que sejam prejudiciais a toda a coletividade nativa. O fato de estar representada por advogado não dispensa a atuação do órgão de proteção, único familiarizado e especializado nessa temática de alta complexidade.

Visando compatibilizar a Constituição Federal, o Código de Processo Civil e o Estatuto do Índio, conclui-se que a comunidade indígena, na qualidade de ente despersonalizado, possui *capacidade de ser parte* e legitimada-

de *ad causam* ativa e passiva para a defesa e proteção de seus interesses.²⁵⁶

No que tange à *capacidade processual* (ou de estar em juízo), até que a legislação especial discipline o direito de personalidade do índio, indivíduos e comunidades devem ser assistidos processualmente pela Funai, salvo demonstrado inequivocamente pelo órgão de proteção, embasado em laudo antropológico, que, em razão do estágio de desenvolvimento, não haverá qualquer prejuízo em litigar autonomamente, sem a assistência.

Essa conclusão vem reforçada pela Portaria n. 839/2010, que estabelece critérios para atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas, de forma direta e reflexa (art. 1º), limitando as seguintes questões:

- I – patrimônio cultural e religioso, costumes, línguas, crenças e tradições;
 - II – questões fundiárias;
 - III – meio ambiente;
 - IV – educação;
 - V – saúde;
 - VI – direitos da criança e adolescente, inclusive destituição do poder familiar, guarda e adoção;
 - VII – direitos humanos;
 - VIII – bens e renda do patrimônio indígena (Título IV, da Lei n.º 6.001/73);
 - IX – registros públicos e emissão de documentos de identificação.
- Parágrafo único. Os direitos e interesses que afetem, ainda que de forma reflexa, direitos coletivos indígenas, terão obrigatoriamente a atuação da Procuradoria Geral Federal e seus órgãos de execução (BRASIL, 2010b).

Todavia, a Portaria n. 839/2010 faz ressalva em relação aos índios isolados, caso em que a atuação na defesa de direitos e interesses individuais e coletivos será *ampla e irrestrita*, não se aplicam as limitações temáticas acima (art. 5º) (BRASIL, 2010b).

256 Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, no AREsp 757.324, confundindo capacidade processual (legitimidade *ad processum*) com legitimidade *ad causam* ativa do art. 232 (BRASIL, 2015c).

Isso demonstra claramente que, para se definir os limites de atuação do órgão de assistência, é necessária a distinção entre as categorias de aculturamento dos indígenas que, de *lege ferenda*, serão definidas pela legislação especial, compatibilizando o Estatuto do Índio com a carta política.

7.3.4.1 Representação processual da comunidade indígena pelo cacique

Seja para agir como comunidade despersonalizada ou organização constituída, o cacique, na condição de liderança, será aquele indicado e reconhecido pela coletividade. Questão tormentosa é a eventual necessidade de se comprovar a condição de cacique, ou *Tuxaua* como são conhecidos na língua nativa, quando **não há associação** indígena formalmente constituída em associação.

Assim, como não há ato documental ou assembleia para comprovar a indicação e eleição da liderança, deverá se recorrer a um incidente de comprovação, com utilização da prova testemunhal e antropológica (BARRETO, 2004).

Também nas demandas movidas em face das comunidades, a citação deverá ocorrer na pessoa do cacique (*Tuxaua*), desde que assim reconhecido pelos demais membros da etnia, ou, havendo dúvida quanto à sua identidade ou legitimidade, poderá ser oficiada à Funai para que proceda com a correta identificação. Não sendo isso possível, o ato citatório deverá ocorrer conforme a nova orientação do art. 554, do NCPC, para os conflitos multitudinários, citando-se todos os membros que estiverem no local quando da chegada do oficial de justiça e os demais, por meio editalício.

7.4 Fase recursal

7.4.1 Generalidades

Dentro do regime especial das demandas possessórias, as partes

sucumbentes poderão se valer de dois instrumentos de impugnação da decisão judicial: o primeiro, em face da eventual concessão, modificação, denegação ou revogação da medida liminar, e o segundo, obviamente, por ocasião da sentença, com ou sem resolução do mérito. A concessão da liminar possessória, por conter eficácia executiva, antecipando rigorosamente aquilo que seria concedido ao final (satisfação integral), induz à preclusão *pro judicato*. Assim, sua reforma ou modificação só pode ocorrer pela via recursal (agravo de instrumento), incompatibilidade com sentença ou pela superveniência de fato novo, suficiente para alterar a posição possessória das partes.

Substanciosas alterações vieram com o NCPC/15, no que tange à impugnação das decisões interlocutórias, que agora são descritas taxativamente (*numerus clausus*) (NCPC, art. 1.115). As liminares possessórias, embora contenham carga substantiva (mérito), desafiam recurso de agravo de instrumento (NCPC, art. 1.115, I), posto que configuram espécie do gênero das *tutelas provisórias*. Quanto à impugnação da sentença, deve ser manejado o recurso de apelação (NCPC, art. 1.009), inclusive quanto à decisão que confirma, concede ou revoga a liminar no mesmo ato (NCPC, art. 1.013, § 5º).

A natureza jurídica das sentenças produzidas em ações possessórias, pelo fato de dispensarem uma fase executiva, são classificadas como *mandamentais*, quando se tratar de manutenção de posse, e executivas *lato sensu*, no caso de reintegração. Na primeira, expede-se uma *ordem* de cumprimento, e na segunda, um mandado para a devolução do bem esbulhado.²⁵⁷

7.4.2 Os “efeitos” do recurso de apelação nas ações possessórias²⁵⁸

O evidente interesse público na urgência em pacificar os litígios

257 Por todos, Alvim Netto (2004).

258 Ensina o Prof. Flavio Cheim Jorge, que falar em “efeito” suspensivo do recurso é impróprio, pois a eficácia da decisão não decorre da interposição do recurso, mas sim da lei (recorribilidade). Em suma, a suspensividade ocorre antes mesmo da interposição de qualquer recurso e tem apenas o efeito de prorrogar a suspensão que já existia no momento da publicação (JORGE, 2013).

relacionados à posse dos bens, máxime aqueles relacionados aos bens imóveis, permeia o rito especial possessório, haja vista que o processo é pautado de acordo com o balanceamento entre segurança e efetividade (JORGE, 2013). Fixada essa premissa, surge questão relevante acerca dos eventuais “efeitos” do recurso de apelação contra provimento que julga as ações possessórias, um dos temas “mais árduos e sutis do direito processual”,²⁵⁹ segundo a impressão de Pontes de Miranda.

No Código de Processo Civil de 1973 a regra geral era o recebimento dos recursos em ambos os efeitos: i) *evolutivo*, no sentido de devolver a cognição da matéria ao órgão *ad quem*; e ii) *suspensivo*, para obstar a eficácia do comando da sentença. Por política processual, a própria lei criava algumas exceções, atribuindo a determinadas situações efeito unicamente devolutivo ao recurso de apelação, como naqueles relacionados no famoso art. 520, do CPC/73 (BRASIL, 1973b).

A sistemática do CPC/15 inverteu essa tradição, dispondo que em geral os recursos não impedem a eficácia das decisões, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso (art. 995). No entanto, para as decisões que desafiam recurso de apelação, manteve-se a regra da duplicidade de seus efeitos (arts. 1.012 e 1.013), ressalvadas as exceções elencadas nos incisos I a VI, do art. 1.012, § 1º, circunstâncias em que a sentença tem eficácia imediata, permitindo a execução provisória após sua publicação. Essas hipóteses, por assim dizer, seguem a regra geral, posto que excepcionam a exceção.

As ações possessórias, curiosamente, não constam das exceções legais (*ope legis*), divergindo a doutrina se a regra da não suspensividade poderia contemplar também essa categoria de demanda no caso de interposição de apelação. Nesse particular ainda há forte divergência da doutrina brasileira.

259 Durante muitos séculos, a inteligência humana procurou dar às soluções, que lhe pareceram justas, fundamentos aceitáveis. Os imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio, em texto dirigido a Eusínio, prefeito do Prétório, disseram: “*Cum de possessione et eius momento causa dicatur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortiatur effectum, ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur*”. Em vernáculo: “Quando se haja decidido a causa sobre a posse momentânea, ainda que se tenha interposto apelação, produza efeito, a despeito disso, a sentença proferida. Mas há de ser feita a reforma da posse de modo que fique íntegra toda questão de propriedade” (MIRANDA, 1975, p. 246).

Adroaldo Fabrício Furtado entende que a interposição de recurso *suspende* a eficácia da sentença possessória e, portanto, não há ampliação das exceções legais, mesmo tendo havido concessão da liminar. Contudo, faz uma distinção entre suspensão da *eficácia da sentença* e a suspensão da *eficácia do mandado*, que tenha sido expedido no juízo liminar. Segundo ele, a liminar perdura mesmo após a sentença de improcedência, porque esse provimento final, que revoga implícita ou expressamente a decisão liminar, só pode se tornar efetivo após o seu trânsito em julgado. Segundo esse raciocínio, a sentença de improcedência não produz um efeito endógeno para o fim de suspender o provimento liminar (FABRICIO, 1984).

Do mesmo modo, Pontes de Miranda afirma que “apelação nas ações possessórias não tem efeito suspensivo, uma vez que o princípio da suspensividade não as atinge [...]” (MIRANDA, 1975, p. 247). No entanto, argumenta que a apelação afeta tão somente o *mandado completativo* (final), mantendo íntegro o *mandado inicial* expedido em função da decisão provisória (liminar). O mestre alagoano resume algumas situações e consequências possíveis após interposição de recurso de apelação:

a) se a liminar e a sentença forem favoráveis ao autor, fica suspensa a sentença pelo recurso, mas permanece vigente o mandado *initio litis*;

b) se houve liminar *initio litis*, mas a sentença é desfavorável, a apelação suspende a sentença, mas o autor é mantido na posse, pois permanece incólume o mandado provisório, pelo motivo que a sentença ainda não produziu qualquer efeito.

Em suma, Pontes de Miranda sustenta que “se a lei processual permitiu o adiantamento da execução, esta não é atingida pela eficácia suspensiva da apelação” (MIRANDA, 1975, p. 301-303).

Pontes de Miranda e Adroaldo Furtado Fabrício, embora entendam que a apelação *suspende* a eficácia da sentença, comungam do entendimento de que a tutela interdital provisória não é atingida pelo

efeito recursal da apelação, enquanto não transitada em julgado.^{260 261}

Barbosa Moreira, apoiado em Pontes de Miranda, diz, textualmente, que a apelação nesses casos tem efeito suspensivo, assegurando que “não há como encaixar as ações possessórias no elenco do art. 520 (CPC/73), seja qual for a posição que se adote ao classificar a reintegração de posse”. Entretanto, concorda que, quando a sentença é de procedência, a decisão liminar não se submete aos efeitos suspensivos do recurso de apelação (MOREIRA, 2006, p. 474 e 475).

Luiz Rodrigues Wambier ostenta ser cabível o recebimento do recurso de apelação no duplo efeito, mas se o pedido for julgado procedente e tiver havido concessão de liminar, o recurso não suspenderá a eficácia da tutela possessória (WAMBIER; TALAMINI, 2012). Nelson Nery Júnior optando pela literalidade do Código, argumentando que, se as ações possessórias não estão elencadas nas exceções, devem ser recebidas em duplo efeito (NERY JÚNIOR; NERY, 2015). Cláudia Aparecida Cimardi segue o posicionamento de Barbosa Moreira, no sentido de que a apelação não retira a integridade da decisão proferida *initio litis*.

Nada obstante a doutrina majoritária ser desfavorável que se estenda a não suspensividade às ações possessórias, a lei processual oferece alternativas *ope legis* e *ope judicis* para que tais sentenças tenham eficácia imediata, mesmo quando impugnadas por apelação.

As diretrizes dos atos processuais em qualquer tipo de demanda devem conduzir à estabilização das relações intersubjetivas, evitando, quando possível, o recrudescimento do conflito durante a tramitação do feito. A opção é por conferir estabilidade jurídica ao reivindicante que já tenha demonstrado a sua posse e a ocorrência da moléstia, a permanecer na posse do imóvel, invertendo-se o ônus do tempo em relação ao esbu-

260 A ideia de que a sentença de cognição exauriente não exerce influência na decisão proferida no juízo de cognição sumária contraria frontalmente a *ratio decidendi* da Súmula n. 405, do Supremo Tribunal Federal: denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

261 Nesse mesmo sentido de que a apelação, em qualquer hipótese, não atinge a liminar, o Prof. Cassio Scarpinella Bueno, muito embora reconheça que a jurisprudência é em posição oposta (BUENO, 2011).

lhador/turbador. O contrário também é verdadeiro, na hipótese em que o autor não consiga comprovar, desde logo, os requisitos da possessória. O ideal é que a liminar conserve a situação anterior (*status quo*) das partes em relação ao objeto da ação, pois, ao tempo em que preserva a ordem social, pune o agente esbulhador (LARA, 1994), seguindo a linha principiológica do *non quieta movere*.

Tratando-se, por exemplo, de demanda possessória em conflito coletivo, onde a disputa tende a assumir forma violenta, em razão do número de pessoas envolvidas, é de todo conveniente que a decisão proferida se estabilize no tempo. Assim, concedendo ou negando a liminar, é de todo conveniente que, no mundo dos fatos, a primeira decisão seja mantida até o julgamento definitivo, salvo reavaliação da prova pelo julgador.

As ações interditais, por sua própria natureza, são consideradas executivas *lato sensu* (autossuficientes), possibilitando execução do comando sentencial, independentemente de um processo executivo autônomo. Por esse motivo, a nosso sentir, a lei deveria ter elencado as ações possessórias entre as exceções legais, incluindo-as no rol das demandas cujas sentenças têm eficácia imediata, mas, por política legislativa, assim não o fez.

No entanto, ainda assim, há mecanismos *ope legis* que permitem afastar o efeito suspensivo do recurso de apelação. O primeiro deles está previsto no art. 1.012, § 1º, inciso V, do NCPC, contemplando os casos em que a sentença confirma, concede ou revoga a *tutela provisória*. O segundo, refere-se à quebra do efeito suspensivo mediante decisão judicial (*ope iudicis*), se a parte demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação (*fumus boni iuri*), houver risco de dano grave (*periculum in mora*) ou de difícil reparação (NCPC, art. 1.012, §§ 3º e 4º).

Observe-se que quando a tutela provisória é concedida na sentença, nem tudo o que foi decidido, produz efeitos imediatos, mas tão somente o capítulo relativo àquilo que foi provido em tutela provisória,²⁶² permanecendo suspenso os demais itens da sentença (DIDIER JÚNIOR, 2012). Nas possessórias, todavia, essa circunstância não se verifica, posto que há coincidência entre o objeto buscado de modo antecipado e aquele pretendido no provimento final.

262 O recurso a ser interposto em face de capítulo que concede a liminar é o de apelação (art. 1.013, § 5º, CPC/15) (BRASIL, 2015a).

Por fim, resta saber se a *liminar possessória* se inclui no conceito de *tutela provisória* prevista no art. 1.012, § 1º, inciso V, para fins de afastar a suspensividade. Ao nosso sentir, a resposta é afirmativa.

O CPC/73 dispunha sobre a quebra do efeito suspensivo quando a decisão de *antecipação dos efeitos da tutela* era confirmada por ocasião da sentença da (art. 520, VII). Como o código se referia especificamente à *tutela antecipada* prevista no art. 273 (CPC/73), havia dúvida sobre sua aplicabilidade às ações possessórias, posto não haver exata correspondência no que tange aos requisitos. Entrementes, a forte carga satisfativa da liminar possessória, à semelhanças das tutelas antecipadas, autorizava, a nosso sentir, a aplicabilidade do art. 520, inciso VII, CPC/73 às ações interditais, caso a liminar fosse confirmada na sentença.²⁶³

Com o advento do CPC/15, que reestruturou todas as medidas provisionais sob o gênero *tutelas provisórias* (art. 294), não pode haver mais dúvida que as liminares possessórias estão inclusas na exceção do art. 1.012, § 1º, inciso V, pois constituem uma espécie do gênero tutela provisória, ao lado das tutelas de evidência ou emergência. Veja-se que o art. 555, parágrafo único, inciso II, do NCPC, se refere à *liminar possessória* como sinônimo de tutela *provisória*.

Portanto, negar o direito à imediata execução da sentença reintegratória ou de manutenção da posse em que a liminar é confirmada, além de negar um princípio sistêmico de estabilização das relações fáticas, poderia conduzir a situações absurdas. Assim, por exemplo, a parte reintegrada provisoriamente teria que desocupar o imóvel, em face da suspensão da decisão, mantendo-se o esbulhador na posse do bem durante toda a tramitação do recurso.

Conclui-se, portanto, que apelação em ação possessórias deve, em princípio, ser recebida em ambos os efeitos, pois não foi elencada nas hipóteses do art. 1.012, § 1º do NCPC. Não obstante, a quebra desse “efeito suspensivo” pode ocorrer *ope legis*, quando a liminar for confirmada por

263 Nesse sentido, o STJ no Recurso Especial n.º 1.127.684-PA: “[...] I - Para efeito de não suspensividade da apelação de sentença que julga procedente a ação, prevista no art. 520, VII, do Cód. de Proc. Civil, o deferimento de liminar possessória equipara-se ao deferimento da antecipação dos efeitos da tutela [...]” (BRASIL, STJ, 2011b).

ocasião da sentença (art. 1.012, §1º, inciso V) ou ainda *ope judicis* se a parte demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou sendo relevante a fundamentação (*fumus boni iuri*), houver risco de dano grave (*periculum in mora*) ou de difícil reparação (NCPC, art. 1.012, §§3º e 4º).

A possibilidade de se estabilizar desde logo a demanda, resguardando a posse de uma das partes até decisão final, é mais consentâneo com a *segurança* e a *efetividade* do processo. Tratando-se de conflitos coletivos, eventuais marchas e contramarchas nas decisões judiciais na primeiro e segundo grau, tornam-se extremamente perniciosas, pois resultam em sucessivas reintegrações, seguidas de novas reocupações, com prejuízo material e psicológico ao contingente de demandantes.

7.4.3 Eficácia temporal da liminar possessória

Pontes de Miranda e Adroaldo Furtado Fabrício defendiam que a liminar possessória permanecia gerando efeitos mesmo após a sentença de mérito. Segundo afirmam, estando suspensa a eficácia da sentença em razão da interposição do recurso de apelação, a decisão liminar permanece em vigor. A doutrina majoritária e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal caminharam em direção oposta, no sentido de que a sentença ou a decisão proferida em agravo de instrumento, substitui integralmente o provimento. Assim, a superveniência da sentença subroga a decisão liminar positiva ou negativa. Posteriormente a controvérsia foi pacificada na Súmula n. 405,²⁶⁴ que vem orientando os julgadores nas causas em que há divergência entre o juízo sumário e o juízo exauriente.

Conforme Fernando Gajardoni et al., as tutelas provisórias têm natureza precária e temporária,²⁶⁵ pois só perduram enquanto não tiver sido

264 Súmula n. 405, do Supremo Tribunal Federal: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária” (BRASIL, STF, 1964b).

265 O provisório é sempre preordenado a ser “trocado” pelo definitivo que goza de mesma natureza - ex.: “*flat*” provisório em que se instala o casal, a ser substituído pela habitação definitiva (apartamento de edifício em construção). Já o temporário é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessação - ex.: andaimes colocados para a pintura do edifício em que residirá o casal. Lá ficarão o tempo necessário para conclusão do serviço (feito

Julgado o pedido com cognição exauriente. Julgado o pedido de modo definitivo, seja contra ou a favor do autor, cessam os efeitos da liminar em razão do efeito substitutivo da tutela final (artigos 296 e 304, § 3º, do CPC/2015). Mesmo em caso de improcedência do pedido, a tutela provisória (cautelar ou antecipatória) tem seus efeitos cessados, independentemente se o recurso foi ou não recebido no efeito suspensivo (BRASIL, STJ, 2013b; BRASIL, STJ, 2011c) (GAJARDONI et al., 2015).

Da mesma forma, o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, afirmando que a eficácia temporal da *tutela provisória* tem o seu termo eficaz final demarcado pelo advento da *tutela definitiva*, uma vez que a vocação do provisório é ser substituído pelo definitivo, salvo em casos excepcionais em que é possível manter a eficácia da provisoriedade diante da possibilidade de o perigo na demora fulminar, de modo irreversível, a própria existência do direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, grifo nosso).

Fredie Didier Júnior também ressalta que uma das características da tutela provisória é a precariedade, que conserva sua eficácia ao longo do processo até que ocorra outra decisão judicial e a modifique, altere ou revogue (DIDIER JÚNIOR, 2015b).

Esse entendimento também foi objeto do Enunciado n.º 140, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), ao interpretar o art. 296, do NCPC, cujo teor é o seguinte: “A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela antecipada” (ENUNCIADOS..., 2015, p. 25).

De outro lado, a nova redação do art. 1.012, inciso V do novo CPC, deixou patente que, nos casos de sentença que *confirma*, *concede* ou *revoga* tutela provisória, a apelação não será dotada de efeito suspensivo. Assim, julgado improcedente o pedido, a liminar não mais subsiste, ainda que não haja manifestação expressa. De outro lado, concedida ou confirmada na sentença, se mantém válida até a nova decisão do Tribunal, motivo pelo qual pode e deve ser executada imediatamente.

7.4.4 A decisão liminar e a superveniência da sentença

Vimos no tópico anterior que o prazo de validade da decisão liminar expira com provimento exauriente, seja qual for o resultado. Questão controvertida é saber se a liminar rejeitada no segundo grau de jurisdição pode ser modificada pela superveniência de sentença em sentido contrário.

O duplo grau de jurisdição, como decorrência lógica do devido processo legal, traz consigo a vantagem de ser submetida a um juízo mais experiente, com exame mais aprofundado do litígio (LASPRO, 1995) pelo colegiado. A sucessão de decisões antagônicas entre o primeiro e o segundo graus de jurisdição, no entanto, pode provocar extrema insegurança às partes e desprestígio ao judiciário.

Veja-se, por exemplo, a situação de incerteza no caso de uma liminar possessória de reintegração que é reformada monocraticamente pelo relator do agravo, restabelecida na Turma e, novamente, revogada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Todas essas idas e vindas terminam por acirrar os ânimos dos envolvidos que almejam, sem demora, uma decisão definitiva.

Não é rara a ocorrência de situação em que, após decisão da Turma ou Câmara reformando a liminar de reintegração, sobrevenha sentença confirmando a tutela inicial, contrariando o entendimento do Tribunal. Surge, assim, a indagação acerca de qual (?) decisão deve prevalecer: *a sentença de mérito ou a decisão da Turma em sede de agravo de instrumento?*

A jurisprudência pacífica do STJ é no sentido de que o agravo de instrumento que defere ou indefere a tutela antecipada perde o objeto (*recitius* utilidade) com o advento da sentença.²⁶⁶ De fato, proferida a sentença,

266 STJ. Ementa: “Perde objeto o recurso relativo à antecipação da tutela quando a sentença superveniente (a) revoga, expressa ou implicitamente, a liminar antecipatória (o que pode ocorrer com juízo de improcedência ou de extinção do processo sem julgamento de mérito), ou (b) sendo de procedência (integral ou parcial), tem aptidão para, por si só, irradiar os mesmos efeitos da medida antecipatória. Em qualquer dessas situações, o provimento do recurso relativo à liminar não teria o condão de impedir o cumprimento da sentença superveniente. 2. No caso concreto, a liminar determinou a não incidência de imposto de renda sobre as parcelas recebidas a título de conversão de licença-prêmio e férias não gozadas em abono pecuniário e do

não há mais motivo para processar e julgar o agravo de instrumento. A razão disso é muito lógica, pois a medida liminar em ação possessória ou em qualquer outro procedimento é sempre proferida em juízo de *cognição sumária*, vale dizer, sem verticalização da prova, seja no primeiro ou no segundo grau. A sentença, todavia, é proferida no juízo de certeza (*cognição exauriente*), após estabelecido o contraditório e apreciados todos os fundamentos e manancial probatório trazidos em juízo. São, portanto, planos processuais diversos que não se confundem.

Nesse sentido, transcrevo a esclarecedora lição de Teresa Arruda Alvim Wambier, *verbis*:

A prolação da sentença é o piparote que derruba a primeira carta, que, caindo, faz com que todas as outras que estão de pé, enfileiradas, à sua frente, caiam também. Todos os recursos que tenham sido sucessivamente interpostos da decisão concessiva ou denegatória de liminar ‘perdem o objeto’. Ou melhor, perdem a utilidade. Isto exatamente por causa do efeito substitutivo dos recursos. Prolatada a sentença, é esta que prevalece.

Como o Tribunal, ao decidir o agravo, gera uma decisão que toma o lugar da decisão confirmada ou reformada, não tem sentido transplantar a decisão obtida em grau de recurso para um ‘momento’ do processo, que ficou superado pela sentença, e que não se configura em pressuposto lógico para que esta pudesse ter sido prolatada. Este é justamente o ‘momento’ em que decisões são proferidas com base em cognição superficial, que ficou superado (WAMBIER, 2003, p. 691).

Muito embora esse entendimento estivesse completamente pacificado, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conheceu e deu provimento aos Embargos de Divergência interpostos no REsp n. 765.105/TO (BRASIL, 2010d), no sentido de que o advento de sentença de mérito não acarreta perda do objeto do agravo de instrumento inter-

abono constitucional de um terço de férias, e esse mesmo efeito é produzido pela sentença de procedência do pedido, que não tem efeito suspensivo” (BRASIL, STJ, 2005b).

posto contra a tutela antecipada concedida pelo juiz de primeiro grau, determinando o prosseguimento do julgamento do recurso.

A *ratio decidendi* desse julgamento²⁶⁷ está na circunstância de que a tutela provisória não antecipa apenas a sentença de mérito, mas também a própria execução do julgado. Desse modo, a decisão antecipatória teria o condão de produzir efeitos (executivos), que não coincidem com os da sentença, já que sujeita a suspensividade.

Conquanto existam decisões esparsas em que prevalece a tese da sobreposição da *decisão* do segundo grau sobre a *sentença* primeiro grau, com base na *hierarquia*, a posição majoritária no Superior Tribunal de Justiça (STJ) adota o critério da supremacia do juízo exauriente sobre o provisório.

A nosso sentir, a tese da ultratividade da decisão liminar para além da sentença, não deve prevalecer, pois além de não ser de boa técnica processual, atenta contra a segurança jurídica no ponto em que admite prevalência do juízo provisório em face do definitivo.²⁶⁸

7.5 Fase executiva

No regime do procedimento especial, concedida a reintegração ou manutenção, seja porque a inicial estava devidamente instruída ou porque satisfatoriamente justificada a posse, a determinação para expedição do mandado liminar é automática (NCPC, art. 562) e decorre da força executiva *lato sensu* das ações possessórias. O mesmo ocorre quando a liminar é deferida juntamente com a sentença, caso em que se afasta o efeito suspensivo. Ao irradiar os seus efeitos, as medidas precisam ser cumpridas no mundo dos fatos.

Além das técnicas previstas no rito especial, o direito processual prevê outras formas de cumprimento, ora expedindo uma ordem (mandamental), ora substituindo a vontade da parte (executiva) e, em outros

267 “Para o Min. Relator, que liderou a tese vencedora, a superveniência da sentença de procedência do pedido não torna prejudicado o recurso interposto contra a decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela. É que a aludida tutela não antecipa simplesmente a sentença de mérito, mas antecipa a própria execução dessa sentença que, por si só, não produziria os efeitos que irradiam da tutela antecipada” (BRASIL, 2010c).

268 Para entendimento completo do assunto, veja-se Oliveira, C. (2011).

casos, aplicando sanções pecuniárias e processuais. No interesse da efetivação da decisão judicial, outorga-se ao juiz o poder-dever de utilizar-se das providências que entender necessárias à luz do caso concreto, conforme as possibilidades genericamente dispostas no Código, sob o título *cumprimento da sentença* (NCPC, art. 513 a 538). Trata-se do viés dialógico entre as formas executivas do procedimento especial e comum, com suas particularidades previstas para reintegração de posse de bens imóveis nos conflitos coletivos.

7.5.1 O cumprimento da liminar e da sentença possessória coletiva

A comando executivo judicial nos interditos possessórios se materializa por meio de diligência do oficial de justiça. Tratando-se de bem imóvel, o meirinho se dirige até o local do conflito, acompanhado do autor, com a finalidade de intimar o réu dos termos da ordem judicial, determinando que promova a imediata desocupação da área, no caso de reintegração, ou se abstenha de atos de perturbação, no caso de pedido de manutenção (CIMARDI, apud MONTEIRO, 1997). Tão logo o réu desocupe a área esbulhada, o oficial de justiça promove a imissão do autor na posse, aperfeiçoando o ato reintegratório. Trata-se de *medida tipicamente executiva* que decorre da decisão liminar ou do comando sentencial, cujo fim específico é o de que as coisas retornem ao *status quo ante*, ou seja, o restabelecimento do equilíbrio existente no mundo dos fatos anteriormente ao ato lesivo.

Em regra, nas lides individuais, estando a parte diante da autoridade de uma decisão ou sentença judicial, não sobrevém qualquer dificuldade no cumprimento da ordem, seja na desocupação ou entrega do bem, em que o vencido – na maioria das vezes – se conforma em se submeter ao efeitos práticos do julgado, reservando o seu inconformismo para a impugnação da decisão na esfera processual.

Nos conflitos coletivos interétnicos, no entanto, o cumprimento da liminar ou da sentença, quando deferida em desfavor da coletividade (indígena, quilombola ou de movimentos sociais), assume proporções incomuns. O número de famílias envolvidas nos dois polos da lide, a dimen-

são da área, o valor simbólico do apoderamento da área e a hostilidade da invasão são fatores que intensificam o acirramento dos ânimos, dificultando a execução da ordem judicial.

No plano processual, a intervenção obrigatória da União, da Funai e do Ministério Público Federal, adotando uma postura institucional defensiva dos interesses dos grupos étnicos, mesmo quando há forte evidência do esbulho ou turbação, resulta na proliferação de recursos interpostos pelas três entidades, refletindo negativamente no tempo de duração do processo. A comunidade indígena, aproveitando-se dessa proteção no plano jurídico-processual, de significativa carga simbólica, oferece grande resistência, negando-se a desocupar as propriedades, casos em que não há alternativa senão recrutar auxílio da força policial.

A recalcitrância no descumprimento comando judicial ocorre em em duas vertentes distintas: i) a negativa pura e simples em se retirar da área invadida; ou ii) a **desocupação** seguida de uma nova invasão, tão logo as autoridades judiciárias e policiais deixem a área.

Foi nesse sentido que a legislação processual civil recrutou mecanismos de forma a dar efetividade ao cumprimento das decisões judiciais, já que no direito processual brasileiro o instituto do *contempt of court*²⁶⁹ (NCPC, art. 77, § 3º) se resume em aplicação de multa, que pouco ou nenhum efeito exerce quando o apenado não tem recursos para pagamento. Surge, então, a possibilidade de se utilizar das chamadas *medidas executivas atípicas*, aplicáveis aos procedimentos especiais.

7.5.2 Procedimentos executivos

Constitui dever das partes cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais de natureza provisória ou final e não criar embaraços à sua efetivação (NCPC, art. 77, IV), abstendo-se de praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (NCPC, art. 77, VI). A violação desses deveres caracteriza atenta-

269 José Miguel Garcia Medina relata que, nos sistemas jurídicos de *common law*, predomina a orientação de que o não-cumprimento de determinada decisão judicial caracteriza *contempt of court*. Em sistemas jurídicos de *common law*, antes de depender de norma jurídica que o autorize, entende-se que esse poder é implícito ao atribuído aos órgãos jurisdicionais pelo ordenamento jurídico (MEDINA, 2015).

do à dignidade da justiça, suscetível de sanções processuais, cíveis e criminais.

É preciso ter presente que o resultado efetivo das medidas executivas judiciais está diretamente relacionado com a sua força intimidatória ou coativa, sobre a parte recalcitrante, mormente quando uma coletividade figura no polo passivo.

Eventuais sanções pecuniárias contra um movimento social despersonalizado, a exemplo do MST, comunidade indígena, quilombola, que não detêm capital nem patrimônio, são de nenhum efeito coercitivo. No caso dos indígenas em processo de etnogênese, as sanções processuais também são de nenhum efeito, pois a representação processual é feita pela Funai, que se esquivava da responsabilidade civil em relação aos atos ilícitos praticados pelos índios antes do procedimento demarcatório.

Por último, restam as sanções criminais pelo crime de desobediência, tipificado no art. 330, do Código Penal. Ocorre que tal delito é considerado de baixo potencial ofensivo (Lei n. 9.099/1995, art. 61), com pena máxima inferior a dois anos, permitindo transação penal (art. 76) (BRASIL, 1995c), cuja aceitação afasta a pena privativa de liberdade. Sem o poder de intimidação pela privação da liberdade, a sanção penal não induz qualquer pressão psicológica no espírito do agente delituoso, para fins de cumprimento de determinação judicial. Além disso, esse delito prescreve com relativa rapidez (dois anos) e, na prática, é muito comum já estar prescrito no momento do oferecimento de transação pelo Ministério Público.

Aliado a isso, há entendimento em matéria criminal no âmbito da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal de que os atos de esbulho praticados por indígenas pela disputa da terra, não configuram o crime de *esbulho possessório* (CP, art. 161, §1º, II). Sustentam-se a tese de que o esbulho possessório indígena, não é praticado para fim de privar o particular da posse de terras, mas tem o propósito específico de constranger o Estado a promover as ações de demarcação, de desapropriação e de assentamento dos integrantes da comunidade. Ou ainda porque os indígenas se reúnem em virtude de pertencerem à mesma tribo e não para delinquirem.²⁷⁰

270 Esse entendimento pode ser visto no voto n. 934/2015. Disponível em: <http://goo.gl/admPOq>. Acesso em: 2 mai. 2016.

Restam, em casos que tais, as sanções cíveis.

Ao lado dos meios executivos, e visando a efetividade das decisões judiciais (art. 5º, XXXV, da CF), a lei processual colocou à disposição do juiz as referidas *medidas executivas atípicas*, que podem ser utilizadas em reforço aos atos *típicos* de execução, quando esses forem insuficientes a persuadir o réu no cumprimento da decisão.

O NCPC autoriza que o juiz, na condução do processo, possa determinar *todas* as medidas *indutivas, coercitivas, mandamentais* ou *sub-rogatórias*, necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, decisão ou sentença (art. 139, IV),²⁷¹ inclusive as que objetivam prestação pecuniária. No art. 297 há prescrição semelhante, em que o magistrado poderá *determinar as medidas que considerar adequadas* para o cumprimento de tutelas provisórias (BRASIL, 2015a).

Também é possível a adoção de *medidas atípicas*, consistentes, na imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva e requisição do auxílio de força policial, a serem aplicadas no caso de descumprimento das obrigações de fazer, não fazer (art. 536) ou entregar coisa (art. 538) (BRASIL, 2015a). Busca-se, com isso, a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Como já ressaltado alhures, as técnicas de indução, coerção e sub-rogação, previstas nos arts. 536 e 538, aplicam-se subsidiariamente às tutelas possessórias, provisórias ou definitivas, do rito especial ou comum, tendo em vista sua pertinência com a matéria (entregar coisa).

Nada obstante, foram inseridos dispositivos executivos atípicos no próprio procedimento especial das ações possessórias, permitindo ao juízo que determine as *medidas necessárias e adequadas*, a fim de evitar *nova turbulação* e esbulho, ou para que se dê *cumprimento à tutela provisória* ou final (art.

271 Enunciado n. 12, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II [atual art. 489]” (ENUNCIADOS..., 2015, p. 8).

555, parágrafo único, I e II).²⁷² Note-se que o autor pode se antecipar e, já na inicial, incluir pedido com natureza distinta daquela do bem da vida, com o intuito de lhe assegurar a efetividade à decisão (cumprimento da tutela provisória ou final), assim como dar estabilidade à norma concreta (evitar nova turbação ou esbulho).

Analisando de forma sistêmica as possibilidades de adoção de *medidas atípicas* da parte geral e no próprio reto especial possessório, observa-se que os métodos elencados são todos eles exemplificativos,²⁷³ podendo o magistrado, diante do caso concreto, determinar outros meios para *obtenção* da tutela específica ou do resultado prático equivalente.

A possibilidade de utilização de meios diferenciados de execução, seja da tutela definitiva ou provisória, é postulado que atende aos princípios norteadores do processo civil, notadamente o da cooperação e duração razoável (NCPC, art. 6º).

Nas demandas interétnicas é comum a recalcitrância das comunidades indígenas em respeitar as decisões judiciais, principalmente quanto às desocupações de áreas invadidas. Nesses casos, os magistrados se veem impotentes para fazer cumprir as decisões reintegratórias, pois, mesmo quando há requisição de força policial, os nativos se recusam a cumprir a ordem judicial.

7.5.3 Medidas executivas atípicas e o princípio da congruência

Uma última questão a ser analisada é se, nas ações possessórias, as providências atípicas estão submetidas ao *princípio da congruência* (NCPC, arts. 141 e 492), ou seja, se, na busca pela tutela ou por seu resultado prático, o juiz poderia determinar providências diversas do pedido inicial.

Conforme se salientou, nas obrigações de entrega de coisa, obriga-

272 “Art. 555. É lícito ao autor **cumular** ao pedido possessório o de: I - condenação em perdas e danos; II - indenização dos frutos. Parágrafo único. Pode o autor requerer, ainda, **imposição de medida necessária** e adequada para: **I - evitar nova turbação ou esbulho; II - cumprir-se a tutela provisória ou final**” (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

273 Cf. Humberto Theodoro Júnior, citando a seguinte jurisprudência: Brasil (2008b). No mesmo sentido: Brasil (2006a); Brasil (2008c); Brasil (2006b) (THEODORO JÚNIOR, 2014).

ções de fazer e não-fazer, a tutela específica ou o resultado prático podem ser obtidos com a utilização de meios coercitivos (imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva) elencados de maneira exemplificativa. Veja-se que o texto cita essas possibilidades “*entre outras medidas*” que podem ser aplicadas.

Existe então a *execução direta* ou sub-rogatória, que substitui a vontade do devedor da obrigação, e/ou uma outra coercitiva ou de execução indireta, que atua na vontade do devedor como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial (DIDIER JÚNIOR, 2012).

Os critérios de escolha e intensidade desses meios adequados para persuadir o executado no cumprimento da obrigação ficam submetidos às noções de *razoabilidade* e *proporcionalidade*, expressamente previstas nas normas fundamentais que norteiam o processo civil (Novo Código de Processo Civil – NCCPC, art. 8º) (BRASIL, 2015a),²⁷⁴ de forma que a sub-rogação ou a coerção não sejam tão onerosas, a ponto de superar a obrigação primitiva.

Nesse particular, parece lógico que, na atividade judicial que determina medidas atípicas para assegurar o cumprimento da ordem judicial, não há adstrição do pedido à sentença, ficando excepcionado o *princípio da congruência*. Há, nesse caso, uma desvinculação da atuação do magistrado em relação ao objeto do pedido, mitigando o referido princípio.²⁷⁵

Fredie Didier Júnior aponta que essas medidas executivas são uma via alternativa, subsidiária, que excepcionam o princípio da congruência objetiva, “[...] permitindo ao magistrado desbordar-se dos limites objetivos fixados, até mesmo no pedido mediato (bem da vida) formulado pelo demandante” (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 314-315).

Também Guilherme Rizzo Amaral reforça esse entendimento, reconhecendo que a utilização dos mecanismos previstos no art. 460, § 5º, do CPC de 1973 (NCCPC, art. 536, § 1º), constitui verdadeira exceção ao referido princípio,

274 NCCPC: “Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a **proporcionalidade**, a **razoabilidade**, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

275 Em sentido diverso, a decisão do STJ (BRASIL, 2012b).

pois possibilita a entrega de um bem da vida diverso daquele pretendido inicialmente pelo demandante, mas equivalente ao seu resultado prático (AMARAL, 2008),²⁷⁶ não coincidente com aquele pretendido inicialmente.

Não obstante esse entendimento esteja consolidado na doutrina, ainda não ocorreu pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que mantém julgados divergentes a respeito. A título de exemplo, citamos um julgado relacionado a conflitos indígenas, da relatoria do Min. Ari Pargendler, em que o juiz deferiu medida executiva atípica, determinando a suspensão do processo demarcatório até que os nativos desocupassem a área. Sob o fundamento de que tal comando judicial não havia sido sequer suscitado nos autos da ação de conhecimento, extrapolando os limites da lide, em frontal violação ao princípio da congruência, o Ministro relator deferiu a liminar e suspendeu a decisão (BRASIL, 2012c), sob alegação de que o judiciário possui outros meios para fazer cumprir suas decisões.

276 Didier Júnior (2012) cita a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nesse sentido: Brasil (2006c).

8 Conclusão

Os conflitos entre os homens pelo assenhramento e domínio sobre os territórios se confundem com a própria história do ser humano. A terra, geratriz de todas as riquezas naturais, por constituir fator indispensável a sobrevivência e desenvolvimento dos grupamentos socialmente organizados, desde os mais primitivos aos mais desenvolvidos, induzem a esse enfrentamento universal e perene.

Filósofos e sociólogos e juristas de todos os tempos (John Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, Coulangens, Grotius, Cícero) buscaram incessantemente uma explicação teórica para a origem do direito de propriedade e os seus fundamentos legitimadores no estado na natureza.

Várias doutrinas foram desenvolvidas a respeito, destacando-se a: *teoria da religião*, pela qual os deuses do-

mésticos (*deuses-lares*), na qualidade de senhores da criação, delegaram ao homem uma parte da terra para que construíssem sua morada e cultivo; *teoria da ocupação*, derivada do Direito Romano, segundo a qual é livre a apropriação das coisas não possuídas (*res nullius*); abandonadas (*res derelictae*); ou conquistadas pela guerra (*res hostes*) e, por fim; *teoria da especificação ou do trabalho*, segundo o qual o homem passa a ser dono daquilo que transforma pelo seu próprio esforço.

A descoberta ou *achamento* do Novo mundo e a chegada do homem branco europeu às Américas no período das grandes navegações, com o objetivo de expandir as fronteiras agrícolas, inaugurou um embate entre etnias pela posse dos territórios que perdura há cinco séculos.

Conquanto o apossamento de territórios tenha sido marcado pelo uso da força ou pela superioridade tecnológica, o domínio e assenhoreamento eram precedidos de formalidades e simbologias. Nas cerimônias de posse os colonizadores fincavam cruces, estandartes, bandeiras, brasões, marchavam em procissões, apanharam torrão do solo e mediram estrelas, proferiram palavras ou permaneciam em silêncio. Esses eram os sinais para que as outras nações e os nativos reconhecessem a soberania e a supremacia da posse, respectivamente.

A Santa Igreja avalizou e oficializou duas formas legitimadoras da apropriação de territórios: a) o *direito de conquista*, na qual os colonizadores europeus tinham direito de se apropriar de terras encontradas em posse de nativos, por serem consideradas terras de ninguém (*terras nullius*) e; b) pela *guerra justa*, na qual os vencedores poderiam se apropriar das terras dos vencidos, desde que o ato bélico fosse para reparar uma injusta agressão, critério elaborado pelo frade dominicano Francisco de Vitória, pai do Direito Internacional.

A conformação jurídica ao direito de conquista e guerra justa foram encetadas nos tratados internacionais de Tordesilhas (1494), que dividiu o mundo entre Espanha e Portugal e, posteriormente pelo Tratado de Madrid (1750), que ratificou a esses países o direito de posse às terras que efetivamente já ocupavam.

Seguindo a orientação da Corte Portuguesa, o apossamento das terras brasileiras, embora cercadas pelas cerimônias religiosas, ocorreu somente após a verificação da latitude da nova descoberta, com utilização da constela-

ção do cruzeiro do sul. A partir desse momento, todas as terras “achadas” assim como tudo que aqui existia (*res mancipi e nec mancipi*) passaram de imediato ao domínio português e, conseqüentemente subsumiram-se ao Direito Luso.

O Governo Português produziu vários instrumentos legais que definiam políticas possessórias sobre terras antes ocupadas pelos índios, expedindo Cartas Régias, Decretos, Alvarás, Regimentos destinados especificamente à Colônia. A gama de dispositivos legais produziu uma legislação fragmentada, flutuante e anacrônica, revogada e reafirmada de tempos em tempos, conforme a conveniência do poder dominante. Os direitos indígenas nelas previstos repercutiam tão somente no campo formal, sem qualquer concretude benéfica.

O Alvará Régio de 1º de abril de 1680, considerado por estudiosos, sociólogos, antropólogos e juristas, como o documento histórico mais importante no reconhecimento da dominialidade indígena sobre suas terras e que deu origem a Teoria do Indigenato, tratava-se de instrumento regulatório contrário aos nativos. Impunha-lhes, em verdade uma migração forçada conhecida como *descimento*, obrigando seu confinamento em aldeamentos dos jesuítas, nos quais eram catequizados e escravizados.

A Lei de 6 de junho de 1755, editada pelo El-rey D. José I, sob o comando do Marquês de Pombal, embora tenha reafirmados os supostos direitos contidos no Alvará Régio de 1680, teve como objetivo tornar o índio cultivador e participante efetivo da economia colonial. Essa lei que deu continuidade ao sistema de *descimentos*, autorizava a captura e escravização dos índios que se encontrassem em guerra com os portugueses.

De uma forma ou de outra, qualquer suposto benefício eventualmente concedido aos índios pelo Alvará de 1680 e pela Lei de 6 de junho de 1755 tornou-se letra morta com a chegada de D. João VI, que determinou a oficialização da guerra justa como legitimadora da espoliação de seus territórios.

A Lei de Terras (Lei n. 601/1850), ao discriminar as terras públicas e as particulares, embora tenha criado as reservas indígenas, não contemplou qualquer reconhecimento dos direitos originários e primários. Ao invés disso, instituiu a posse usufrutuária, vedando a alienação das terras concedidas, atos que não se compatibilizam com a ideia de um direito domínial pleno, decorrente de seus direitos congênitos.

A Carta outorgada de 1824 foi silente em relação ao regime fundiário

indígena. A Constituição Republicana (1891) ao transferir as terras devolutas ao domínio dos Estados, afetou negativamente nos direitos dos nativos pois, de acordo com a Lei de Terras (1850), as reservas indígenas se localizavam em terras devolutas. A interpretação que prevaleceu foi a de que as terras indígenas, por serem consideradas devolutas passaram a pertencer aos Estados e, portanto, passíveis concessão aos particulares.

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever o regime jurídico de posse das terras indígenas, proibido a sua alienação e reservando à União a competência para legislar sobre a matéria. Determinava que fossem respeitadas a posse dos nativos nas áreas que se encontravam localizados em caráter permanente (art. 129) e utilizadas como *habitat*. Presumia uma ocupação preexistente e já consolidada.

As constituições de 1937 e 1946 limitaram-se reproduzir o texto de 1934, sem alterar-lhe o conceito, reafirmando o impedimento de alienação e a implementação do regime usufrutuário. A proibição de venda e constituição de usufruto revelavam não haver intenção do Estado em restituir aos índios o domínio de áreas que ocuparam em tempos remotos.

O regime constitucional de 1967 manteve as condições caracterizadoras da posse da terra indígena, exigindo ocupação preexistente e habitação, ao tempo em que as incorporou expressamente ao patrimônio da União (CF/67, art. 186), instituindo sobre elas o regime usufrutuário.

A Emenda Constitucional n. 1/69, previu a nulidade e a extinção dos efeitos sobre as relações jurídicas dominiais ou possessórias sobre terras habitadas pelos silvícolas, excluindo o direito a ação e indenização (CF1967/EC1, art. 198, caput, §§1º e 2º), dele decorrentes.

A Constituição de 1988, sob influência de movimentos sociais, da igreja, de organizações não-governamentais, ambientalistas, juristas, sociólogos, antropólogos e ativistas da causa indígena, amplificou os direitos sociais das chamadas minorias vulneráveis (negros, índios e deficientes). No que tange aos índios houve especial atenção quanto à ocupação de espaços territoriais, cultura, tradição, riquezas naturais.

O texto final da CRFB/88, no que tange aos direitos indígenas, teve como base o anteprojeto constitucional produzido pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) e foi produzido após ampla discussão na Comissão da Ordem Social e Subcomissão

de negros, índios, deficientes e minorias, na qual foram inseridos os conceitos de *direitos originários*, inspirado na doutrina do indigenato, sob influência de Jose Afonso da Silva.

A expressão direitos originários, não mantém relação com a teoria do indigenato e não confere um título nativo congênito, legítimável com o simples nascimento.

O Alvará de 1º de abril de 1680 ao atribuir aos índios a condição de senhores primários e naturais de suas terras utilizou-se de um artifício retórico para concretização de políticas escravagistas, domesticadoras, catequizadoras da metrópole portuguesa. A história mostrou que nunca houve real reconhecimento por parte do poder político colonizador sobre eventual direito dos índios em permanecer ocupando os espaços territoriais que habitavam originariamente.

Toda a legislação colonial e mesmo a imperial, em maior ou menor medida, forma produzidas em favor do resguardo do poder público e do incentivo dos fatores de produção agrícola, mediada pelos colonos europeus, sem deferir garantias de posse ou propriedade aos povos primitivos no plano do direito positivo.

A doutrina do indigenato, com todos seus louváveis atributos na perspectiva de proteção da dignidade da pessoa humana e defesa dos povos nativos em face do poderio do Estado dominador, se desenvolve tão somente no plano do Direito natural (*ius naturale*), sem efeito e sem supedâneo normativo que lhe dê sustentação. Não houve acolhimento da doutrina pelas legislações da colônia, do império ou da República.

A Constituição de 1988, sem invocar os fundamentos do indigenato, assegurou aos índios o direito de sua interface telúrica, expressão máxima de seu *modus vivendi* e do seu *habitat*. Reconheceu que as comunidades indígenas têm direito a sua própria *organização social*, segundo sua língua, crença e tradições e o respeito ao *multiculturalismo* e de respeito a alteridade.

Na última década do século XX houve uma tendência dos países da América do Sul em favor do reconhecimento das sociedades pluriétnicas, implementando-se reformas constitucionais no sentido da valorização da identidade étnica e do multiculturalismo, a exemplo Colômbia, Bolívia, Equador, Peru e México, alguns deles consolidando o pluralismo jurídico, por intermédio de Tribunais Plurinacionais.

Sob influência desse movimento social interamericano, o Brasil firmou tratados e convenções internacionais para assegurar a proteção das identidades tribais, das tradições indígenas, e do espaço necessário ao desenvolvimento de cultura.

Entre os instrumentos de proteção aos grupos étnicos estão a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) (1948), a Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (1989) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), cuja aplicação na ordem interna, são limitadas pela própria CRFB.

No plano internacional, as disputas étnicas ocorrem em vários países como o Estados Unidos, Rússia, Nova Zelândia, México, Austrália e Canadá. Austrália e Canadá embora tenham feito avanços nos reconhecimento da direitos dos povos indígenas, as mudanças legislativas ocorreram de forma lenta, tendo como marcos legislativos o *Aboriginal Land Rights Act* (1976) e o *Aboriginal Land Rights Act* (1982), respectivamente, que regulamentam, entre outras coisas, o direito ao título nativa à terra, mas não autorizam a autodeterminação (*self-determination*) típica das nação independente. Por esse mesmo motivo, a CRFB afastou as expressões “nações indígenas” e “povos indígenas”, preferindo a denominação *comunidades indígenas*.

Em toda a América Latina, a partir da década de 1990, as reivindicações dos direitos tribais reverberam uníssonas em busca de sua territorialidade, sendo que entre 1995 e 2008 houve um recrudescimento dos procedimentos demarcatórios. Atualmente 13% do território nacional, distribuídos nas cinco regiões do país e na quase totalidade dos Estados estão demarcados.

No Brasil, os direitos indígenas foram disciplinados em tópico específico na ordem constitucional, sob o capítulo da ordem social, (art. 231 §§ 1º e 2º). Entre eles avulta a importância do direito à posse indígena no regime usufrutuário, caracterizada pela ocupação tradicional, cuja definição está contida na própria CRFB.

O figurino legal da posse indígena está vinculado a fatos e requisitos de natureza objetiva, os quais são extraídos da interpretação do art. 231 e seus parágrafos, sem necessidade de invocar a *Teoria do Indigenato*, que não se confunde com o conceito de direitos originários.

Os direitos originários foram reconhecidos de forma a legitimar a

ocupação primária em uma perspectiva retórica, de forma a validar sua sobreposição a qualquer outro título de domínio ou relação possessória, nulificando-os ou extinguindo-os (CF/§ 6º, do art. 231). Os direitos originários não criam direito novo, apenas ratificam os já existentes.

A ocupação tradicional é o elemento fático de onde irrompe o direito subjetivo às terras indígenas. Seu conceito é fornecido pelo próprio texto constitucional: “São terras tradicionalmente ocupadas aquelas por eles [índios] habitadas em caráter permanente e utilizadas para suas atividades produtivas”.

A *ocupação tradicional* exige um *fator temporal* de habitação em caráter permanente; um *fator econômico* de atividade produtiva. A elas se associam um *fator ambiental*, a impor preservação de recursos de maneira sustentável e, por último; d) *fator cultural ou geográfico*. Não se confunde com ocupação imemorial ou atemporal.

O sistema normativo constitucional do passado e presente impõe a ocupação efetiva da comunidade nativa na área de interesse, como fator de tradicionalidade. No regime atual, em função do primado da segurança jurídica e da prevenção e solução de conflitos, foi necessário a fixação de um *marco temporal*, evitando que novas comunidades pudessem surgir a todo o momento reivindicando terras, que há muito não ocupam. O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Pet. 3338/R, Raposa /Serra do Sol, ao interpretar o art. 231 da CFRB decidiu que a ocupação tradicional deve ser aquela efetivamente existente anteriormente a promulgação da Constituição de 1988 ou seja, em 5.10.1988. A interpretação teve por base os precedentes cristalizados na Súmula n. 650 do STF.

No julgamento da Pet. 3338/RR, da Terra indígena Raposa/Serra do Sol a doutrina do indigenato foi afastada, substituindo-a pela *teoria do fato indígena*, segundo a qual a ocupação tradicional é um fato objetivo que deve ser comprovado.

A única exceção ao marco positivo de 5.10.1988 é a ocorrência do *renitente esbulho*, circunstância fática em que o grupo indígena, embora não estivesse ocupando a terra na data da promulgação da constituição de 1988, comprova que não o fez por circunstâncias exógenas, ou seja, a disputa possessória já havia se iniciado antes daquela data e se propagou no tempo.

A identificação étnica do indivíduo como índio é circunstância im-

prescindível ao reconhecimento de seus direitos. A correta definição de índio é aquela que contempla quatro condições: a *biológica*, pelas características não europeias; a *cultural*, em que os grupos se utilizam de objetos, técnicas, ideias e crenças de origem pré-colombiana; a *linguística*, em que se falam idiomas indígenas; a *sociológica*, em que os indivíduos se sentem pertencentes a uma comunidade autóctone.

A definição segundo a qual “índio é quem se sente índio” é mero romantismo social, que atenta contra a segurança jurídica daqueles que suportam os efeitos jurídicos desse conceito aberto e equivocado.

A *autoidentificação*, como consciência que o indivíduo tem de si e a *heteroidentificação*, como consciência de pertencer a um grupo diferente, somente são válidas quando resultam de ações *endógenas* ao grupo, sem interferências externas ou definições manipuladas e artificiais por parte de terceiros estranhos à comunidade que se pretende tradicional.

A autoidentificação, estimulada por fatores exógenos, subvertem e falseiam processo de etnogêneses, fenômeno de ressurgimento de comunidades indígenas extintas.

O ressurgimento de tribos extintas há mais de duzentos anos e que reaparecem reivindicando terras possuídas em tempos remotos, a pretexto de configurarem legítimos processos de etnogêneses, são a principal causa dos conflitos atuais entre etnias.

No Brasil o recrudescimento das demarcações decorrentes de processos de etnogêneses se iniciam a partir de 1995, alavancado pelo Programa Integrado de Proteção das Terras Indígenas na Amazônia Legal (PPTAL), oriundo de acordo sobre Cooperação Financeira entre o Governo do Brasil e da República Federal da Alemanha, com a intervenção da ONG Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ).

Os processos de invasão das terras por comunidades ressurgidas são denominados pelos índios de “*retomada*”, um eufemismo que supostamente legitima a ação esbulhadora sob o argumento de que as terras que supostamente lhes pertenciam devem ser novamente tomadas. Esses procedimentos já receberam crítica do constitucionalista Paulo Bonavides, como uma interferência indevida de organismos não-governamentais internacionais na soberania nacional, classificando-a como uma cobiça imperialista pela fauna e flora amazônica.

Os atos violentos de invasões ou “retomadas” em geral são vistos de forma leniente pelo órgão de assistência (Funai), pela Advocacia Geral da União (AGU) e Ministério Público Federal (MPF), apesar da clara inobservância devido processo legal e do evidente malferimento aos direitos humanos daqueles que são expulsos de suas terras.

A crônica forense dos conflitos étnicos, traz diversos exemplos em que direitos humanos são negligenciados aos pequenos produtores rurais que são expulsos sumariamente de suas terras, na maioria das vezes, única fonte de renda. Em outros casos, trabalhadores rurais assentados em programas de reforma agrária são forçados a abandonar as áreas para ceder lugar aos invasores, antes mesmo da conclusão do processo demarcatório. Esse fato levou o Superior Tribunal de Justiça firmar entendimento no sentido da impossibilidade de demarcação de terras indígenas já declaradas como de *interesse social* para fins de reforma agrária.

Do mesmo modo como ocorre com indígenas, o ressurgimento de comunidades quilombolas criam paradoxos no campo. Há casos em que negros autodeclarados (quilombos) reivindicam áreas de outros negros que negam tal identidade, iniciando uma disputa intraétnica entre afrodescendentes em que estão separados por uma linha tênue da autoidentificação; de um lado negros autodeclarados e, do outro, indivíduos igualmente negros não-autodeclarados.

Na disputa interétnica quase sempre há um conflito de direitos humanos (comunidades tradicionais) em contraposição aos direitos humanos (pequenos proprietários). Ao lado da garantia dos direitos das minorias vulneráveis há o imperativo da garantia do direito de propriedade (art.5º, *caput* e incisos XXII a XXXI) e do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), presente em todas as declarações de direitos desde a Declaração de Direitos da Virgínia (1776).

Constitui visão monocular do problema supor que no caso dos conflitos, os direitos das etnias devam prevalecer em detrimento do direito de posse e propriedade de grupos de não-índios, igualmente debilitados no plano social.

O regime jurídico do *usufruto constitucional* indígena é, antes de tudo, fator protetivo das comunidades autóctones e elemento garantidor da sobrevivência da étnica. Pode ser definido com um direito real sobre a coisa alheia, infungível, de índole constitucional (*ex vi constitutionae*), exclusivo,

coletivo, de natureza pública e caráter perpétuo, inalienável, intransmissível, impenhorável, imprescritível, insusceptível de cessão a terceiros, do direito ou do seu exercício.

A posse indígena devidamente certificada nos procedimentos demarcatórios em que se observe o devido processo legal tem efeito nulificador de todas as relações jurídicas dela decorrentes seja real, obrigacional ou comercial, *ex vi* do art. 231, §6º da CRFB), atingindo indistintamente índios individualmente considerados e não-índios.

Não há qualquer limite temporal quanto à *retroação* (*retroatividade máxima*) do comando constitucional que declara a nulidade do domínio ou relação possessória, ainda que constituam ato jurídico perfeito, o direito adquirido e coisa julgada.

A vedação expressa ao *direito de ação* (*demandas*) indenizatória contra a União, decorrente da nulidade das relações possessórias e dominiais em terras indígenas, se operam não só em face da expropriação da terra nua, mas também em relação a outros efeitos deletérios decorrentes dessa nulidade.

O ajuizamento de ação em face da União pleiteando indenização dos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor em razão da nulidades das relações jurídicas dela decorrentes, por se tratar de decisão de mérito, importa em *improcedência liminar do pedido* (NCPC, art. 332)

Em face do princípio da proteção à *confiança legítima*, da *segurança jurídica* e da *função social da posse*, uma parte da doutrina vem sustentando a possibilidade de permitir, *lege ferenda*, a indenização integral (terra nua e benfeitorias) quando se tratar de pequenos proprietários rurais, haja vista sua especial proteção constitucional (CF, arts. 43, §3º, 47, II, art. 185, I, 191)

O direito de posse/propriedade e a *função social* constituem direitos fundamentais equivalentes, mas não antagônicos. Conquanto a constituição não se refira expressamente à posse, esse instituto é igualmente protegido pelo ordenamento jurídico *ex vi* dos arts. 5º, XXXIII, 170, III, 182, §2º, 184, 186 da CRFB, arts. 5º, 7º, 8º do Estatuto da Cidade, art. 2º do Estatuto da Terra, e art. 2.035 do Código Civil, em razão da *socialidade* do seu conteúdo.

Ao lado função social da propriedade se faz presente *função social da posse*, sempre qualificada por alguma situação fática: trabalho, habitação ou construção, como ocorre nos casos da: i) usucapião de imóvel rural, art. 1.239 (posse qualificada pelo trabalho e habitação); ii) usucapião de

imóvel urbano, art. 1.240 (posse qualificada pela habitação); iii) desapropriação judicial do art. 1.228, parágrafos 4º e 5º (posse qualificada pela realização de obras e serviços por considerável número de pessoas).

No caso dos indígenas, tem-se presente uma qualificação simultânea da posse pelas circunstâncias fáticas de trabalho, pela habitação e pelo imperativo de sua reprodução física e cultural (CRFB, art. 231).

As causas imediatas dos conflitos interétnicos estão ligadas aos movimentos de etnogêneses, nos quais os grupos se organizam para uma reconfiguração identitária reivindicando áreas que em um passado remoto pertenceram aos seus ancestrais, ou ainda quando pretendem ampliar áreas já demarcadas. A ampliação de área foi vedada pela condicionante n. 17 no julgamento da Pet. 3.338/RR (STF).

A disputas se iniciam como uma mera *pretensão* ou reivindicação de delimitação junto ao órgão de assistência (Funai) de uma determinada área e não propriamente de um *direito possessório indígena*, que somente será reconhecido ou declarado ao final do procedimento administrativo, submetido ao contraditório.

Demanda possessórias se assemelham a *litígios estruturais*, em que se exigem soluções além das relações lineares entre as partes ou do sistema processual binário, de subordinação e congruência entre o pedido e a sentença, cujo julgamento impõe novos padrões de atuação e flexibilidade na adequação da decisão àquilo que exija a situação concreta.

Por não haver no direito positivo brasileiro normas específicas de resolução de conflitos estruturais coletivos pela posse da terra de elevada complexidade, o julgador deve utilizar os mecanismos existentes no ordenamento processual, adaptando-os conforme as vicissitudes do caso concreto.

A lei processual civil reconhece apenas três espécies de ações possessórias, a *reintegração de posse*, a *manutenção de posse* e o *interdito proibitório*, tendo em comum o *fato jurídico posse*, não só como causa de pedir, mas também o pedido. O âmbito de discussão se restringe exclusivamente ao direito de possuir (*jus possessionis*), com vedação expressa a utilização do direito à posse (*jus possidendi*).

Ao lado das ações interditais *stricto sensu* o legislador incluiu um raro exemplo de dispensa da jurisdição Estatal, prevendo a autotutela, concedendo ao ofendido o direito a legítima defesa e desforço imediato, com o fim de garantir o *status* de sua posição possessória (CC, 1.210, § 1º).

A autotutela também pode ser utilizada nos conflitos possessórios coletivos multitudinárias, porém com um redimensionamento diferenciado, a fim de que não atinjam proporções de descontrole da situação fática, sendo curial a imediata comunicação à autoridade policial competente.

Nas áreas ainda não demarcadas, as ações intentadas pelo possuidor ou proprietário ou possuidor em face em face das comunidades indígenas, terão como causa de pedir o direito à posse (*jus possessionis*). Quanto ao proprietário não possuidor, somente em ação petítória (*jus possidendi*) poderá pleitear a restituição do imóvel, vedada a utilização das possessórias típicas. Nas áreas já demarcadas, tanto a União (proprietária/possuidora indireta) como a comunidade nativa poderão proteger a sua posse usufrutuária (direta) com base no *jus possessionis* e ou no *jus possidendi*, conforme queiram se utilizar dos interditos ou da ação petítória.

Ajuizada a demanda possessória em conflito de terras sem demarcação concluída, a comunidade indígena na condição de ré, não pode alegar em sua defesa ou no pedido contraposto, matéria relativa a ocupação tradicional, que traz intrínseca matérias relativa ao domínio, incidindo nesse caso a vedação da *exceptio proprietatis* (CC, art. 1210, §2º e NCPC, art. 558) devendo limitar-se apenas em comprovar a existência do renitente esbulho.

Conquanto possa se interpretar a possibilidade de concentrar em um mesmo processo a discussão da posse e domínio (NCPC, art. 327), a primeira não pode ser confrontada com o segunda, caso em que deverá co-existir capítulos estanques, um para o petítório e outro para o possessório, cada uma com o seu fundamento próprio.

A usucapião indígena pode ser alegada em matéria de defesa (Súmula 237 do STF), embora tal hipótese seja de difícil configuração, uma vez que a própria condição étnica esteja associada a uma ideia de coletividade e não ao índio individualmente considerado.

A nota distintiva que justifica a especialidade procedimental nas ações possessórias de *força nova espoliativa* é a possibilidade de a parte autora obter um provimento liminar com requisitos próprios, sem oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), situação que, em regra, não se admite no procedimento comum.

Para concessão da medida liminar nas ações interditais possessórias não se exige prova pré-constituída da posse, pois se trata tão so-

mente de juízo sumário, não exauriente.

Nos conflitos coletivos indígenas o Autor pode comprovar sua posição possessória por meio de prova documental. Exemplo de documentos para esse fim são: comprovante de pagamento de impostos (ITR), contribuições sociais (INSS e FGTS), Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), Cadastro Ambiental Rural (CAR), contrato de financiamento bancário rural, arquivos de áudio, vídeo, fotografias, mapas, croquis, imagens obtidas na *internet*, relacionados à sua atividade produtiva, dentre outros. A apresentação de escritura pública, ou qualquer outro documento de compra e venda do imóvel isoladamente, é irrelevante para a comprovação possessória.

Havendo dúvida sobre a comprovação da posse, é obrigatória a designação de audiência de justificação, sendo vedado ao juiz indeferir a liminar sob fundamento de insuficiência da prova apresentada.

Demonstrados os requisitos para a concessão da liminar previstos no art. 561 do NCPC (posse, lesão e data) o provimento liminar deve ser concedido, não havendo flexibilidade para o magistrado agir com discricionariedade.

Na concessão da tutela possessória, o juiz deve privilegiar o *status quo* daquele que detinha o poder físico sobre a coisa, em respeito ao princípio do *quieta non movere* (não perturbar o que está tranquilo), que permeia toda a legislação de regência da matéria, em especial o art. 1.211 do Código Civil.

A exigência de oitiva previa da União e da Funai em causas que envolvem interesses dos índios, previstas no Estatuto do índio (art. 63) busca tão somente estabelecer contraditório no juízo de cognição sumária, mas não impede a concessão da tutela liminar possessória. Em áreas ainda não demarcadas, fica dispensada a intimação da União, pois eventual decisão não repercute na esfera do seu interesse jurídico ou econômico.

A vedação legal de ajuizamento de ações de interdito contra demarcação de terras indígena previstas no art. 19, §2º do Estatuto de índio referem-se às ações possessórias *stricto sensu*, em fase posterior a demarcação. Não há impedimento de que o prejudicado possa reivindicar a coisa (imóvel rural) com fundamento no *jus possidendi*, ou ainda qualquer outra demanda não-possessória. O referido dispositivo, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, incisos XXXV).

O disposto no art. 25 do Estatuto do índio, de que o reconhecimento de terras indígenas independe da demarcação, não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, pois a certificação da área como de ocupação tradicional só ocorre após homologação do Presidente da República. A desintusão dos não-índios antes de ultimada todas as fases do procedimento de demarcação, constitui grave violação do devido processo legal e do direito fundamental à propriedade privada.

Atendendo às dificuldades procedimentais nos conflitos possessórios coletivos, o novo Código de processo civil previu uma forma especial de citação dos réus, ao tempo em que valorizou os atos de publicidade da demanda.

Nas ações possessórias não-coletivas ajuizadas após ano e dia da moléstia da posse (força velha), é possível a concessão tutela provisória, desde que presentes os requisitos da tutela possessória (NCPC, art. 561) e aqueles pertinentes a tutela de urgência ou evidência (NCPC, art. 300, 311).

Conquanto o art. 318, parágrafo único do NCPC permita expressamente a aplicação *subsidiária* dos institutos do procedimento comum ao procedimento especial, a utilização da técnica da tutela provisória deve ser utilizada apenas nos casos em que o *rito especial* não preveja a possibilidade de obtenção da tutela provisória (satisfativa).

A Constituição Federal reservou à Justiça Federal a competência para processar e julgar a *disputa de direitos indígenas* (art. 109, XI), tanto na esfera cível como criminal. A fixação da competência não exige que a disputa tenha necessariamente caráter coletivo, mas sim por estar imbricada aos direitos individuais ou coletivos tipicamente indígenas, ou seja, relacionados com a sua condição ou identidade étnica, como aqueles previstos nos arts. 209, §2º, 215, §1º, 216, 231, 232 da Constituição Federal.

No plano processual, e em razão do regime tutelar ainda vigente, a defesa dos direitos indígenas é atribuição institucional da Funai e do Ministério público Federal (MPF), que possuem legitimação extraordinária no que tange a direitos indígenas. A atuação da AGU deve se limitar aos casos em que ocorre direta ou indiretamente o seu interesse jurídico, atuando na condição de litisconsorte. O MPF pode atuar como substituto processual, *custos legis*, assistente simples ou *amicus curiae*. A DPU está legitimada a promover ação civil pública para defesa de direitos e interesses

de grupos indígenas, tendo em vista que a hipossuficiência econômica é presumida, não sendo esta uma prerrogativa exclusiva do MPF.

A legitimidade das comunidades indígenas para a defesas de seus direitos previstas no art. 232 da Constituição Federal, referem-se tão somente à capacidade *de ser parte* e à *legitimidade para a causa*, não abrangendo a *capacidade processual*, tendo em vista que permanecem sob o regime tutelar, a exigir intervenção integrativa pelo órgão de assistência (Funai).

A comunidade indígena é representada em juízo pelo Cacique (Tuxaua). Havendo dúvida sobre tal representatividade, deverá ser intimado o órgão de assistência para assegurar tal condição, sem prejuízo da comprovação do cacicado por qualquer meio permitido em direito, em especial a prova pericial antropológica.

As liminares possessórias, embora contenham carga substantiva (mérito), desafiam recurso de agravo de instrumento (NCPC, art. 1.115, I), posto que configuram espécie do gênero das *tutelas provisórias*. Quanto à impugnação da sentença, executiva *lato sensu* ou mandamental, deve ser manejado o recurso de apelação (NCPC, art. 1.009), inclusive quanto há decisão que confirma, concede ou revoga, a liminar no mesmo momento (NCPC, art. 1.013, §5º).

Conforme doutrina majoritária, o recurso de apelação em ação possessória deve ser recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo.

As sentenças proferidas em ações possessórias podem ter eficácia imediata em duas circunstâncias: *ope legis*, na hipótese da liminar ser confirmada por ocasião da sentença (art. 1.012, §1º, inciso V) ou *ope judicis*, quando a parte autora demonstrar relevância na fundamentação (*fumus boni iuri*), risco de dano grave (*periculum in mora*) ou de difícil reparação (NCPC, art. 1.012, §§3º e 4º).

Em razão de sua natureza temporária, as liminares possessórias só perduram até o advento da sentença (tutela definitiva), em razão do efeito substitutivo da decisão definitiva. A decisão que confirma a liminar por ocasião da sentença, proferida em juízo exauriente, se mantém hígida até ser modificada na instância superior.

A decisão unipessoal ou colegiada proferida em agravo de instrumento, confirmando ou revogando a liminar possessória concedida na primeira instância, perde o objeto (*rectius* utilidade) com o advento da sentença, ten-

do em vista a substituição do juízo de cognição sumária pelo exauriente.

No regime especial as ações possessórias imobiliárias, após deferimento da liminar ocorre a expedição automática do mandado (NCPC, art. 562) em razão da força executiva *lato sensu* das ações interditais, determinando desocupação (imóvel) na reintegração ou abstenção de atos de perturbação no caso de pedido de manutenção, a fim de se restabelecer *status quo ante*.

A recalcitrância no descumprimento das ordens judiciais de reintegrações em conflitos multitudinários, em especial nos conflitos indígenas, ensejam a aplicação de medidas executiva atípicas, máxime quanto a aplicação da multa e sanções penais se mostrarem inócuas.

O NCPC autoriza de forma genérica que o juiz, na condução do processo, adote *todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias* ou outras medidas que considerar adequadas e necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, decisão ou sentença.

As medidas genéricas do NCPC não excluem as providencias típicas do procedimento possessório, ou seja, as *medidas necessárias e adequadas* para impedir *nova turbção* e esbulho ou para que se dê *cumprimento a tutela provisória* ou final (art. 555, parágrafo único, I e II). As medidas atípicas descrita no NCPC são elencadas de modo exemplificativo.

Na atividade judicial que determina medidas atípicas para assegurar o cumprimento da ordem judicial, não há adstrição do pedido à sentença, ficando excepcionado o *princípio da congruência*.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABORÍGENES da Austrália. Disponível em: <http://www.portaloceania.com/au-life-aborigenes-port.htm>. Acesso em: 28 ago. 2015.
- ABRÃO, Paulo de Tarso Siqueira. Arts. 226 a 232. In: MACHADO, Costa; FERRAZ; Anna Cândida da Cunha (Orgs.). *Constituição Federal de 1988 interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. São Paulo: Manole, 2010, p. 1112-1228.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGUIAR JÚNIOR, Ministro Ruy Rosado de (Org.). *Jornadas de Direito Civil I, III e IV: enunciados aprovados*. Brasília: CJF; CEJ, 2007. Disponível em: <http://goo.gl/pRR8oE>. Acesso em: 10 set. 2015.
- ALARCON, Daniela Fernandes. A forma retomada: contribuições para o estudo das retomadas de terras, a partir do caso tupinambá da Serra do Padeiro. *Ruris*, v. 7, n. 1, p. 99-126, mar. 2013. Disponível em: <http://goo.gl/OEMDNp>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- ALEMANHA. Bundesministerium Für Wirtschaftliche Zusammenarbeit Und Entwicklung. *Deutschenschaft für Technische Zusammenarbeit*. Disponível em: <http://goo.gl/WJuMdm>. Acesso em: 27 ago. 2015.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. V. I.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Defesa da posse e ações possessórias. *Revista de Processo*, v. 29, n. 114, p. 9-66, mar./abr. 2004.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. V. 2.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; COUTO, Mônica Bonetti. *Comentários ao código civil brasileiro: do direito das coisas: arts. 1196 a 1.224: comentários coordenados por Arruda Alvim, Thereza Alvim e Alexandre Laizo Clápis*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V. XI, Tomo II.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRÉ, André Luiz Pedro. As ordenações e o direito privado brasileiro. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, v. 3, p. 1-19, 2007. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/73344468/As-ordenacoes-do-Reino>. Acesso em: 10 ago. 2015.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil*. 2009. 823 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Financeiro, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009a. Disponível em: <http://goo.gl/mtsutW>. Acesso em: 8 ago. 2015.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Artigos 231 e 232: art. 231: dos índios. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Orgs.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009b, p. 2399-2428.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Posse*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. *Revista de Processo*, v. 38, n. 225, p. 389–410, nov. 2013. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20140707125902.pdf Acesso em: 8 ago. 2015.

ARISTOTELES. *Política*. 3 ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 1997.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPELL, Vitor Frederico. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE AÇÃO INDIGENISTA (ANAI). *Quem somos*. Disponível em: www.anai.org.br. Acesso em: 14 ago. 2015.

AVES, Antônio José Lopes. A propriedade privada como a realização e o avesso da liberdade: Hegel e Marx. *Verinotio – Revista On-line de Educação e Ciências Humanas*, ano IV, n. 8, mai. 2008. Disponível em: <http://www.verino->

tio.org/conteudo/0.19602501224356.pdf. Acesso em: 20 mar. 2015.

BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, ano 51, n. 190, p. 127-141, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21410.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BARBOSA, Marco Antonio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: Instituto do Indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. *Revista Eletrônica História em Reflexão, Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD)*, Dourados, v. 1, n. 2, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://goo.gl/rpZtFY> . Acesso em: 28 ago. 2015.

BARBOSA, Marco Antonio. . *Direitos indígenas na Constituição brasileira*. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. Doutrinas essenciais: direitos humanos. Grupos Vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. IV.

GIL, Antonio Hernández. *Función Social de la Posesión* (Ensayo de teorización sociológico-jurídica), Madrid: Alianza Editorial, 1969.

BARBOSA, Carla Gonçalves Antunha; BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. Direito à diferença na sociedade de informação: os direitos indígenas na Constituição brasileira. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 10, v. 20, p. 43-65, 2007.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. As etnogêneses: velhos atores e novos papéis no cenário cultural e político. *Mana*, v. 12, n. 1, p. 39-68, abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/mana/v12n1/a02v12n1.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BEAUDOIN, Gerald A. *Delgamuukw case*. 2 jul. 2006. Disponível em: <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/delgamuukw-case/>. Acesso em: 16 out. 2015.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIBLIOTECA NACIONAL DO RIO DE JANEIRO. Anais da Biblioteca

Nacional do Rio de Janeiro. Divisão de Obras Raras e Publicações. *Livro Grosso do Maranhão – 1ª Parte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948. V. 66. Disponível em: http://objdigital.bn.br/acervo_digital/anais/anais_066_1948.pdf. Acesso em: 3 ago. 2015.

BOCHENEK, Antônio Cesar. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Brasília: Conselho da Justiça Federal (CJF), 2013. (Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários – CEJ; 15).

BOLÍVIA. Asamblea Constituyente de Bolivia. Congreso Nacional. *Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz, octubre 2008. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/constitucion2009.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BOMBARDI, Fernanda Aires. Políticas indígenas e indigenistas: descimentos particulares de índios na Amazônia colonial (1680-1747). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 26., 2011, São Paulo. *Anais...* São Paulo: ANPUH-SP, 2011. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/ihb/SNH2011/TextoFernandaAiresB.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país colonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRANDÃO, Assis. O estado de natureza e o contrato em Hobbes. *Perspectiva Filosófica*, v. 1, n. 25, p. 29-50, jan./jun. 2006. Disponível em: https://www.ufpe.br/ppgfilosofia/images/pdf/pf25_artigo20001.pdf. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. CLBR, 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854. Manda executar a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. *Coleção das Leis Império do Brasil – 1854*, Tomo XV, Parte 2, p. 10. 1854. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1318.htm. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*,

Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910. Crêa o Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e approva o respectivo regulamento. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 24 jun. 1910. Seção 1, p. 4788. Disponível em: <http://goo.gl/Smnf6O>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Decreto lei n. 5.484, de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos índios nascidos no território nacional. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 14 jul. 1928. Seção 1, p. 17125. Disponível em: <http://goo.gl/xI5zSN>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Decreto n. 736, de 6 de Abril de 1936. Aprova, em carater provi-sório, o Regulamento do Serviço de Protecção aos Índios. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 7 mai. 1936, Seção 1, p. 9620 (Publicação Original). Disponível em: <http://goo.gl/EmFnX6>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brazil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Artigo 859, do Código Civil. Prioridade de transcrição. Artigo 524, do Código Civil. Carta de arrematação. Usucapião. Pode ser oposto como defesa independentemente de sen-

tença anterior, que o declare. Justo título. Recurso Extraordinário n. 8.952/MG. Olímpio Soares de Vasconcelos e sua mulher, e Alceu Evangelista e sua mulher. Relator: Min. Orosimbo Nonato. Acórdão 6 jul. 1948. DJ, 19 ago. 1948. Disponível em: <http://goo.gl/FmnCjW>. Acesso em: 1 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 237. 1964a. In: BRASIL. *Súmula do STF*. Brasília, STF. Disponível em: <http://goo.gl/WmpMzH>. Acesso em: 8 set. 2015.

BRASIL. Súmula n. 405. 1964b. In: BRASIL. *Súmula do STF*. Brasília, STF. Disponível em: <http://goo.gl/8OmTi7>. Acesso em: 8 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jan. 1967a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-Lei n. 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 fev. 1967b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Constituição de 1967. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 out. 1969a. Disponível em: <http://goo.gl/f6PnMn>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Súmula n.º 487. 3 dez. 1969b. In: BRASIL. *Súmula do STF*. Brasília, STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 8 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 dez. 1973a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 fev. 1973b.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 2.328/1970. Dispõe sobre o Estatuto do Índio tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela constitucionalidade e juridicidade e, no mérito, pela aprovação com substitutivo. *Diário do Congresso Nacional*. Brasília, ano XXVIII, n. 15, p. 410-417, 28 mar. 1973c. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28MAR1973.pdf#page=14>. Acesso em: 8 dez. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Redação. *Projeto de Lei n. 2.328/1970*. Brasília, 12 abr. 1973d. Disponível em: <http://goo.gl/iWQmAB>. Acesso em: 8 dez. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Emendas do Senado ao Projeto de Lei n. 2.328-C, de 1970, que "Dispõe sobre o Estatuto do Índio"; tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela constitucionalidade e juridicidade*. Brasília, 23 nov. 1973e. Disponível em: <http://goo.gl/9xqF30>. Acesso em: 8 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação possessória. Compromisso de compra e venda. Cláusula resolutória expressa. Desnecessidade de previa ou concomitante ação de rescisão de compromisso para a procedência do pedido de reintegração na posse. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE 77238-SP. Atílio Matarazzo e Cosmo Sabatini. Relator: Min. Rodrigues Alckmin. Julgamento: 13 set. 1974. DJ, 4 out. 1974. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/710597/recurso-extraordinario-re-77238-sp>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade. Terras. Domínio Originário do Estado ou da União. Decreto n. 84.337, que fixa os limites da Reserva Indígena "Parabubure". Reclamação de titulares de domínio de glebas que estariam alcançadas pela referida fixação. Mandado de Segurança contra o Presidente da República, expedidor do Decreto. Inviabilidade do pedido, por exigir o exame da matéria de fato controvertido. Mandado de Segurança nº 20.235/MT. Claudino Pizzatto e outros/ e Presidente da República. Relator: Min. Cunha Peixoto. Acórdão 4 jun. 1980. DJ, 1º jul. 1980. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85038>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Suplemento especial ao n. 185, p. 4, 26 set. 1986. Disponível em: www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 2 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso extraordinário. Ação ordinária de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda cumulada com reintegração de posse julgada parcialmente procedente na instância a quo. Reconvencção. Recursos interpostos por ambas as partes. RE 114068-SP. Relator: Min. Celio Borja. Julgamento: 29 set. 1987. DJ, 30 out. 1987. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14677128/recurso-extraordinario-re-114068-sp>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 fev. 1993a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 mai. 1993b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jan. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Decreto n. 1.671, de 11 de outubro de 1995. Promulga o Acordo sobre Cooperação Financeira para o Empreendimento “Projeto Integrado de Proteção das Terras e Populações Indígenas da Amazônia Legal/Demarcação de Terras Indígenas”, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, de 06 de abril de 1995. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1995a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1671.htm. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 140. 18 mai. 1995b. In: BRASIL. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília, STJ. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1995c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processo civil. Ação rescisória, resolução e compromisso de compra e venda de imóvel cumulada com reintegração na posse e perdas e danos. Propositura pelo réu revel. Possibilidade. âmbito restrito. Alegada ausência de prestação jurisdicional. Inocorrência. Aforismos iura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius. Não incidência da regra de competência absoluta do art. 95, CPC. Prescindibilidade de convocação de ambos os cônjuges para as ações possessórias. CPC, art. 10. Interpelação prévia (art. 1. do DL 745/69) – Adoção, pela decisão rescindenda, de orientação jurisprudencial prevalente à

época. Enunciado sumular (n. 76/STJ). Documento novo. Não caracterização. Recurso desacolhido. REsp 19992-SP (1992/0006070-6). Luis Barbieri e cônjuge, e Antônio Pipolo e outros. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 13 mar. 1995. DJ, 17 abr. 1995d. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20079874/recurso-especial-resp-19992-sp-1992-0006070-6>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jan. 1996a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil. Recurso especial fundado na alínea “a” do permissivo constitucional prequestionamento da questão federal suscitada para esta corte. Imprescindibilidade. Aplicação da orientação consubstanciada nos verbetes n. s 282 e 356 da súmula do STF. Recurso não conhecido. REsp 70.653-SP (95.036649-5). Fazenda do estado de São Paulo e Baby Boi Churrascaria e Restaurante Ltda. Relator: Min. Adhemar Maciel. Julgamento: 17 set. 1996. DJ, 14 out. 1996b. Disponível em: <https://goo.gl/m3eRH0>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual. Recurso especial. Questão constitucional. Embargos declaratórios. Em recurso especial não se discutem questões sediadas na Constituição Federal. Os embargos declaratórios não servem para reabrir discussão, quando não se imputa ao acórdão qualquer omissão ou contradição. REsp 77.275-SP (1995/0054283-8). Estado de São Paulo (Fazenda estadual) e Cobrasma S/A. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 15 fev. 1996. DJ, 18 mar. 1996c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/acordaos/?classe=30%23%7C%23RESP&num_processo=&num_registro=199500542838&dt_publicacao=18%2F03%2F1996. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel cumulada com pedido de reintegração de posse. Indenização pelas construções e benfeitorias. Direito de retenção. Pendentes da corte. Recurso especial conhecido

parcialmente e, nessa parte, provido. REsp 51794-SP (1994/0022984-4). Duquesne Comercial e Imobiliária Ltda. e Pedro Pereira da Silva. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 3 set. 1996. DJ, 11 nov. 1996d. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19950173/recurso-especial-resp-51794-sp-1994-0022984-4>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil. Resolução de compromisso de compra-e-venda cumulada com reintegração na posse. Prescindibilidade de convocação de ambos os cônjuges. CPC, art. 10. Lei 8.952/94. Discussão superada. Recurso desprovido. REsp 34197-SP (1993/0010542-6). Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP e Almerindo Pereira da Cruz e Cônjuge. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 25 jun. 1996. DJ, 26 ago. 1996e. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/541773/recurso-especial-resp-34197>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Civil. Posse. Constituto possessório. Aquisição fictícia (CC, Art. 494-IV). Reintegração de posse. Cabimento. Comodato verbal. Notificação. Escoamento do prazo. Esbulho. Aluguel, taxas e impostos sobre o imóvel devidos. Recurso provido. REsp 143707-RJ 1997/0056354-5. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 25 nov. 1997. DJ, 2 mar. 1998. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517714/recurso-especial-resp-143707-rj-1997-0056354-5>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual civil. Agravo de instrumento. Art. 544 do CPC. Ação de usucapião. Antigo aldeamento indígena. Inexistência de interesse da união proclamada em jurisprudência reiterada. Precedentes deste Supremo Tribunal Federal: competência da justiça estadual para apreciação do feito. Incisos I e XI do art. 20, da Constituição Federal que não alcançam terras de aldeamentos extintos ante o teor da Súmula 650/STF. Ausência de prestação jurisdicional não verificada na espécie. Violação ao art. 93, IX, da CF. Inocorrência. RE 219983. Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ, 17 set. 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3159339&tipoApp=RTF>. Acesso em: 26 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Índio integrado à comunhão nacional. Condenação pelo crime do art. 213 do Código Penal. Decisão que estaria eivada de nulidades. Denegação de habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça. Renovação do pedido perante esta corte, à guisa de recurso. Habeas corpus apenas parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido. Habeas Corpus (HC) 79.530/PA. Bênkary Kayapó ou Paulinho Paiakan. Luís Francisco da S. Carvalho Filho e outro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. Julgamento: 16 dez. 1999. DJ, 25 fev. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78092>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Constitucional. Processual. Homicídio praticado contra indígena em razão de disputa de terras. Competência: Justiça Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive. RE 270.379-MS. Edina da Silva Souza ou Edna da Silva Souza e outro, Luiz Eduardo Greenhalgh e outros, Líbero Monteiro de Lima, Renê Siufi, Fundação Nacional do Índio, Vitório Constantino e Ministério Público Federal. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 17 abr. 2001. DJ, 29 jun. 2001a. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777659/recurso-extraordinario-re-270379-ms>. Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reintegração de posse cumulada com perdas e danos. Comodato. Prova. Indenização. Inexistência de julgamento extra petita. Peça exordial que expõe, de modo suficientemente claro, o pleito referente às perdas e danos. Recurso especial não conhecido. REsp. n. 276269-RJ. Julgamento: 14 ago. 2001. DJ, 19 nov. 2001b. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7865826/recurso-especial-resp-276269-rj-2000-0090530-5-stj>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reintegração de posse. Comodato. Prazo indeterminado. Notificação. Tratando-se de comodato por prazo indeterminado, para a restituição do bem é suficiente a notificação do comodatário, conforme, aliás, estabelecido em contrato. Empréstimo do imóvel para uso temporário, a critério dos comodantes. Recurso especial não conhecido. REsp. n. 236454-MG. Relator: Min.

Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 26 abr. 2000. DJ, 11 jun. 2001c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8016739/recurso-especial-resp-236454-mg-1999-0098494-3-stj>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processo Civil e Direito Civil – Contrato: Cláusula Resolutiva Expressa – Inadimplemento X Reintegração. 1. O contrato com cláusula resolutiva expressa, para ser rescindido por inadimplemento, dispensa rescisão formal pelo Judiciário. 2. Ação de reintegração, com pedido de liminar, que deve ser examinada sem o óbice da rescisão. 3. Recurso especial provido. REsp 64170-SP 1995/0019368-0. Relator: Min. Eliana Calmon. Julgamento: 15 ago. 2000. DJ, 5 mar. 2001d. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8058881/recurso-especial-resp-64170-sp-1995-0019368-0-stj>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil. Mandado de segurança. Demarcação de terras indígenas. Posses outorgadas pelo INCRA. Despacho do Ministro da Justiça N. 38/96. 1. O ato Ministerial impugnado desobedeceu as prescrições do Decreto 22/91 e desconsiderou os Decretos Presidenciais 67.557/70 e 68.443/71, consoante os quais a área objeto do presente mandado de segurança foi declarada de interesse social, para fins de reforma agrária, delas não podendo ser desapossadas as inúmeras famílias ali assentadas pelo INCRA, desde 1982. 2. Segurança concedida para, confirmando a liminar, anular o Despacho n. 38/96. Mandado de Segurança n. 4.821/DF. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgamento: 18 fev. 2002. DJ, 10 jun. 2002a, p. 131. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600702942&dt_publicacao=01-03-1999&cod_tipo_documento=1&formato=PDF. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a

Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jul. 2002c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10480.htm. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. Ministério da Cultura. Fundação Biblioteca Nacional. Departamento Nacional. *A carta de Pero Vaz de Caminha*. Arquivo criado em 15 abr. 2002d. Disponível em: http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/livros_eletronicos/carta.pdf. Acesso em: 13 set. 2015.

BRASIL. Súmula n. 650. 24 set. 2003. In: BRASIL. *Súmula do STF*. Brasília, STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 8 set. 2015.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n.º 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 abr. 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reintegração de posse. Liminar. Área ocupada por famílias carentes. Requisitos satisfeitos. Citação dos cônjuges. Identificação dos invasores. Individualização da área. Tratando-se de ação pessoal, prescindível é a citação dos cônjuges. Em caso de ocupação de terreno urbano por milhares de pessoas, é inviável exigir-se a qualificação e a citação de cada uma delas (AgRg na MC n. 610/SP). Área objeto da ação perfeitamente individualizada. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Ainda que porventura se cuide de imóvel urbano ocioso, é inadmissível a sua ocupação por famílias carentes de modo unilateral, com o objetivo de ali instalar as suas moradias. Comprovados a posse da autora e o esbulho, encontram-se preenchidos os pressupostos do art. 927 do Código de Processo Civil. Aplicação também neste item da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar n.870-MG e cassada a liminar ali deferida. Recurso Especial n. 154.906-MG (1997/0081257-0). Relator: Ministro Barros Monteiro. Julgamento: 4 mai. 2004. DJ, 2 ago. 2004b. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19526867/recurso-especial-resp-154906-mg-1997-0081257-0>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil. Ação civil pública. Tutela de direitos transindividuais. Meio ambiente. Competência. Repartição de atribuições entre o Ministério Público Federal e Estadual. Distinção entre competência e legitimação ativa. Critérios. Recurso especial provido. Recurso Especial n. 440.002-SE (2002/0072174-0). Ministério Público Federal e Francisco Matias dos Santos e Cícero Pereira da Silva. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento: 18 nov. 2004. **DJ**, 6 dez. 2004c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19526867/recurso-especial-resp-154906-mg-1997-0081257-0>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reintegração de posse. Imóvel invadido por terceiros. Impossibilidade de identificação dos ocupantes. Indeferimento da inicial. Inadmissibilidade. Citação pessoal dos ocupantes requerida pela autora, os quais, identificados, passarão a figurar no pólo passivo da lide. Medida a ser adotada previamente no caso. Há possibilidade de haver réus desconhecidos e incertos na causa, a serem citados por edital (art. 231, I, do CPC). Precedente: REsp n. 28.900-6/RS. Recurso especial conhecido e provido. Recurso Especial n.º 362365-SP (2001/0110517-2). Relator: Ministro Barros Monteiro. Julgamento: 3 fev. 2005. **DJ**, 28 mar. 2005a. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7230770/recurso-especial-resp-362365-sp-2001-0110517-2>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil e tributário. Imposto de renda. Agravo de instrumento. Recurso especial. Superveniência de sentença na ação. Perda de objeto. Agravo regimental não provido. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg no REsp 727234-AL (2005/0028771-7). Fazenda Nacional e José Antônio Caxias e outros. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgamento: 19 mai. 2005. **DJ**, 6 jun. 2005b. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/85520/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-727234-al-2005-0028771-7>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual Civil e Administrativo. Fornecimento de medicamentos – art. 461, § 5º do CPC. Bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial. Possibilidade. Recurso

especial provido. L. da S. F. (menor) e estado do Rio Grande do Sul. REsp 820.674-RS (2006/0034569-5). Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento: 18 mai. 2006. **DJ**, 14 jun. 2006a. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7157361/recurso-especial-resp-820674-rs-2006-0034569-5>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Preservação da saúde e fornecimento de remédios. Bloqueio de verbas públicas. Possibilidade. Art. 461, § 5º, do CPC. Inexistência do apontado dissenso pretoriano. Precedentes. Embargos de divergência não-providos. Estado do Rio Grande do Sul e Fúlvio do Nascimento. Embargos de divergência em Recurso Especial n. 770.969-RS (2005/0190161-9). Relator: Min. José Delgado. Julgamento: 28 jun. 2006. **DJ**, 21 ago. 2006b. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147287/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-770969-rs-2005-0190161-9>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ação civil pública. Proteção ao meio ambiente. Obrigação de fazer. Tutela específica. Impossibilidade. Perdas e danos. Município de São Bernardo do Campo e Ministério Público do Estado de São Paulo. Recurso Especial n.º 332.772-SP (2001/0091333-3). Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 4 mai. 2006. **DJ**, 28 jun. 2006c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7153018/recurso-especial-resp-332772-sp-2001-0091333-3/relatorio-e-voto-12872534>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Administrativo. Terras indígenas. Demarcação. Art. 63 da lei n. 6.001/73. Necessária oitiva do Ministério Público. 1. O art. 63 da Lei n. 6.001/73 determina que “nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio”. Assim, deve ser anulada a decisão que concedeu liminar de reintegração de posse de terras em processo de demarcação sem atentar para a regra insculpida nesse dispositivo legal. 2. Prejudicada a análise do mérito da liminar concedida. 3. Recurso especial provido. Recurso Especial n. 840.150-BA (2006/0085285-4). Relator: Ministro

Castro Meira. Julgamento: 10 abr. 2007. DJ, 23 abr. 2007a. Disponível em: <https://goo.gl/fyQnvN> . Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jan. 2007b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111448.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso especial. Conta-corrente. Saldo devedor. Salário. Retenção. Impossibilidade. Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será instituição privada autorizada a fazê-lo. REsp 831774-RS (2006/0066849-1). Banco Itaú S/A e Vinícius Gehring Capelari. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 9 ago. 2007. DJ, 29 out. 2007c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19216058/recurso-especial-resp-831774-rs-2006-0066849-1/inteiro-teor-19216059>>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Competência criminal. Conflito. Crime praticado por silvícolas, contra outro índio, no interior de reserva indígena. Disputa sobre direitos indígenas como motivação do delito. Inexistência. Feito da competência da Justiça Comum. Recurso improvido. RE 419.528-PR. Ministério Público Federal, João Albino Nato, Nilson Lourenço, Juízo Federal da Vara Criminal de Londrina, Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Ortigueira-PR. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 3 ago. 2006. DJ, 9 mar. 2007d. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760102/recurso-extraordinario-re-419528-pr>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Coordenação de Comissões Permanentes. *Proposta de Emenda à Constituição* (PEC) n.º 282 (Sr. Beto Faro). 2008a. Dá nova redação ao § 6º do art. 231 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=80A4713EFB5AC29905F18C2ECA78F71E.node1?

codteor=590647&filename=Avulso+-PEC+282/2008. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil. Agravo regimental. Fornecimento de medicamentos pelo estado. Descumprimento da decisão judicial de antecipação de tutela. Bloqueio de verbas públicas. Medida executiva. Possibilidade, *in casu*. Pequeno valor. Art. 461, § 5.º, do CPC. Rol exemplificativo de medidas. Proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana. Primazia sobre princípios de direito financeiro e administrativo. Novel entendimento da e. Primeira turma. Agravo Regimental desprovido. Estado do Rio Grande do Sul e Dolores Salton. AgRg no REsp 1002335/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 21 ago. 2008. **DJe**, 22 set. 2008b. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1002335_RS_21.08.2008.pdf?Signature=uz%2B9GNggfUCp8BFxFBpjToK2asU%3D&Expires=1460637776&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b17d76ab743aa1178ad83a6d5da8959d. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Direito administrativo e processual civil. Agravo regimental. Fornecimento de remédios. Aplicação de multa diária. Possibilidade. Art. 461, *caput* e 5º, do CPC. Agravo regimental não provido. Estado do Rio Grande do Sul e KSB. AgRg no Recurso Especial n. 1.046.283-RS (2008/0070270-9). Relator: Min. Castro Meira. Julgamento: 19 jun. 2008c. **DJe**, 06 ago. 2008. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790356/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1046283/inteiro-teor-12800664>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pacientes pronunciados pela suposta prática dos delitos de: quadrilha ou bando armado (CP, art. 288, parágrafo único); tentativa de homicídio qualificado pelo cometimento mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe [CP, art. 121, § 2º, I, *c/c* art. 14, II (tentativa)]; constrangimento ilegal (CP, art. 146); lesão corporal (CP, art. 129); disparo de arma de fogo (Lei nº 9.437/1997, art. 10, § 1º, III); queima de fogos de artifício (Decreto-Lei n. 3.668/1941, art. 28); e tortura (Lei nº 9.455/1997, art. 1º). Ordem deferida sob duplo fundamento: falta de fundamentação da custódia cautelar e excesso de prazo desde o decreto de prisão preventiva. HC 91.121-MS. Estevão Romero, Carlos Roberto

Dos Santos, Jorge Cristaldo Insabralde, José Antonio Ivo Del Vecchio Galli e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 6 nov. 2007. DJe, 28 mar. 2008d. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725483/habeas-corpus-hc-91121-ms>. Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. direito processual penal. nulidade do processo. competência da Justiça Federal. Art. 109, XI, CF. Habeas corpus. Decisão monocrática no STJ. Súmula 691, STF. Não conhecimento. HC não conhecido. Habeas Corpus n. 91.313-RS. Alex Sculczewski ou Alex Szulczewski, Carlos Schwanz, Rejana Maria Davi Becker e outro(a/s) e Relator do HC n. 77.280 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgamento: 2 set. 2008. DJe, 26 set. 2008e. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2915110/habeas-corpus-hc-91313-rs>. Acesso em: 9 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo- demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei nº 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e Legalidade da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação. Constitucionalidade. Revelação do regime constitucional de demarcação das terras indígenas. A Constituição Federal como estatuto jurídico da causa indígena. A demarcação das terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Inclusão comunitária pela via da identidade étnica. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas para a parte dispositiva da decisão. I. Ação não conhecida em parte. Pet 3.388 RR. Augusto Affonso Botelho Neto; Cláudio Vinícius Nunes Quadros; Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti; Antonio Glaucius de Moraes e Outros, e a União. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe n. 71, 17 abr. 2009a. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3817597/peticao-pet-3388>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388 RR. Augusto Affonso Botelho Neto; Cláudio Vinícius Nunes Quadros; Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti; Antonio Glaucius de Moraes e Outros, e a União. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe n. 181, 24 set. 2009b. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/PET_3388_RR_1278965727084.pdf?Signature=yTmLI6jvIL%2FWJxzQuUddA4gmkFA%3D&Expires=144-3319218&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=568b1d6e66cd907b26e4c57c3e833057. Acesso em: 17 ago. 2015.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 ago. 2009c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 dez. 2009d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n. 132, de 7 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 out. 2009e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp132.htm. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Decreto n. 7.177, de 12 de maio de 2010. Altera o Anexo do Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 mai. 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7177.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Portaria n. 839, de 18 de junho de 2010. Disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na

defesa de direitos indígenas. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 jun. 2010b. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/21537847>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento. Mérito. Agravo. Antecipação. Tutela. *Informativo de Jurisprudência*, n. 427, 15-19 mar. 2010c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2711066%27>. Acesso em: 13 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Embargos de divergência. Direito processual civil. Agravo de instrumento contra decisão que concede tutela antecipada. Superveniência de sentença de mérito confirmando a tutela. Perda do objeto. Inocorrência. Embargos de divergência rejeitados. EREsp 765105-TO 2007/0294006-6. Durval Lúcio da Costa e outro e Ubiratan Tadeu de Castro. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgamento: 17 mar. 2010. DJ, 28 ago. 2010d. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16828372/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-765105-to-2007-0294006-6>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Coordenação de Comissões Permanentes. *Proposta de fiscalização e controle n. 61*: do Sr. [deputado]. Luis Carlos Heinze. 14 dez. 2011a. Disponível em: http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=972599&filenome=Avulso+-PFC+61/2011. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Reintegração na posse. Sentença de procedência em processo em que deferida liminar. Efeito suspensivo do cumprimento do mandado de reintegração inexistente. Alegação, contudo, de novo esbulho, após cumprido o mandado. Matéria situada além da interpretação do art. 520, VII, do cód. de Proc. Civil. Recurso conhecido, mas, na situação concreta, improvido. Alaor Soranso e Selma Maria Lima de Souza e outros. Recurso Especial n.º 1.127.684 – PA (2009/0045024-6). Relator: Min. Sidnei Beneti. Acórdão: 11 out. 2011. DJe, 27 out. 2011b. Disponível em: http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1127684_PA_1326943898566.pdf?Signature=B0Ty%2FYai9sk7y83l8C%2Filj2Io%2BY%3D&Expires=1460596304&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-

-md5-hash=8f59a799e6aca90e157b351d86943468. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil. Recurso especial. Sentença proferida no processo principal. Cautelar. Cessação da eficácia. Art. 808, III, do CPC. Fazenda Nacional e OESP Gráfica S/A. Embargos de divergência em Recurso Especial EREsp 1.043.487-SP, (2009/0063261-9). Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Julgamento: 8 nov. 2011. DJe, 14 jun. 2011c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21116644/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1043487-sp-2009-0063261-9-stj/certidao-de-julgamento-21116647>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tribunal constitucional da Bolívia reconhece autonomia da justiça indígena*. 2012a. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=241307>. Acesso em: 28 set. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. *Proposta de fiscaliza o e controle n. 61*: do Sr. [deputado]. Luis Carlos Heinze. 23 mai. 2012b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=995528&filename=PRL+1+CAPADR+%3D%3E+PFC+61/2011. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Funda o Nacional do  ndio (Funai) e Tribunal Regional Federal da 1  Região. Suspensão de liminar e de sentença n. 1.493-BA (2011/0307247-9). Relator: Min. Ari Pargendler. Julgamento: 2 jan. 2012. DJe, 1 fev. 2012c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7153018/recurso-especial-resp-332772-sp-2001-0091333-3/relatorio-e-voto-12872534>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A o cível originária. A o de nulidade de títulos de propriedade sobre imóveis rurais situados no sul da Bahia em reserva indígena. A o Cível Originária 312/1982. Funai e estado da Bahia. Relator(a): Min. Eros Grau. Brasília/DF, 2 mai. 2012. DJe n. 54, 21 mar. 2013a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Processual civil. A o cautelar. Sentença proferida no processo principal. Cessa o da eficácia. Desnecessidade do trânsito em julgado. Art. 808, III, do CPC. Município

de Olinda e União. Recurso Especial n. 1.416.145 – PE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 21 nov. 2013. DJe, 29 nov. 2013b. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24707356/recurso-especial-resp-1416145-pe-2013-0367543-1-stj>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Competência – Artigo 109, incisos IV e XI, da Constituição Federal – indígenas. A competência da Justiça Federal não alcança situação concreta em que o conflito revela o fato de, em seio familiar, a genitora imprimir maus-tratos à filha, embora ambas sejam indígenas. Precedente: Recurso Extraordinário n.º 419.528, relator ministro Cezar Peluso. Ag.Reg. no Agravo de Instrumento 794.447-MG. Ministério Público Federal e B. M. (menor), representado por N. M. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 24 set. 2013. DJE, 21 nov. 2013c. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24657772/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-794447-mg-stf/inteiro-teor-112141754>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região. 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santarém (PA). Julgamento de pedidos do Ministério Público Federal e não provimento à pretensão de reconhecimento de Terra indígena. Ação Civil Pública n.º 2010.39.02.000249-0 e n. 2091-80.2010.4.01.3902. Autores: Ministério Público Federal e Associação Intercomunitária de Trabalhadores Agro-Extrativistas de Prainha e Vista Alegre do Rio Maró e outros. Réus: Fundação Nacional do Índio e União. Juiz Federal José Airton de Aguiar Portela. Sentença: 26 nov. 2014. e-DJF1 n. 237, 8 dez. 2014a. Disponível em: http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/Sentenca_TI_Maro.pdf. Acesso em: 9 set. 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. *Proposta de Fiscalização e Controle n.º 61/2011*: relatório. Relator: Deputado Lira Maia. 3 jun. 2014b. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1258876&filename=Parecer-CAPADR-03-06-2014. Acesso em: 9 set. 2015.

BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. XIV Encontro

Nacional, *Enunciados*. Florianópolis, dez. 2014c. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/enunciados/enunciados/>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região. Civil e processual civil. Ação de reintegração de posse. CPC art. 927. Requisitos. Demonstração. Danos materiais. União. Funai. Comunidade indígena pataxós. Responsabilidade solidária. Apelação Cível n. 2006.33.10.005255-0/BA. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Órgão sexta turma. Decisão: 20 out. 2014. eDJF, 31 out. 2014d. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/79265846/trf-1-31-10-2014-pg-1045>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *stricto sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: Definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: Art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública. Ação julgada improcedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3943/DF. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e União. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Decisão: 7 mai. 2015. DJe, 6 ago. 2015b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em: 9 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Dano material. Ressarcimento de danos causados por grupo indígena. Responsabilidade da união não reconhecida. Honorários advocatícios. Agravo em Recurso

Especial n. 757.324-SC (2015/0192966-0). Elio Devigilli e União. Relatora: Min. Regina Helena Costa. Decisão: 22 set. 2015. DJe, 28 set. 2015c. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/100944373/stj-28-09-2015-pg-2427/pdfView>. Acesso em: 25 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 jul. 2015d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres de. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/Roraima. Tribunal Pleno. 10 dez. 2008. Ação popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo- demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei n. 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e Legalidade da Portaria nº 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação.: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe n. 120, p. 364 e 365, 1º jul. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 28 ago. 2015.

BRONZATTO, Alexandre Novelli. *Ação executiva lato sensu*. 2006. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012412.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BROWN, Dee. *Enterrem meu coração da curva do rio*. Tradução de Geraldo Galvão Ferraz. Porto Alegre: L&PM, 2003. (Coleção L&PM pocket).

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUGALHO, Henry Alfred. *Carta de Colombo anunciando o descobrimento da América*. Disponível em: <http://advivo.com.br/blog/stanilaw-calandreli/carta-de-colombo-anunciando-o-descobrimento-da-america>. Acesso em: 13 set. 2015.

BULOS, Uadi Lammego. *Constituição federal anotada*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAFRUNE, Marcelo Eibs. Mediação de conflitos fundiários urbanos: do debate teórico à construção política. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 11, p. 197-217, 2010. Disponível em: <http://goo.gl/ApYtk5>. Acesso em: 13 dez. 2015.

CANADÁ. *Constitution Act*. 1982. Disponível em: <http://www.metisportals.ca/cons/wp-content/uploads/2009/02/constitution-act-1982.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

BRASIL. Le Juge en chef. *Delgamuukw v British Columbia*. 1997. Disponível em: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1997/1997canlii302/1997canlii302.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

CÁRMEN LÚCIA. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Legitimidade ativa da defensoria pública para ajuizar ação civil pública (art. 5º, inc. II, da lei n. 7.347/1985, alterado pelo art. 2º da lei n. 11.448/2007). Tutela de interesses transindividuais (coletivos *strito sensu* e difusos) e individuais homogêneos. Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: Definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: Art. 5º, incs. XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública. Ação julgada improcedente. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3943/DF. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e União. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Decisão: 7 mai. 2015. DJe, 6 ago. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261>. Acesso em: 9 dez. 2015.

CARMO, Aendria de Souza do. A proteção da confiança legítima e a reaplicação da súmula 584 do STF – IRPJ. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <http://goo.gl/7u86Q6>. Acesso em: 8 ago. 2015.

CENTRO DE ESTUDOS AMERÍNDIOS (CESTA). *Quem somos*. Disponível em: <http://200.144.182.130/cesta/index.php/apresentacao/quem-somos>. Acesso em: 14 ago. 2015.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). *Quem somos*. Disponível em: <http://www.trabalhoindigenista.org.br/quem-somos>. Acesso em: 14 ago. 2015.

CHAVES, Antônio. A condição jurídica do índio. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. *Doutrinas essenciais: direitos humanos. Grupos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. IV.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção processual da posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CINTRA, Jorge Pimentel. O mapa das cortes e as fronteiras do Brasil. *Boletim de Ciências Geodésicas*, Curitiba, v. 18, n. 3, p. 421-445, jul./set. 2012. Disponível em: <http://goo.gl/2XEspC>. Acesso em: 7 nov. 2015.

CODE de l'indigenat. Disponível em: http://www.axl.cefan.ulaval.ca/afrique/indigenat_code.htm. Acesso em: 10 ago. 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas – direito autoral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

COLAÇO, Thais Luiza. O direito nas missões jesuíticas da América do Sul. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 317-347.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Accion de tutela contra providencias judiciales – Requisitos generales y especiales de procedibilidad. Procedencia por violación directa de la Constitución, por cuanto en proceso penal por acceso carnal abusivo en contra de menor de edad perteneciente a la comunidad Embera-Chami, la competente es la jurisdicción indígena. Referencia: T- 3.948.488. *Sentencia T-921/13*. Relator: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013). Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>. Acesso em: 29 set. 2015.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO (CPI/SP). *Sobre a CPI/SP*. Disponível em: http://www.cpisp.org.br/html/sobre_cpi.html. Acesso em: 14 ago. 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. *A constituição mexicana de 1917*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em: 16 out. 2015.

CONSELHO DE MISSÃO ENTRE POVOS INDÍGENAS (COMIN). *Quem somos*. Disponível em: <http://comin.org.br/institucional>. Acesso em: 14 ago. 2015.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Quem somos*. Disponível em: http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=paginas&conteudo_id=5685&action=read. Acesso em: 27 ago. 2015.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Atuação: dimensões da atuação do Cimi*. Disponível em: http://www.cimi.org.br/site/pt-br/?system=paginas&conteudo_id=5688&action=read. Acesso em: 27 ago. 2015b.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2011*. 28 octubre 2011. Disponível em: http://www.infoamerica.org/primeralb_2011.pdf. Acesso em: 16 out. 2015.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Título original: *La Cité Antique – Étude sur Le Culte, Le Droit, Les Institutions de la Grèce et de Rome*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

COUTINHO, Leonardo; PAULIN, Igor; MEDEIROS, Júlia de. A farra da antropologia oportunista. *Revista Veja Especial*, n. 2163, p. 154-161, 5 mai. 2010. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/050510/farra-antropologia-oportunista-p-154.shtml>. Acesso em: 18 set. 2015.

CPI/AC – Comissão Pró-Índio do Acre. Disponível em: <https://goo.gl/h54mWj>. Acesso em: 14 ago. 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2011.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Definições de índios e comunidades indígenas nos textos legais. In: SANTOS, Silvio Coelho dos; WERNNER, Dennis; BLOEMER, Neusa Sens; NACKE, Aneliese (Orgs.). *Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos*. Florianópolis: Ed. UFSC; CNPq, 1985.

_____. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. (Coleção Agenda Brasileira).

DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (Org.). *Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowa no estado do Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2001.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão – 1789. 26 ago. 1789. In: FERREIRA FILHO, Manoel G. et. al. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://goo.gl/uwxi3k>. Acesso em: 29 set. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 33, n. 161, p. 9-20, jul. 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012a. V. 3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Ministério Público Federal e competência da Justiça Federal*. 14 jun. 2012b. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/artigos/ministerio-publico-federal-e-competencia-da-justica-federal/>. Acesso em: 29 set. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. V. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015a. V. II.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Jus Podivm, 2015b. V. 2.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Voto-vista. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/Roraima. Tribunal Pleno. 10 dez. 2008. Ação

popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo- demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei n. 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e Legalidade da Portaria n. 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe n. 120, p. 364 e 365, 1º jul. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 28 ago. 2015.

DOURANEWS. *Durante retomada de terras, um índio aparece morto*. 29 ago. 2015. Disponível em: <http://douranews.com.br/mercados/item/91732-durante-retomada-de-terras-um-%C3%ADndio-aparece-morto>. Acesso em: 18 set. 2015.

EDWARD, José. Made in Paraguai: A Funai tenta demarcar área de Santa Catarina para índios paraguaios, enquanto os do Brasil morrem de fome. *Revista Veja*, p. 56-58, 14 mar. 2007. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/home.aspx>. Acesso em: 13 set. 2015.

ENUNCIADOS aprovados em Salvador, 2013. In: VI ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS – VI FPPC. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*: Curitiba, 2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/12/Carta-de-Curitiba.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2015.

ERWIN Kräutler. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org>. Acesso em: 3 ago. 2015.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. V. VIII, tomo III, arts. 890-945.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea*. Disponível em: <http://goo.gl/Drmloy>. Acesso em 21 de abr. 2016

FERNANDES, Vilmar. Demarcação de territórios quilombolas afeta 3 mil famílias no Norte do Estado. *Gazeta Online*, 24 nov. 2013. Disponível em: <http://goo.gl/FODTYA>. Acesso em: 16 ago. 2015.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. El iusnaturalismo. In: FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio; DE CASTRO CID, Benito. *Lecciones de teoría del derecho y*

derecho natural. 2. ed. Madrid: Universitas, 1995.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 3, p. 689-699, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://goo.gl/vsj3oh>. Acesso em: 8 ago. 2015.

FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1995. V. 4.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREIRE, José Ribamar Bessa; MALHEIROS, Márcia Fernanda. *Aldeamentos indígenas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Eduerj, 1997. Publicado em Educação Pública em 8 mai. 2007. Disponível em: http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/história/0039_10.html. Acesso em: 5 ago. 2015.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Histórico, 1867. (Coleção história do direito brasileiro. Direito civil; 1). 2 v. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>. Acesso em: 18 ago. 2015.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. *A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental*. 2010. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp127773.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

FRITZEN, Aloísio. *As teorias contratualistas – Hobbes, Locke e Rousseau*. [s.d.]. Disponível em: https://sites.google.com/site/aloisiofritzen/Home/fotos/filosofia-conteudos/tc_hobbes_locke_rousseau. Acesso em: 20 mar. 2015.

FULGÊNCIO, Tito. *Da posse e das ações possessórias: teoria legal – prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (Funai) (Brasil). *Quem são*. Disponível em: <http://www.Funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>.

Acesso em: 15 ago. 2015a.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (Funai) (Brasil). *Modalidades de terras indígenas: pesquisa de reservas indígenas no Brasil*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 15 ago. 2015b.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (Funai) (Brasil). Despacho do presidente. Anexo: Resumo do relatório circunstanciado de delimitação da Terra Indígena de Mato Preto. 20 nov. 2009. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, n. 223, p. 63, 23 nov. 2009. Disponível em: <http://goo.gl/3JbYMq>. Acesso em: 10 ago. 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luis; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo: Método, 2015.

GALVÃO, Ilmar Nascimento. Terras indígenas. In: BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Doutrina: Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos*. Brasília/DF: Brasília Jurídica, STJ, 2005, p. 473-492.

GOMES, Luiz Flávio. *O que se entende por argumentação circular?* Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp127773.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2015.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 6. ed. São Paulo: Forense, 1978.

GOMES, Severo Fagundes. In: *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, suplemento C, p. 662, jan. 1988.

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito das coisas*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção sinopses jurídicas; v. 3).

GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 5.

GONÇALVES, Wagner. Terras de ocupação tradicional: aspectos práticos da perícia antropológica. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; HELM, Cecília Maria Vieira. (Orgs.). *A perícia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: Edufsc, 1994, p. 79-87.

GOUGH, J. W. Introdução. In: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Título original: *Second treatise of civil government*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 4-20. (Coleção clássicos do pensamento político).

GRAU, Eros Roberto. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/Roraima. Tribunal Pleno. 10 dez. 2008. Ação popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo- demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei n. 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e Legalidade da Portaria n. 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe n. 181, p. 514, 1º jul. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 28 ago. 2015.

GREENPEACE. *Quem somos*. Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/pt/quemsomos/>. Acesso em: 14 ago. 2015.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Título original: *On the Law of War and Peace*. Tradução de Ciro Mioranza. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. V. II. Publicado originariamente em 1625. (Coleção Clássicos do Direito Internacional).

HEIDRICH, Álvaro Luiz. Fundamentos da formação do território moderno. *Boletim Gaúcho de Geografia*, 23, p. 9-22, mar. 1998. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/bgg/article/view/38378>. Acesso em: 16 mar. 2016.

HENDERSON, William B. *Aboriginal self-government*. 2 jul. 2006. Disponível em: <http://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/aboriginal-self-government/>. Acesso em: 16 out. 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CHINELATO, Sylmara Juny de Abreu. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 98, p. 59-94, 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67580/70190>. Acesso em: 9 set. 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr (Dir.). *História geral da civilização brasileira*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960-1971. Tomo I, v. 2.

HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. Identidade étnica, o pluralismo jurídico e os fundamentos para uma jurisdição indígena diferenciada no Brasil. *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima-Perú, ano XII, n. 41, 2015. Disponível em: <http://goo.gl/Tu998r>. Acesso em: 5 out. 2015.

IMPÉRIO INCA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Imp%C3%A9rio_Inca&oldid=43690694. Acesso em: 23 out. 2015.

ÍNDIO não quer mesada. Tudo Sobre Belo Monte. *Folha de São Paulo*, mar. 2013. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2013/12/16/belo-monte/capitulo-4-povos-indigenas.html>. Acesso em: 5 mai. 2015.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (INESC). *Quem somos: conheça o INESC*. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/quem-somos>. Acesso em: 14 ago. 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA E FORMAÇÃO INDÍGENA (IEPÉ). *Sobre o Iepé*. Disponível em: <http://www.institutoiepe.org.br/sobre-o-iepe/>. Acesso em: 14 ago. 2015.

INSTITUTO INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO DO BRASIL (IIEB). O IIEB. Disponível em: <http://www.iieb.org.br/index.php/o-ieb/>. Acesso em: 14 ago. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). O ISA. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/pt-br/o-isa>. Acesso em: 14 ago. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). *Lista de organizações de apoio aos povos indígenas*. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/a-sociedade-civil/lista-de-organizacoes-de-apoio-aos-povos-indigenas>. Acesso em: 14 ago. 2015.

IO CHENG, Tong. Origem do direito da propriedade e legitimidade da existência do regime interpretação de uma pessoa de direito civil sobre o regime de protecção da propriedade privada na lei básica de Macau. *Revista de Estudos de "Um país, dois sistemas"*, v. I, p. 130-145, jul. 2009. Disponível em: <http://goo.gl/ug1MUo>. Acesso em: 20 mar. 2015.

JABUR, Alexandre. *A indenização da terra nua nas demarcações de terras indígenas:*

modelos e teses em discussão. 2014. 40 f. Artigo científico (Especialização 26º Curso de Ingresso e Vitaliciamento) – Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Escola Superior do Ministério Público da União, Manaus, 2014. Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/gt-demarcacao/doc_artigos/alexandre-jabur. Acesso em: 8 ago. 2015.

JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

JHERING, Rudolf Von. *Teoria simplificada da posse*. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2005.

JOBIM, Nelson. In: *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, suplemento C, p. 668, jan. 1988.

JORGE, Flavio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTIÇA Federal interpela Ministério Público sobre atuação extrajudicial em processo de demarcação no Rio Grande do Sul. Jul. 2014. Disponível em: <http://www.questaoindigena.org/2014/07/justica-federal-interpela-ministerio.html>. Acesso em: 10 ago. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Título original: *Reine Rechtslehre*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 194, p. 53-64, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 set. 2015.

LEITE, José Luís Marasco C. A apropriação das terras brasileiras: anotações preliminares. *Revista da Escola de Direito de Pelotas*, v. 5, n. 1, p. 7-22, 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9772-9771-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2015.

LÉLLIS, Leonardo. *Todo conservador quer uma constituição enxuta*. 13 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-13/entrevista-jose-afonso-silva-jurista-doutrinador-constitucionalista>. Acesso em: 5 ago. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Francisco Jozivan Guedes de. O direito de guerra e a legitimidade da guerra justa segundo Alberico Gentili. *Revista Opinião Filosófica*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 124-135, 2012. Disponível em: <http://abavaresco.com.br/wp/wp-content/uploads/3423.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2015.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Título original: *Second treatise of civil government*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Coleção clássicos do pensamento político).

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. *Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92744>. Acesso em: 5 ago. 2015.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.

LUZ, Edward. Entrevista. *Revista Infovias*, ano 3, n. 11, dez./jan. 2013. Entrevista concedida pelo antropólogo mestre e doutorando pela Universidade de Brasília. Disponível em: http://www.revistainfovias.com.br/portal/materias/ed-11/234/_Entrevista. Acesso em: 15 set. 2015.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. A “exclusão da inclusão” dos índios na ditadura e a “inclusão da exclusão” dos índios no Brasil, hoje. In: CONGRESSO DIREITO E SOCIEDADE “A sociologia do direito em movimento: perspectivas da América Latina”, 1., 2015, Canoas/RS. *Anais... Canoas: Sociology of Law on the move*, 2015. Disponível em: <http://goo.gl/9Q38Va> >. Acesso em: 24 ago. 2015.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2004. Disponível em: <http://www>.

dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf.
Acesso em: 20 mar. 2015.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. *A proteção constitucional das terras indígenas brasileiras no período republicano: evolução e estagnação*. 2011. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06062012-105130/pt-br.php>. Acesso em: 8 ago. 2015.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. *Apontamentos sobre a legislação colonial e imperial voltada ao tratamento das terras ocupadas pelos índios no Brasil*. 18 dez. 2012. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2012/10/apontamentos-sobre-legislacao-colonial.html>. Acesso em: 8 ago. 2015.

MARCHINI, Rodrigo Sérgio Meirelles. “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos”, de João Mendes Júnior: Resenha por Rodrigo Sérgio Meirelles Marchini. Disponível em: <http://livrosjuridicosdp.blogspot.com.br/>. Acesso em: 8 ago. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Procedimentos Especiais no Novo CPC. In: CARVALHO, Antônio. *Falando de processo*: Mesa Redonda n. 20. Transmitido ao vivo em: 28 set. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ouRN6dQS0v0>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Código civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais*” In DIDIER JR, Fredie MAZZEI, Rodrigo. Reflexos do Novo código Civil no Direito Processual. 2ª. ed., Salvador: Editora JUSPODIVM, 2007, p. 5458.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com as*

remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRA, Márcio. *Políticas de gestão territorial e desenvolvimento sustentável são inspirados no PPG7*. 24 set. 2009. Disponível em: <http://goo.gl/zPvvZf>. Acesso em: 16 set. 2015.

MELO, Julliana de. Nordeste tem menos de 20% das terras demarcadas. Reportagem Especial. *JC Online*, 19 abr. 2007. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/JC/sites/indios/terra.html>. Acesso em: 18 set. 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. Voto-vista. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/Roraima. Tribunal Pleno. 10 dez. 2008. Ação popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo- demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei n. 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e Legalidade da Portaria n. 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *DJe* n. 120, p. 686, 1º jul. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 28 ago. 2015.

MENDES, Artur Nobre. O PPTAL e as demarcações participativas. In: BARROSO-HOFFMANN, Maria; LIMA, Antonio Carlos de Souza (Orgs.). *Estado e povos indígenas: bases para uma nova política indigenista II*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 37-42.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade*. Disponível em: <http://goo.gl/pcp9p3>. Acesso em: 8 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Terras ocupadas pelos índios. *Revista de Direito Público*, ano XXI, n. 86, p. 115-125, abr./jun. 1988. Disponível em: http://www.gilmarmendes.org.br/index.php?option=com_phocadownload&view=cat

egory&id=12:direito-administrativo&Itemid=74. Acesso em: 28 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/Roraima. Tribunal Pleno. 10 dez. 2008. Ação popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo- demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei n. 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e Legalidade da Portaria n. 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação. Constitucionalidade. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe n. 120, p. 760-832, 1º jul. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 28 ago. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912.

MÉXICO. Constitución política de los estados unidos mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 5 febrero 1917. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_mex_II_anexo_2_sp.doc. Acesso em: 16 out. 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, 1947. V. 4.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953. V. 5.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo II.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. Tomo VII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil: tábua sistemática dos materiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Tomo VIII.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2007.

MONTANARI JÚNIOR, Isaias. *Cooperação internacional ambiental e a política de demarcação de terras indígenas*. 2011. 220 f. il. Tese (Doutorado em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional) – Programa de Doutorado Interinstitucional em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional, Universidade de Brasília/UFRR/FLACSO, Brasília, 2011.

MONTANARI JÚNIOR, Isaias. Impacto do PPTAL na demarcação de terras indígenas na Amazônia legal. *Textos & Debates*, Boa Vista, v. 2, n. 22, p. 119-143, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://revista.ufrb.br/index.php/textosedebates/article/view/1608>. Acesso em: 18 set. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 476 a 565*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. V. 5.

NÃO SE TRATA de invasão. Trata-se de “retomada”: índios justificam invasão de propriedades privadas no Mato Grosso. Mar. 2013. Disponível em: <http://www.questaoindigena.org/2013/03/nao-se-trata-de-invasao-trata-se-de.html>. Acesso em: 18 set. 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Proteção judicial da posse. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, p. 104, jul. 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOLASCO ARMAS, Margarita. A antropologia aplicada no México e seu destino final: o indigenismo. Tradução de Edson Passeti. In: JUNQUEIRA, Carmen; CARVALHO, Edgard de Assis (Eds.). *Antropologia e indigenismo na*

América Latina. São Paulo: Cortez: 1981, p. 67-86.

NOUR, Soraya. Os cosmopolitas. Kant e os “temas kantianos” em relações internacionais. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 7-46, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v25n1/v25n1a01.pdf>. Acesso em: 9 set. 2014.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 72

NOZOE, Nelson. Sesmarias e apossamento de terras no Brasil-Colônia. *Revista Economia*, Brasília/DF, v. 7, n. 3, p. 587–605, set.- dez. 2006. Disponível em: www.anpec.org.br/revista/vol7/vol7n3p587_605.pdf. Acesso em: 2 ago. 2015.

NUNES, Ana Paula Marcelino. Nem testamento de Adão, nem Tordesilhas: o Tratado de Madri, de 1750. *Jornal Sétima Vila*, Pitangui/MG, dez. 2010. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/44415980/Nem-Testamento-de-Adao-nem-Tordesilhas-O-Tratado-de-Madri-de-1750#scribd>. Acesso em: 15 ago. 2015.

OLIVEIRA Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. *Revista de Processo*, v. 137, p. , Jul / 2006.

OLIVEIRA Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.75

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. Coleção Theotonio Negrão.

OLIVEIRA, Cristiano de. Tutela de urgência e superveniência de sentença de mérito: breve análise dos embargos de divergência no RESP 765.105/TO. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://goo.gl/rYIcKA>. Acesso em: 13 nov. 2013.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A presença indígena na formação do Brasil*. Brasília: MEC/ UNESCO; Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional,2006. (Coleção Educação para Todos; 13). Série Vias dos Saberes n. 2. Disponível em: http://laced.etc.br/site/trilhas/livros/arquivos/CoLET13_Vias02WEB.pdf. Acesso em: 5 ago. 2015.

OLIVEIRA, Oris de. Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no de “*Indis Recenter Inventis, Relectio Prior*”. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. LXVIII, 2º fascículo, p. 361-384, 1973. Em comemoração do seu octogésimo aniversário de lançamento – 1893-1973. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66678/69288>. Acesso em: 20 mar. 2015.

O QUE É Tradição. Disponível em: <http://www.significados.com.br/tradicao/>. Acesso em: 15 ago. 2015.

OREND, Brian. *War. The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (Ed.). Edição do outono de 2008. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/war/>. Acesso em: 20 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: UNIC Rio, 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 29 set. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Centro de Informação das Nações Unidas Rio de Janeiro, UNIC/Rio/005, jan. 2009. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 9 set. 2015.

PAIVA, Adriano Toledo. Os conceitos de etnogênese: uma abordagem historiográfica. In: MATA, Sérgio Ricardo da; MOLLO, Helena Miranda; VARELLA, Flávia Florentino (Orgs.). SEMINÁRIO NACIONAL DE HISTÓRIA DA HISTORIOGRAFIA: APRENDER COM A HISTÓRIA?, 3., 2009, Ouro Preto. *Anais...* Ouro Preto: Edufop, 2009. Disponível em: <http://goo.gl/VeEbfy>. Acesso em: 22 set. 2015.

PAMPLONA, Leandro Antonio. Antecipação de tutela nas ações possessórias e o princípio *quieta non movere*. *Revista de Processo*, v. 37, n. 205, p. 89-113, mar. 2012.

PELLIN, Kemila; FERREIRA, Marta. *Fazendeiros e indígenas se enfrentam em retomada de fazenda: não há informações de mortos ou feridos*. 29 ago. 2015. Disponível em: <http://www.midiamax.com.br/policia/fazendeiros-indigenas-entram-enfrentamento-retomada-fazenda-272118>. Acesso em: 18 set. 2015.

PELUSO, Cezar. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388/Roraima. Tribunal Pleno. 10 dez. 2008. Ação popular. Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Inexistência de vícios no processo administrativo- demarcatório. Observância dos arts. 231 e 232 da Constituição Federal, bem como da Lei n. 6.001/73 e seus decretos regulamentares. Constitucionalidade e Legalidade da Portaria n° 534/2005, do Ministro da Justiça, assim como do decreto presidencial homologatório. Reconhecimento da condição indígena da área demarcada, em sua totalidade. Modelo contínuo de demarcação. Constitucionalidade. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe n. 120, p. 535-550, 1º jul. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 28 ago. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. V. IV.

PEREIRA, Val André Mutran. Questões indígenas demarcação de terras. TV Plenário, 65'31", 17 out. 2012. In: BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural. *Depoimento do juiz federal de Chapecó (SC) Narciso Leandro Xavier Baez*. Brasília, 11 dez. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UTPGNgjXtIc>. Acesso em: 9 set. 2015.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 95, p. 107-120, 2000.

PERU. *Constitución política del Perú*. 1993. Disponível em: <http://www2.congreso.gob.pe/congreso/Constituci%C3%B3n-Pol%C3%ADtica-08-09-09.doc>. Acesso em: 23 out. 2015.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917*. Brasília, ano 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://goo.gl/vFjT4T>. Acesso em: 16 out. 2015.

PIZZINATO, Adolfo; SARRIERA, Jorge Castellá. Identidade étnico-nacional e competência social em escolas de Porto Alegre. *Aletheia*, Canoas/RS, n. 19, p.

7-20, 2004. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1413-03942004000100002&script=sci_arttext. Acesso em: 13 set. 2015.

POMBAL. In: PEREIRA, Esteves; RODRIGUES, Guilherme. *Portugal: dicionário histórico*. Lisboa: João Romano Torres, 1904. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/dicionario/pombal1m.html>. Acesso em: 5 ago. 2015.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 1997.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Essai d'une philosophie populaire*. **Le Libertaire**, Journal du Mouvement Social, 3^{ème} année, n. 24, 7 mai. 1860. Disponível em: <http://joseph.dejacque.free.fr/libertaire/n24/lib02.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2015.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a propriedade?* Título original: *Qu'est-ce que la propriété: ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.

RAMOS, Alcida Rita. O pluralismo brasileiro na berlinda. *Etnográfica*, n. 2, v. VIII, p. 165-183, 2004.

RANGEL, Carolina. Abandonados, usados e, agora, furiosos. *Revista Veja*, n. 2.325, p. 80 e 81, 12 jun. 2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/acervodigital/>. Acesso em: 10 ago. 2015.

REUNIÃO (INSTALAÇÃO) DA COMISSÃO DA ORDEM SOCIAL DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1., 1987, Brasília. *Atas...* Brasília: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1987. Disponível em: <http://goo.gl/8nd3pd>. Acesso em: 8 ago. 2015.

REUNIÃO (INSTALAÇÃO) DA SUBCOMISSÃO DOS NEGROS, POPULAÇÕES INDÍGENAS, PESSOAS DEFICIENTES E MINORIAS DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1., 1987, Brasília. *Atas...* Brasília: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1987. Disponível em: <http://goo.gl/BrLlX>. Acesso em: 8 ago. 2015.

REZEK, José Francisco. Homenagem a Pontes de Miranda. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL BRASIL-ALEMANHA: PONTES MIRANDA, 1., 2010, Recife. *Anais...* Brasília: Conselho da Justiça Federal; Centro de Estudos

Judiciários; Coordenação científica Márcio Flávio Mafra Leal, 2010, p. 11-17. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/serie-cadernos/seriecadernoscej26brasil-alemanha.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSA, Hilário; BRANCO, Tales Castelo. Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira. Gênese do indigenato. Direitos indígenas na Constituição brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. *Doutrinas essenciais: direitos humanos. Grupos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. IV.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Título original: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: L & PM Pocket, 2008. (Coleção L & PM Pocket).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Título original: *Du contract social, ou principes du droit politique*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 1968.

SABÓIA, José Carlos. In: *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, suplemento C, p. 670, jan. 1988.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Considerações sobre o fundamento moral da propriedade. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 48, n. 115, p. 219-234, jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/kr/v48n115/a1348115.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SANCHES, Mariana. O lamião Tupinambá. *Revista Época*, São Paulo, 26 nov. 2009. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI105789-15223,00-O+LAMPPIO+TUPINAMBA.html>. Acesso em: 27 ago. 2015.

SANTA CRUZ é nossa. Tratado de Tordesilhas garante a Portugal plenos direitos sobre a terra descoberta por Cabral. *Revista Veja*, São Paulo. Edição

especial Veja, 1º de julho de 1501 – A aventura do descobrimento, n. 1646, 26 abr. 2000. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/historia/descobrimiento/tratado-de-tordesilhas.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ; José Luis (Eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya-Yala; Fundación Rosa Luxemburg. 2012, p. 11-48. Disponível em: <http://goo.gl/s8BIDC>. Acesso em: 29 set. 2015.

SARMENTO, Daniel. *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*. 9 out. 2006. Disponível em: <http://goo.gl/3bpJzj>. Acesso em: 3 out. 2015.

SEED, Patricia. *Cerimônias de posse na conquista europeia do Novo Mundo (1492-1640)*. Título original: *Ceremonies of possession in Europe's conquest of new world*. Tradução de Lenita R. Esteves. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

SELVATTI, Giovana Clair Alves Loureiro. A relação interna entre democracia e direitos fundamentais: um estudo à luz da teoria discursiva de Jürgen Habermas. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://goo.gl/AEAGkP>. Acesso em: 9 set. 2014.

SESSÃO EXTRAORDINÁRIA VESPERTINA DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 335., 1988, Brasília. *Atas...* Brasília: Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/N024.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2015.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional*. Manaus: UEA, 2007. (Coleção Documentos de Bolso; 1). Disponível em: <http://novacartografiasocial.com/?wpdmact=process&did=MjEuaG90bGluaw==..>. Acesso em: 29 set. 2015.

SILVA, António Delgado da. *Collecção da legislação portuguesa: desde a última Compilação das Ordenações: legislação de 1750 a 1762*. Lisboa: Typografia Maignre, 1830. Disponível em: http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=506. Acesso em: 5 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São

Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Lásaro Moreira da. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, MS, v. 6, n. 11, p. 139-152, jan.-jul. 2004. Disponível em: http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/11/artigos/09.pdf. Acesso em: 5 ago. 2015.

SILVA, Lígia Osório. A 'questão da terra' e a formação da sociedade nacional. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA ECONÔMICA, 2., 1996, Niterói. *Anais...* Niterói: ABPHE, 1996, p. 35-51. V. I.

SILVA, Ovidio Araujo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA NETO, Otacílio Gomes da. Rousseau e a relação entre liberdade e propriedade. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 61, jun. 2006. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/061/61neto.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

SILVEIRA, Alex Justus da. *Terras indígenas e fronteiras nacionais: um estudo jurídico sobre as territorialidades indígenas na faixa de fronteira da Amazônia brasileira*. 2009. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2009. Disponível em: <http://www.pos.uea.edu.br/data/area/titulado/download/12-1.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2015.

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 3, p. 165-181, 2013. Disponível em: http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/71892/mod_resource/content/1/Jos%C3%A920Fernando%20Sim%C3%A3o%20.pdf. Acesso em: 2 mar. 2015.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil: as exceções substan-*

ciais no processo de conhecimento. De acordo com o Código Civil de 2002, as últimas alterações do vigente Código de Processo Civil e a Emenda Constitucional n. 45/2004. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SIQUEIRA, Edgard. Defesa oral ex ministro Francisco Rezek. Produção: TV Justiça, 15'06", 27 ago. 2008. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Julgamento do processo envolvendo a desocupação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (RR) por não índios*, Brasília, 4 jan. 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2XhVw90rPrI>. Acesso em: 9 set. 2015.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SOUZA, Roberta Bandeira de. Liberdade, propriedade e trabalho em Locke e Hegel. *Argumentos*, ano 4, n. 7, p. 119-130, 2012. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/6721/1/2012_Art_RBSouza.pdf. Acesso em: 20 mar. 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

SPOSITO, Fernanda. As guerras justas na crise do Antigo Regime português. Análise da política indigenista de D. João VI. *Revista de História*, n. 161, p. 85-112, 2º semestre de 2009). Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/viewFile/19119/21182>. Acesso em: 20 mar. 2015.

STÉDILE, João Pedro; FERNANDES, Bernardo Mançano. *Brava gente: a trajetória do MST e a luta pela terra no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

STEFANINI, Luiz de Lima. Código indígena no direito brasileiro. *Revista do TRF 3ª Região*, n. 105, p. 4-246, jan. e fev. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031397.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2015.

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. Jusnaturalismo clássico e jusnaturalismo racionalista: aspectos destacados para acadêmicos do curso de direito. *Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes*, Ponta

Grossa, ano 15, n. 1, p. 43-52, jun. 2007. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/humanas/article/view/575/574>. Acesso em: 20 mar. 2015.

TAVARES, Newton. Ainda a Raposa/Serra do Sol: terra indígena, segurança jurídica e propriedade privada. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. *Doutrinas essenciais: direitos humanos. Grupos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. V. IV.

TEAO, Kalna Mareto. Uma análise de movimento indígena no México e no Espírito Santo. *Dimensões*, v. 29, p. 238-261, 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/5407/3993>. Acesso em: 16 out. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, jun. 2005. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2015. Não é este: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/12tab.htm>

TRADIÇÃO. In: WEISZFLOG, Walter. *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?%20lingua=portugues-portugues&palavra=tradi%E7%E3o>. Acesso em: 23 ago. 2015.

TRATADO DE TORDESILHAS. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Tordesilhas. Acesso em: 2 ago. 2015.

TREVELIM, Ivandro Ristum. A posse na regularização de assentamentos urbanos. 2014. Tese de Doutorado em Direito Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20012015-105115/pt-br.php>. Acesso em: mar. 2015.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Declaração universal de direitos humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 29 set. 2015.

URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questão indígena na América Latina: direito internacional, novo constitucionalismo e organização dos movimentos indígenas. *Cadernos PROLAM/USP*, ano 8, v. 1, p. 199–222, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/prolam/article/download/82316/85289>. Acesso em: 13 set. 2015.

URT, João Nackle. Povos indígenas e estados nacionais em perspectiva comparada: um estudo exploratório sobre a situação social, econômica e política no Canadá, no México, no Peru e na Austrália. In: SEMINÁRIO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO: os BRICS e as transformações da ordem global, 2., 2014, João Pessoa/PB. *Anais eletrônicos...*, João Pessoa: 2014. Disponível em: <http://goo.gl/JBka64>. Acesso em: 28 ago. 2015.

VERAZANI, Katiane Soares. *Assenhorar-se de terras indígenas*: Barueri – sécs. XVI-XIX. 2009. 121 f. Dissertação (Mestrado em História Econômica) – Programa de Pós-Graduação em História Econômica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8137/tde-30112009-144605/pt-br.php>. Acesso em: 13 ago. 2015.

VIEIRA, Judite Ângela Borges Carlos; SANTOS Eduardo Ribeiro. *A agricultura familiar e sua influência na economia do Município de Itiruçu/BA*. Disponível em: <http://goo.gl/CVwnxr>. Acesso em 21 abr. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O destino do agravo após a sentença. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 689. (Série Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 7).

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. V. 3.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: procedimento cautelar e procedimentos especiais*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WHITLAM INSTITUTE. *Indigenous australians*. Disponível em: https://www.whitlam.org/gough_whitlam/achievements/indigenous. Acesso em: 28 ago. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Revista Seqüência*, n. 54, p. 95–106, jul. 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 5, n. 1, p. 7-28, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.ulbra.br/direito/files/direito-e-democracia-v5n1.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.