

1.-INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA

Assembleia Nacional Constituinte

Primeira Fase

Em agosto de 1987 – o **Primeiro** Substitutivo da Comissão de Sistematização – dispunha **TRÊS VEZES**, sobre “**posse imemorial**”, nos arts. 302, caput, 303 e 303, §1º, em clara opção pelo **INDIGENATO**.

DOS ÍNDIOS

Art. 302 são reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.

§ 1º - Os atos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§ 2º - A exploração das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização destes e do Congresso Nacional e obriga à destinação de percentual sobre os resultados da lavra em benefício das comunidades indígenas e do meio-ambiente, na forma da lei.

Art. 303 - As terras de **posse imemorial** dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - São terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados os índios aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua preservação cultura¹, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras referidas no parágrafo anterior são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, cabendo a esta demarcá-las.

§ 3º - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares e de interesse da soberania nacional, ficando garantido o seu retorno quando o risco estiver eliminado.

Art. 304 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 305 - Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.

*Em setembro de 1987, foi aprovado o **Segundo** Substitutivo da Comissão de Sistematização, que **confirmou** o texto do **Primeiro** Substitutivo, prosseguindo com opção pelo INDIGENATO – mencionando **TRÊS VEZES** a “**posse imemorial**”, nos arts. 261, caput, 262, caput e § 1º:*

DOS ÍNDIOS

Art. 261- São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.

§ 1º Os atos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§ 2º A exploração das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, e obriga à destinação de percentual sobre os resultados da lavra em benefício das comunidades indígenas e do meio-ambiente, na forma da lei.

Art. 262- As terras de **posse imemorial** dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - São terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados os índios, aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua preservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras referidas no parágrafo anterior são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, cabendo a esta demarcá-las.

§ 3º Fica vedada remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares e de interesse da soberania nacional, ficando garantido o seu retorno quando o risco estiver eliminado.

Art. 263 Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 264 Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.

*Em outubro de 1987, a Comissão de Sistematização aprovou o **Substitutivo às emendas de Plenário**, em que se percebe a manutenção da concepção do Indigenato, com o mesmo texto anterior*

DOS ÍNDIOS

Art. 261 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.

§ 1º Os atos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§ 2º A exploração das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas e obriga à destinação de percentual sobre os resultados da lavra e benefício das comunidades indígenas e do meio-ambiente, na forma da lei.

Art. 262 - As terras de **posse imemorial** dos índios são destinadas à sua posse permanente cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º - São terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados os índios aquelas destinadas à sua habitação efetiva as suas atividades produtivas e as necessárias a sua preservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras referidas no parágrafo anterior são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, cabendo a esta demarcá-las.

§ 3º - Fica vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares e de interesse da soberania nacional, ficando garantido o seu retorno quando o risco estiver eliminado.

Art. 263 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 264 - Os direitos previstos neste capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.

*Em fevereiro de 1988, iniciou-se a apreciação em **Primeiro Turno**, do PROJETO A, formulado pela Comissão de Sistematização para o Plenário, mantendo-se o INDIGENATO, COM A MESMA REDAÇÃO..*

DOS ÍNDIOS

Art. 268. São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições, competindo à União a proteção desses bens.

§ 1º Os atos que envolvam interesses das comunidades indígenas terão a participação obrigatória de órgão federal próprio e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§ 2º A exploração das riquezas minerais em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, e obriga à destinação de percentual sobre os resultados da lavra em benefício das comunidades indígenas e do meio ambiente, na forma da lei.

Art. 269. As terras de **posse imemorial** dos índios são destinadas à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo, dos recursos fluviais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º São terras de **posse imemorial** onde se acham permanentemente localizados os índios aquelas destinadas à sua habitação efetiva, às suas atividades produtivas e as necessárias à sua preservação cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras referidas no parágrafo anterior são bens inalienáveis e imprescritíveis da União, cabendo a esta demarcá-las.

§ 3º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo nos casos de epidemia, catástrofe da natureza e outros similares e de interesse da soberania nacional, garantido o seu retorno quando o risco estiver eliminado.

Art. 270. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas.

Art. 271. Os direitos previstos neste Capítulo não se aplicam aos índios com elevado estágio de aculturação, que mantenham uma convivência constante com a sociedade nacional e que não habitem terras indígenas.

SEGUNDA FASE DA CONSTITUINTE

*Em julho de 1988 - no PROJETO B DE CONSTITUIÇÃO – Redação para o **Segundo Turno** - os Constituintes abandonaram por completo a “**POSSE IMEMORIAL**”, com o afastamento da ideia do **INDIGENATO**.*

DOS ÍNDIOS

Art. 234. 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 e proteger e fazer respeitar todos seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as que utilizam para 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 Cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, fluviais e lacustres existentes em suas terras.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, inclusive dos potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania nacional, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 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, fluviais e lacustres nelas existentes, ressalvado relevante interesse da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 180, §§ 3º e 4º.

Art. 235. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Em setembro de 1988, foi aprovado o Projeto C, correspondente ao final do Segundo Turno

DOS ÍNDIOS

Art. 230. 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 são destinadas 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.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas são imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania nacional, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 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 ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

Art. 231. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

Muito clara, assim, a opção do CONSTITUINTE, pela teoria do FATO INDÍGENA.

Nada de “**posse imemorial**”

QUILOMBOLAS - mesmo princípio

ART. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos.

Prazo para demarcação:

*ART. 67 A União **concluirá** a demarcação das terras indígenas no prazo de **cinco anos** a partir da promulgação da Constituição. Terras indígenas.*

2. INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Caso RAPOSA SERRA DO SOL - STF

1º Relator: Min. MENEZES DIREITO

*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.*

Relator Final: Min. CARLOS AYRES BRITTO

Enfatizou que procedia a “***Revelação do Regime Constitucional de Demarcação das Terras Indígenas*”:**

11.1. O marco temporal de ocupação. ***A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação;***

E, no corpo do Acórdão:

l – o marco temporal da ocupação... 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.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI:

*E o faço, agora, com base na teoria do **fato indígena**, desenvolvida pelo eminente Ministro Menezes Direito, **teoria à qual adiro completamente, e que substitui, com vantagem, o instituto do Indigenato.***

Ministro MARCO AURÉLIO MELLO:

*A atual Carta **não assegura aos indígenas o retorno às terras** que o outrora ocuparam,... O reconhecimento de direitos contido no art. 231 está ligado, no particular, às “terras que tradicionalmente **ocupam**”, (**presente**), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão.*

Ministro CELSO DE MELLO

Isso significa que a proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios, considerando-se, para efeito dessa ocupação, a data em que promulgada a vigente Constituição, vale dizer, terras já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena no momento da vigência de nossa Lei Fundamental.

Sobre os efeitos desse julgamento, **que agora parece nunca ter ocorrido**, vale lembrar o que o Min. **GILMAR MENDES** afirmou:

Mas, não significa que nós fizemos lá uma boutade, que estivéssemos brincando ao julgar aquilo;

Conforme ressaltai em meu voto naquela oportunidade:

*A **decisão que tomamos hoje**, portanto, deve também estar voltada para o **futuro**. Devemos, isso sim, **deixar fundadas as bases jurídicas** para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam.*

Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros...

*... É importante enfatizar, neste ponto, que essas diretrizes, tais como definidas pelo Supremo Tribunal Federal, acentuam a força normativa da Constituição Federal, **pois derivam, essencialmente, do próprio texto de nossa Lei Fundamental.***

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

MINISTRO ROBERTO BARROSO

*Na prática, a sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: **se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema...***

*...Isto é: embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta **a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País**, do que decorre um **elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões**".*

Quando a matéria voltou a ser julgada:

RMS 29087-STF – Rel. Ministro GILMAR MENDES - 2014

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, **já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal**,... 2. A **data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena**, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJE 24.9.2009).

Sobre o **Indigenato**, afirmou o Min. GILMAR MENDES:

Se esse critério pudesse ser adotado, muito provavelmente teríamos de aceitar a demarcação de terras nas áreas onde estão situados os antigos aldeamentos indígenas em grandes cidades do Brasil, especialmente na região Norte e na Amazônia

...Claro, Copacabana certamente teve índios, em algum momento.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA:**

*Na assentada ...sobre o Caso Raposa Serra do Sol, pela “superlativa importância histórico-cultural da causa”, examinou-se o **regime jurídico constitucional de demarcação de terras indígenas no Brasil e fixaram-se as balizas a serem observadas naquele processo demarcatório.** Erigiram-se, naquela oportunidade, salvaguardas institucionais intrinsecamente relacionadas e complementares que assegurariam a validade daquela demarcação e **serviriam de norte para as futuras.***

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la **estável, íntegra e coerente.**

GILMAR MENDES – *O princípio da segurança jurídica integra o Estado de Direito.*

MIN. CELSO DE MELLO

*A essencialidade do postulado da **segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo**, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio.*

3.- INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

O Min. ALEXANDRE MORAES, em seu voto, o último do histórico julgamento (DEGRAVAÇÃO)

“Ambas as posições são obviamente, juridicamente defensáveis: o marco temporal, ou o afastamento do marco temporal...”

E salientou o ministro que não se pode:

“renegar totalmente as pessoas de boa-fé, o ato jurídico perfeito, o valor da coisa julgada, o valor do direito de propriedade... estaríamos também renegando uma série de direitos fundamentais a gerações de pessoas.”

Lembrou o ministro Alexandre, que D. Pedro II em 1865, doou terras aos **VOLUNTÁRIOS DA PÁTRIA** que lutaram na guerra contra o Paraguai:

... Mais de 160 anos atrás. Essa pessoa recebeu seu título de terra; fez tudo certinho. Passou para seu filho, que vendeu para um terceiro, que passou para o filho, que passou para o neto, que vendeu para outra pessoa. Durante esse tempo todo, essas famílias, de boa-fé, porque quando receberam do imperador, jamais poderiam pensar que haveria algo de errado.

*... Se prosseguirmos isso, **jamais poderemos conseguir a paz no campo** - o mesmo direito de indignação dos indígenas têm os colonos de boa-fé, que adquiriram de boa-fé...Perder e não ser indenizado, sendo que adquiriu a propriedade, investiu sua vida, sua família e ser indenizado somente com valores irrisórios por benfeitorias?... Aqui estaria havendo **enriquecimento ilícito do poder público** ...Se nos permanecermos com isso, **nós jamais conseguiremos garantir paz no campo, jamais conseguiremos garantir a paz social** ... É totalmente impossível um país seguir em frente com um nível de injustiça. **Nós vamos mudar de uma injustiça para outra injustiça**, quando o grande culpado é o **poder público**, que não regulamentou corretamente isso.*

O Min. LUIZ FUX, no encerramento do voto do Min. ALEXANDRE, lembrou o **PRINCÍPIO DO CONSEQUENCIALISMO**, inscrito na LINDB.

4. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

É a do legislador. Quem interpreta, apenas esclarece o que está na norma.

No caso, o Projeto de Lei apenas consolida interpretação dada pelo STF.

5. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL.

Art. 231. ... a) as terras que tradicionalmente ocupam, (PRESENTE)

§ 1º ... b) por eles habitadas em caráter permanente, (DO VERBO PERMANECER, o que significa que perdura, na ocasião).

§ 2º ... c) destinam-se a sua posse **permanente**, (não é destinadas, mas destinam-se, do presente para o futuro);

... d) dos rios e dos lagos nelas **existentes**. (no presente)

e) 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que **tenham** (no presente) por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras (os títulos do passado, que tiveram efeitos, perdurarão?)

f) **DIREITOS ORIGINÁRIOS: Usucapião** – forma originária de aquisição – significa que não depende de título anterior. É declaratório o reconhecimento.

Dificuldades – MPF

- **ENUNCIADO 6CCR n° 38:** A data da promulgação da Constituição Federal de 1988 não deve ser utilizada como marco temporal para restrição do pleno exercício dos direitos territoriais indígenas nela previstos.
- **ENUNCIADO 6CCR n° 37:** A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão reafirma as conclusões da Nota Técnica nº 02/2018/6ªCCR, entendendo que o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU não deve ser utilizado para restringir direitos indígenas já assegurados na Constituição Federal.