

**CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO**

Professor Emérito da PUC/MG e  
da UnB – Universidade de Brasília  
Advogado

Terras indígenas. Proteção constitucional. Demarcação das terras indígenas. O acórdão do Supremo Tribunal Federal no caso “*Raposa Serra do Sol*”

Carlos Mário da Silva Velloso \*

**SUMÁRIO:** I. Introdução. II. O indigenato e a proteção constitucional ao indígena. III. A Constituição de 1988 e o conceito de terras indígenas. IV. A demarcação das terras indígenas: sua natureza e limites. V. A demarcação como ato insusceptível de modificação posterior. VI. Conclusões.

## **I. Introdução**

**I.1.** O Supremo Tribunal Federal julgou, num acórdão de cerca de mil páginas, com votos substanciosos, largamente fundamentados, tendo como relator o Ministro Carlos Ayres Britto, o famoso caso que se convencionou chamar-se “*Raposa Serra do Sol*”, e nesse julgamento a Corte Suprema interpretou a norma constitucional expressa no artigo 231

---

\* Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Professor Emérito da Universidade de Brasília (UnB) e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Na UnB, nos cursos de graduação e pós-graduação. Ex-professor de Direito Constitucional Tributário no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP é advogado: OAB/MG nº 7.725; OAB/DF nº 23.750.

Este artigo foi elaborado em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso, dos maiores juízes do Supremo Tribunal Federal.

da Constituição Federal de 1988.<sup>1</sup> Não obstante, tem havido tentativas de ampliação de áreas já demarcadas na forma da legislação vigente. Há no Congresso Nacional, inclusive, projeto de lei em andamento a respeito do tema.

I.2. Neste estudo pretendemos, com base no decidido pelo Supremo Tribunal Federal, reavivar a questão em seus pormenores essenciais. O estudo demanda exame, ainda que brevemente, na linha do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, sobre a evolução do regime de proteção aos índios na ordem jurídica nacional, até à Constituição atual, que ampliou o sistema protetivo então em vigor, bem assim a análise do entendimento que o Supremo Tribunal consagrou relativamente ao artigo 231 da Carta Política de 1988.

## **II. O indigenato e a proteção constitucional ao indígena**

II.1. O problema da terra sempre foi o ponto central da questão indígena no Brasil. É que, para o índio, a posse da terra é pressuposto de sua sobrevivência física e cultural. Sem a garantia da posse da terra, inútil será todo e qualquer mecanismo de proteção ao índio. Reflexo natural dessa realidade é que a Constituição Federal de 1988 reservou à questão indígena todo o Capítulo VIII do Título VIII (CF, artigos 231 e 232), ampliando, significativamente, o sistema de proteção que nossas Constituições, a partir da Carta Política de 1934, tradicionalmente conferiam às comunidades indígenas.

II.2. A questão indígena, desde os tempos coloniais, era motivo

---

<sup>1</sup> Pet nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 25.09.2019 e DJe 01.07.2010; em [www.stf.jus.br/Jurisprudência](http://www.stf.jus.br/Jurisprudência)

de preocupação. A Carta Régia, de setembro de 1611, dispunha serem os índios os senhores de suas terras, não podendo ser molestados nem transferidos, exceto se assim o quisessem. Posteriormente, o Alvará Régio, de 1680, determinou que o Governador reservasse para os índios “*que descerem do sertão, lugares convenientes para neles lavrarem e cultivarem*”, sem serem transferidos contra sua vontade, reafirmando serem os índios primários e naturais senhores das terras. O Alvará reconhecia, dessa forma, anota Tourinho Neto, serem os índios “*os ocupantes e donos naturais dessas terras.*”<sup>2</sup>

II.3. Aqui reside a origem do indigenato, instituto lusitano que, como anota José Afonso da Silva, “*não se confunde com a ocupação, 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. O indigenato é legítimo por si, não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem*”.<sup>3</sup> Daí a advertência de Bruno Lobo:

*“Não se confunde, então, o indigenato ou posse indigenata com a posse civil, pois o indigenato caracteriza-se pelo direito à posse, fundamentado na posse tradicional, imemorial, como forma de aquisição de direito originário, que poderá até estar sendo esbulhado momentaneamente”*.<sup>4</sup>

II.4. No entanto, o indigenato, mesmo reconhecendo os direitos originários dos índios sobre as terras que então ocupavam, não foi

---

<sup>2</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa, “Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas”, em “Os direitos indígenas e a Constituição”, “Núcleo de Direitos Indígenas”, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros, 11ª edição, p. 783.

<sup>4</sup> LOBO, Luiz Felipe Bruno, “O Direito Indigenista Brasileiro”, LTr Editora, 1966, p. 48.

suficiente para impedir a repartição do território nacional, processo iniciado com a concessão das sesmarias e que teve seu marco significativo na Lei 601, de 18.09.1850, conhecida como Lei das Terras. Essa lei promoveu a classificação do território brasileiro em terras públicas, particulares e devolutas, determinando que dessas últimas fossem reservadas áreas suficientes para a colonização dos índios. E persistia a preocupação com a preservação das comunidades indígenas, seus usos e costumes, embora silentes a respeito a Constituição Imperial de 1824 e a Constituição Republicana de 1891, certo, entretanto, que a Constituição de 1891 garantiu a vigência da legislação anterior com ela compatível, incluindo aquela pertinente às comunidades indígenas.

II.5. A Constituição de 1934 resgatou o tema, inicialmente atribuindo à União competência privativa para legislar sobre a *“incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”* (art. 5º, inciso XIX, alínea “m”). E, no art. 129, dispôs que seria *“respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”*.

II.6. A Carta de 1937 nada dispôs sobre a competência legislativa em matéria indígena, mas repetiu, no art. 154, a garantia outorgada pelo art. 129 da Constituição de 1934, relativa à posse, pelos silvícolas, das terras onde *“permanentemente localizados”*, vedada, igualmente, a alienação.

II.7. A competência exclusiva da União para legislar sobre *“a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional,”* retornou na Constituição de 1946 (art. 5º, XV, “r”), que manteve, ainda, o reconhecimento de sua posse sobre as terras por eles ocupadas, na linha das Constituições anteriores.

II.8. A Constituição de 1967 manteve a competência legislativa da União em matéria indígena, trazendo, ademais, como novidade, a afirmação de pertencerem ao domínio da União as terras ocupadas pelos silvícolas (art. 4º, IV), garantindo-se aos índios sua posse permanente, ficando, ainda, reconhecido – outra novidade – *“o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.”* A EC nº 1, de 1969, conservou inalterada a redação dos artigos 4º, inciso IV, e 8º, XVII, “o”, da Constituição de 1967. No entanto, ao seu art. 186, renumerado para 198, acrescentou a vedação à alienação das terras indígenas, *“nos termos em que a lei federal determinar.”*

II.9. Além disso, a EC nº 1, de 1969, trouxe, como novidade, a inclusão de dois parágrafos no art. 198: o § 1º declarou 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; o § 2º dispôs que a nulidade e a extinção em questão não dariam direito a qualquer tipo de indenização pela União ou pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

### **III. A Constituição de 1988 e o conceito de terras indígenas**

III.1. A Constituição Federal de 1988, como afirmado anteriormente, deu nova disciplina constitucional à proteção das comunidades indígenas, ampliando, consideravelmente, o sistema protetivo então vigente. De início, manteve o que havia sido incorporado às Constituições anteriores, como a integração das terras ocupadas pelos índios ao domínio da União (art. 20, XXI) e a competência legislativa exclusiva da União em questões indígenas (art. 22, XIV).

III.2. Como primeira novidade, atribuiu ao Ministério Público, como sua função institucional, a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, nos termos do art. 129, inciso V. Todavia, são os artigos 231 e 232 que tratam da matéria com profundidade, certo que este último apenas confere aos índios, suas comunidades e organizações, legitimidade para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses, com a necessária intervenção do Ministério Público.

III.3. O art. 231 e seus diversos parágrafos estabelecem uma verdadeira rede de proteção às comunidades indígenas, reconhecendo-lhes “*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*”.

III.4. A Constituição, anota José Afonso da Silva, “*fala em populações indígenas (art. 22, XIV) e comunidades indígenas ou dos índios (art. 232) certamente como comunidades culturais que se revelam na identidade étnica, não propriamente como comunidade de origem, que se vincula ao conceito de raça natural, fundado no fator biológico, hoje superado, dada a impossibilidade prática de achar um critério que defina a pureza da raça.*”<sup>5</sup>

III.5. Também a legislação infraconstitucional adotou a etnia como um dos fatores de identificação indígena, como se colhe do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), cujo artigo 3º define o índio (e o silvícola, numa equiparação condenada pelos antropólogos), como “*o 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.*” É essa identidade étnica que a Lei Maior busca proteger e que

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da, “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, Malheiros Editores, 11ª edição, p. 778.

constitui o pressuposto da segunda parte do art. 231, que cuida do reconhecimento dos direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las para tornar efetiva essa proteção.

III.6. O território, já foi dito, constitui elemento fundamental para a preservação das comunidades indígenas, sua reprodução física e cultural. O reconhecimento do direito à terra que ocupam é, desse modo, a garantia principal concedida aos índios pela Constituição, pois é ela que lhes permite a sobrevivência física e cultural. E o que são terras indígenas? É a própria Constituição que estabeleceu os critérios para a identificação dessas terras, e que constituem bens da União, nos termos do art. 20, inciso XI, da Constituição de 1988. O conceito de terras indígenas está no § 1º do art. 231 da Constituição:

*“§ 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.”*

III.7. Assim, de acordo com o mencionado dispositivo constitucional, para serem consideradas *tradicionalmente* ocupadas pelos índios, as terras devem atender às seguintes condições, sempre na perspectiva de seus usos, costumes e tradições: (i) serem por eles habitadas em caráter permanente, (ii) serem utilizadas para suas atividades produtivas, (iii) serem imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e (iv) serem necessárias à sua reprodução física e cultural.

III.8. Com amparo no Estatuto do Índio, que Bruno Lobo considera mais preciso na caracterização do que seja terra indígena, anota, ainda, esse autor que é possível afirmar que há ocupação indígena em toda extensão de terra que compreenda: (a) as áreas necessárias a toda e qualquer manifestação cultural, (b) os locais místicos, como cemitérios, (c) campos de caça, de cultivo de extensão e pesca, e (d) as destinadas a outras atividades pertinentes à manutenção de sua organização social e econômica.<sup>6</sup>

III.9. A outorga constitucional dessas terras, tradicionalmente ocupadas pelos índios, à União, leciona José Afonso, “*visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, [...] ou seja, cria-se uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir o direito dos índios sobre elas,*”<sup>7</sup> direito que a própria Constituição reconhece como sendo originário.

III.10. As terras indígenas constituem bem público de uso especial, registram Zanella Di Pietro<sup>8</sup> e Carvalho Filho. Para este autor, existe, nessas áreas indígenas, uma finalidade pública, a de proteger essa categoria social.<sup>9</sup>

III.11. Ademais, no que toca à conceituação de terras indígenas, oportuno destacar que a expressão “*tradicionalmente ocupadas*” não tem qualquer significado temporal de posse permanente, que tenha passado de geração a geração, mas vincula-se aos “*seus usos, costumes e tradições*”, como consta da parte final do § 1º do art. 231. Daí anotar José Afonso:

---

<sup>6</sup> LOBO, Luiz Felipe Bruno, ob. cit., p. 52.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da, ob. cit., p. 780.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, “Direito Administrativo”, 19ª edição, Editora Atlas, p. 679.

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, “Manual de Direito Administrativo”, 18ª edição, p. 1043.



*“O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem suas terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaço mais amplo pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza segundo seus usos, costumes e tradições”.*<sup>10</sup>

III.12. Além disso, dispõe a Constituição que essas terras, sobre as quais reconhece os direitos originários dos indígenas, *“destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”* (art. 231, § 2º). Estatui a Constituição, ainda, que as terras em questão são inalienáveis e indisponíveis, sendo imprescritíveis os direitos sobre elas (art. 231, § 4º). E mais: de acordo com a Constituição, 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”* (art. 231, § 6º).

III.13. Ao reconhecer aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a Constituição não pretendeu resgatar o passado, mas garantir o futuro. Essa a razão de ter submetido tais terras a um domínio especial, com o objetivo de preservar o espaço físico para a

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da, ob. cit., p. 782.

sobrevivência e desenvolvimento das comunidades indígenas. É que essas terras destinam-se à sua posse permanente, sendo inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis os direitos sobre elas. Mas essa posse permanente, projetada para o futuro, há de ser exercida sobre “*as terras que tradicionalmente ocupam*”, conceito que vem explicitado no § 1º do art. 231.

III.14. A expressão “*terras que tradicionalmente ocupam*”, além de delimitar o alcance geográfico do reconhecimento daqueles direitos originários, constitui também o marco temporal da ocupação: esta há de estar sendo exercida na data em que promulgada a Constituição, isto é, 05 de outubro de 1988.

III.15. A esse marco temporal voltaremos oportunamente. Por ora, cumpre apenas ressaltar que esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, que esses direitos reconhecidos aos índios não alcançam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas, mas já não o eram quando promulgada a Constituição. Essa a compreensão que se extrai da Súmula nº 650 (“*Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto*”) e do julgamento do RE 219.983.<sup>11</sup>

III.16. Há quem sustente que a Constituição, ao reconhecer os direitos originários das populações indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, estaria restabelecendo o instituto do indigenato. A propósito, afirma José Afonso: “*Dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição luso-brasileira que deita suas raízes já*

---

<sup>11</sup> RE nº 219.983, Relator Ministro Marco Aurélio, “DJ” de 17.09.99, em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

*nos primeiros tempos da colônia, quando o Alvará de 1.4.1680, confirmado pela Lei de 6.6.1755, firmara o princípio de que nas terras outorgadas a particulares seria sempre preservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.*”<sup>12</sup>

III.17. Outra, entretanto, tem sido a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal às garantias postas na Constituição em benefício das comunidades indígenas, o que igualmente será abordado mais adiante.

#### **IV. A demarcação das terras indígenas: sua natureza e limites**

IV.1. Na vigência da Constituição de 1967, com a EC nº 1/69, a Lei nº 6.001/1973, Estatuto do Índio, dispunha competir à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, garantir aos índios e comunidades indígenas a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes (art. 2º, inciso IX).

IV.2. A Constituição de 1988 estabeleceu caber à União demarcar essas terras indígenas, ou seja, aquelas por eles tradicionalmente ocupadas. Procurou a Constituição, ademais, estabelecer um prazo para que a questão indígena fosse definitivamente resolvida, dispondo, no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que esses procedimentos demarcatórios deveriam estar concluídos em cinco anos, contados da promulgação da Constituição.

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da, “Comentário Contextual à Constituição”, Malheiros, 2ª edição, p. 868.

IV.3. O disposto na Constituição tem cunho programático, sendo certo que a não demarcação dessas terras, pela União, no prazo determinado pela Carta Política, não acarreta prejuízo às comunidades indígenas.

IV.4. O processo de demarcação veio a ser regulamentado pelo Decreto nº 1.775/1996, e pode ser definido como *“a forma procedimental pela qual o Poder Público reconhece a incidência dos elementos descritos no art. 231, parágrafo primeiro da Constituição Federal sobre uma sorte de terras.”*<sup>13</sup> Esse procedimento administrativo tem natureza meramente declaratória, de proteção aos índios, que em nada afeta seus direitos, reconhecidos como originários sobre as terras que ocupam. O que o Estado busca nesse procedimento é a identificação das terras da União destinadas aos índios, em razão do preenchimento dos requisitos constitucionais. *“A demarcação não é título de posse nem de ocupação das terras. Como mencionamos há pouco, os direitos dos índios sobre essas terras independe da demarcação. Esta é constitucionalmente exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União, não em prejuízo dos índios, mas para proteger seus direitos e interesses.”*<sup>14</sup>

IV.5. O procedimento, já foi dito, está hoje disciplinado pelo Decreto 1.775/1996. Em todas as suas etapas conta com a participação do grupo indígena envolvido. É possível identificar, nesse processo, seis fases:

*(i) identificação e delimitação das terras, amparadas, ambas, em estudos antropológicos e de natureza etno-histórica,*

---

<sup>13</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, “O Processo de Demarcação de Terras Indígenas: o Poder Público deve aplicar o artigo 231 da Constituição”, in Terras Indígenas no Brasil, CEDI, Museu Nacional

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da, ob. cit., p. 786.

*sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessário à delimitação;*

*(ii) aprovação e publicação: concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado, caracterizando a terra indígena a ser demarcada. Aprovado o relatório, segue-se sua publicação;*

*(iii) impugnação: desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação do relatório, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório;*

*(iv) Análise das impugnações: nos sessenta dias subseqüentes ao encerramento do prazo de impugnação, o respectivo procedimento será encaminhado ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas;*

*(v) decisão e demarcação: em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá, seja declarando os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação, seja prescrevendo novas diligências, seja, enfim, desaprovando a identificação, por falta de atendimento ao disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes;*

*(vi) homologação e registro: em sendo o caso de homologação, esta ocorrerá mediante decreto, e, até trinta dias após a sua publicação, a FUNAI promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.*

IV.6. Como afirmado anteriormente, ao reconhecer aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e determinar que a União promova a sua demarcação, a Constituição Federal estabeleceu igualmente os marcos geográficos e temporais para o procedimento demarcatório.

IV.7. Em primeiro lugar, somente há de ser reconhecida como terra indígena aquela ocupada pelos índios “*tradicionalmente*”, entendido aqui a expressão como posse no sentido da comunidade indígena, em que preservados seus usos e costumes. Em segundo lugar, indispensável que a terra, para ser considerada indígena, estivesse sendo ocupada na data da promulgação da Constituição, 05/10/1988. Este tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado em julgamentos envolvendo discussões sobre terras indígenas.

IV.8. Assim é que, no RE 219.983, em que se discutia se estariam incluídas no domínio da União, por força do disposto no art. 20, inciso XI, da Constituição, terras antes ocupadas pelos índios, consagrou o Supremo Tribunal Federal a idéia da atualidade da ocupação, ou seja, da posse. Ao concluir o seu voto, pela inexistência de domínio da União na espécie, afirmou o Relator, Ministro Marco Aurélio: “*Conclui-se, assim, que a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição de 88, considerada a regência seqüencial da matéria sob o prisma constitucional, não*

*alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas”.*

IV.9. No mesmo sentido o voto do Ministro Nelson Jobim: *“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 posse. É preciso deixar claro, também, que a palavra “tradicionalmente” não é a posse imemorial, é a forma de possuir; não é a posse no sentido da comunidade branca, mas, sim, da comunidade indígena.”*

IV.10. Presidi esse julgamento, porque, à época, tinha eu a honra de integrar o Supremo Tribunal Federal. Acompanhei, então, o voto do Relator, dado que se pretendia incluir no domínio da União terras que não mais se encontravam na posse dos índios. Assim resumi meu voto: *A disposição inscrita no inciso XI do art. 20, da Constituição Federal – terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – requer ocupação atual, o que evidentemente não ocorre relativamente às terras existentes em Santo André e em Guarulhos, em São Paulo.*<sup>15</sup> Esse julgado acabou dando origem à súmula 650: *“Os incisos I e XI do art. 20 da Constituição federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.”*

IV.11. A posse, como limite geográfico, e sua atualidade, como limite temporal, na demarcação de terras indígenas, voltou a ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no caso da demarcação da Terra Indígena *“Raposa Serra do Sol”*, quando foi decidida a Pet 3.388, com adoção das condicionantes postas no voto do eminente e saudoso Ministro Carlos

---

<sup>15</sup> RE 219.983, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 17.09.99, em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

Alberto Menezes Direito.<sup>16</sup> O Relator, Ministro Ayres Britto, alertou para o marco temporal da ocupação, afirmando:

*“Aqui, é preciso ver que nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como o 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 reflète o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação de áreas indígenas”.*<sup>17</sup>

IV.12. Afastando a ideia de que a Constituição teria resgatado o conceito antigo de indigenato, o Supremo Tribunal, na esteira do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, com os substanciais acréscimos do Ministro Menezes Direito, decidiu que o reconhecimento de terras indígenas e a consequente obrigação da União de demarcá-las estariam condicionados ao fato indígena, conceito que alcançaria os limites espacial e temporal inscritos na Constituição. Assim, o reconhecimento dependeria de um fato, a posse sobre uma determinada área, e que esse fato ocorresse num momento certo, ou seja, a data da promulgação da Constituição. Disse, então, o Ministro Menezes Direito:

---

<sup>16</sup> Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 120, 01.07.2010, em [www.stf.jus.br/Jurisprudência](http://www.stf.jus.br/Jurisprudência).

<sup>17</sup> DJe de 01.07.2010; em [www.stf.jus.br/Jurisprudência](http://www.stf.jus.br/Jurisprudência).



*“Terras que os índios tradicionalmente ocupam são, desde logo, terras já ocupadas há algum tempo pelos índios no momento da promulgação da Constituição. Cuida-se ao mesmo tempo de uma presença constante e de uma persistência nessas terras. Terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula 650 deste Supremo Tribunal Federal. Uma presença bem definida no espaço ao longo de certo tempo e uma persistência dessa presença, o que torna a habitação permanente outro fato a ser verificado.*

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

*(...)*

*É esse fato qualificado que o procedimento de identificação e demarcação deve ter por objeto. Tal procedimento deve se tornar uma atividade orientada pelos elementos que tipificam a presença indígena e definem o seu âmbito. A identificação do fato indígena, que, por um lado, dispensa considerações sobre a ocupação imemorial, por outro exige comprovação e demonstração, ou seja, presença na data da promulgação da Constituição de 1988 dos índios nas terras em questão, uma presença constante e persistente”.*

IV.13. Assentou, pois, o Supremo Tribunal Federal, nesse memorável julgamento, que o reconhecimento de terras consideradas indígenas, e sua conseqüente demarcação, deveriam atender a esses dois requisitos: a posse, como fato, e sua ocorrência em determinada data, 5 de outubro de 1988. Dito de outra forma, a proteção constitucional estende-se

à terra efetivamente ocupada na data de promulgação da Constituição de 1988.

IV.14. A consequência é que não se encontram amparadas pela proteção constitucional terras que, em 5 de outubro de 1988, não eram ocupadas por comunidades indígenas, e de forma tradicional, ainda que o tenham sido em datas anteriores. Da mesma forma não se enquadram no conceito de terras indígenas, passíveis de demarcação, aquelas que venham a ser ocupadas em data posterior à Constituição, ou que o foram em data a ela anterior. A data de promulgação da Constituição é o marco temporal para o reconhecimento dos direitos indígenas, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

#### **V. A demarcação como ato insusceptível de modificação posterior**

V.1. Em palestra que proferi, em 1992, no Seminário de Direito Constitucional promovido pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, afirmei que, cabendo ao Supremo Tribunal a guarda da Constituição, *“é na jurisdição constitucional que a Corte Suprema realiza essa competência fundamental, substancial, essencial, precípua, como está no art. 103 da Constituição, jurisdição constitucional que foi ampliada pela Constituição de 1988.”*<sup>18</sup>

V.2. A guarda da Constituição, de competência final e definitiva do Supremo Tribunal Federal, pressupõe, por óbvio, a competência para interpretá-la, em termos terminativos. Certo é que, como toda lei, também a Constituição requer interpretação para melhor compreensão de suas

---

<sup>18</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva, “O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional”, in “Temas de Direito Público”, Del-Rey, 1994, p. 110.

normas, condição para que possam adquirir plena eficácia. E essa interpretação é terminativa. É dizer, encerra qualquer questionamento a respeito. Objeto da interpretação constitucional é, no dizer de Luís Roberto Barroso, a determinação do significado das normas que integram a Constituição. Essa interpretação, acrescenta, “*pode assumir duas modalidades: a) a da aplicação direta da norma constitucional, para reger uma situação jurídica – por exemplo, a aposentadoria de um funcionário, o reconhecimento de uma imunidade tributária, a realização de um plebiscito sobre a fusão de dois estados etc.; b) ou a de uma operação de controle de constitucionalidade, em que se verifica a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição*”.<sup>19</sup>

V.3. Em qualquer das modalidades, cabe ao Supremo Tribunal Federal a palavra final, certo que o exercício dessa jurisdição constitucional há de se projetar para o futuro, pois, na lição do Ministro Celso de Mello, os precedentes do Supremo Tribunal Federal conferem “*previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas,*”<sup>20</sup> o que se traduz, também, em estabilidade e segurança das relações jurídicas. Anota, mais, o Ministro Celso de Mello que, no poder de interpretar a Constituição, principalmente na hipótese de aplicação direta de sua norma, reside também a prerrogativa, de certa forma, de reformulá-la, pois a interpretação da Constituição, pela Corte Constitucional, constitui processo informal de mutação constitucional.

V.4. Trata-se do fenômeno que Luís Roberto Barroso, forte em Cooley, denomina de construção, conceito que deve estar presente na interpretação constitucional, pois a Constituição, dado o seu caráter de

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto, “Interpretação e Aplicação da Constituição”, Saraiva, 7ª edição, p. 110.

<sup>20</sup> Mandado de Segurança nº 26.603, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJe 19.12.2008.

abstração, destina-se “a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto”. Assim, enquanto a interpretação “é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São considerações que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas”.<sup>21</sup>

V.5. Como foi dito, cabe ao Supremo Tribunal Federal a palavra definitiva na interpretação constitucional, o que confere às suas decisões a capacidade de estabilizar as relações jurídicas e garantir a segurança jurídica que constitui valor indissociável da concepção de Estado de Direito. Insere-se ela, desse modo, no rol dos direitos e garantias individuais.

V.6. É irrelevante que o termo segurança jurídica não esteja mencionado, expressamente, na Constituição. É que a segurança jurídica, leciona Paulo de Barros Carvalho, constitui um sobre princípio. “Não temos notícia – afirma ele – de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais”. Acrescenta o ilustre autor: “Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos sua projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto, ob. cit. p. 108.

vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tecitura do todo; então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo.”<sup>22</sup>

V.7. Em nome dessa segurança jurídica, afirmou o Ministro Gilmar Mendes: “Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes.”<sup>23</sup>

V.8. Consciente dessa perspectiva da segurança jurídica, que suas decisões devem garantir para o futuro, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, envolvendo a demarcação da Terra Indígena “Raposa Serra do Sol,”<sup>24</sup> reconheceu que não estava julgando apenas mais um caso, mas definindo parâmetros para julgamentos outros que se seguiriam.

V.9. Essa preocupação ficou muito clara nos votos então proferidos, sendo taxativo o Ministro Gilmar Mendes, ao reconhecer que o Supremo Tribunal Federal não estava julgando apenas um caso: “Nós estamos pela primeira vez, fixando uma orientação para a questão da demarcação com todas as suas implicações”.

---

<sup>22</sup> CARVALHO, Paulo de Barros, “O princípio da segurança jurídica em matéria tributária”, in “Ciência Jurídica”, Ano VIII, vol. 58, ps. 51-55.

<sup>23</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 203.498, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 08.04.2003.

<sup>24</sup> Pet. nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 25.09.2019 e DJe 01.07.2010. em [www.stf.jus.br/Jurisprudência](http://www.stf.jus.br/Jurisprudência).

V.10. Na mesma linha, o Ministro Menezes Direito: *“A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro”*.

V.11. Por fim, assinalou o Ministro Cezar Peluso que aquele julgamento constituía um *leading case*, *“que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas nesse tema”*. Defendeu, por isso mesmo, o Ministro Peluso, a aprovação dos enunciados postos no voto do Ministro Menezes Direito, principalmente para orientar as futuras demarcações.

V.12. Entre os enunciados, ou condicionantes, adotados pelo Supremo Tribunal Federal, ao confirmar a demarcação contínua da reserva *“Raposa Terra do Sol”*, está o de número XVII, assim redigido: *“é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”*.

V.13. A razão de tal enunciado, posta no voto do saudoso e sempre lembrado Ministro Menezes Direito, diz respeito exatamente com a segurança jurídica:

*“Como já ressaltado, o procedimento de regularização da terra indígena é um procedimento destinado à apuração do **fato indígena**, isto é, a presença indígena em 5/10/1988, com a sua respectiva extensão, esta já determinada com base nas já suas referidas expressões.*

*Ora, uma vez estabelecido e constatado esse fato, com base no qual terá sido homologada a área da terra*

*indígena, não pode haver mais espaço ou ensejo para uma revisão dessa área. Cuida-se, aqui, de verdadeira preclusão administrativa, que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados. Não se concebe que o poder-dever da administração de rever de ofício seus atos alcance a constatação de um fato cuja ocorrência e extensão decorreram de um procedimento instaurado regularmente com observância do contraditório. Desse procedimento resultou a consolidação de direitos individuais, como ocorre com propriedades adjacentes à terra indígena, assim como outros interesses públicos ou privados relacionados à área não abrangida pela terra indígena”.*

V.14. Nos debates havidos quando da aprovação desse enunciado/condição, o Ministro Cezar Peluso também se reportou à posse como pressuposto da demarcação, afirmando que, se a área foi demarcada, e, no ato da demarcação, ficou reconhecido que ela correspondia à posse efetivamente provada, *“se nós admitirmos que a área demarcada possa ser ampliada, significa que é duvidosa a área ocupada. Foi demarcada em situação duvidosa, porque, quando se demarca a área, é porque se reconheceu que essa é a área ocupada”.*

V.15. A Súmula, aprovada pelo Supremo Tribunal, afasta a possibilidade de ampliação de terra indígena que tenha sido demarcada, em razão de nela ter sido comprovada a ocupação pelos indígenas, mediante procedimento administrativo. Trata-se de ato administrativo que gera direitos para terceiros, o que o torna insusceptível de modificação posterior, a menos que se comprove ter ocorrido fraude.

V.16. Acontece que o Supremo Tribunal Federal está voltando ao tema e, ao que parece, caminha para rever o decidido no caso *“Raposa*

*Serra do Sol.*”<sup>25</sup> Vale anotar que a questão – terras indígenas – tem sido posta com certo paternalismo e até certo passionalismo, *data venia*. Que é necessário proteger os povos indígenas e as suas terras, não há dúvida, estamos todos de acordo. Porém, há necessidade, noutra perspectiva também válida, de proteger e fazer valer a segurança jurídica. Quem ocupa terras de origem indígena, com má-fé, devem ser desalojados, claro, porém num processo com observância do devido processo legal. E o problema que chama a atenção e mobiliza a opinião pública, são os garimpos ilegais em terras indígenas, com devastação da mata, poluição de rios e toda sorte de malfeitos, sem necessidade de faltar nos denominados “grileiros,” que falsificam títulos de terras, e toda sorte de falcatruzeiros que agem nessa área. Essa gente deve ser expulsa das terras indígenas.

V.17. Todavia, há agricultores no amanho de suas terras, com título justo e boa-fé, títulos de propriedade expedidos, há anos, por autoridades competentes. Estes devem ter respeitados os seus títulos, a sua propriedade e a sua posse. A questão, então, no caso de o Supremo Tribunal Federal mudar o entendimento manifestado no caso “*Raposa Serra do Sol*”, deverá ser resolvida, em respeito ao princípio da segurança jurídica, na modulação dos efeitos da decisão, bastando contenha referida decisão as ressalvas indicadas. Com isto, estar-se-á protegendo as terras indígenas e os indígenas, e fazendo hígida a ordem jurídico-constitucional, ao respeitar-se o princípio da segurança jurídica.

## **VI. Conclusão**

---

<sup>25</sup> RE 1.017.365-SC, Rel. Min. Edson Fachin.



VI.1. Forte nas considerações expostas, podemos formular as seguintes conclusões:

VI.1.1. As duas expressões inscritas no artigo 231 da Constituição Federal – “*terras que tradicionalmente ocupam*” e “*terras tradicionalmente ocupadas*” -- querem dizer terras que os índios ocupavam na data da promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, sendo, ainda, indispensável que essa ocupação tenha sido à moda indígena, uma vez que a expressão “*tradicionalmente*” não possui conteúdo temporal, mas diz respeito à forma de ocupação.

VI.1.2. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal permite extrair duas outras conclusões: terras que foram, no passado, ocupadas pelos índios, mas que não o eram em 05 de outubro de 1988, não são passíveis de demarcação ou de reconhecimento dos direitos indígenas sobre elas; da mesma forma, as terras que vieram a ser ocupadas após a promulgação da Constituição não constituem posse indígena para fins de aplicação do art. 231 da Constituição.

VI.1.3. Há os que sustentam que a Constituição de 1988 resgatou o instituto do indigenato, ao se reportar aos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam. Todavia, não é esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento da Petição 3.388 – “*Raposa Serra do Sol*” – ao adotar a tese do fato indígena, ou seja, terra indígena não é aquela ocupada desde os tempos imemoriais, mas aquela existente na data da promulgação da Constituição. Esse, aliás, o teor da Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que não são terras indígenas e, portanto, integrantes do domínio da União, terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.

VI.1.4. No caso de o Supremo Tribunal Federal, mudar o entendimento manifestado no caso “*Raposa Serra do Sol*”, certamente que modulará a decisão no sentido de fazer valer o princípio da segurança jurídica, bastando que reconheça os títulos de propriedade expedidos pela autoridade competente, nos moldes, por exemplo, expostos neste estudo (Itens V.16 e V.17).