

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RECDO.(A/S) : INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE SANTA CATARINA - IMA - NOVA DENOMINACAO DO FATMA

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADV.(A/S) : ALISSON DE BOM DE SOUZA

ADV.(A/S) : MARISTELA APARECIDA SILVA

ADV.(A/S) : CAMILA DE ALCANTARA RICO

ADV.(A/S) : DEBORA TIEMI SCOTTINI

ADV.(A/S) : DEBORAH MARIA FERREIRA GOMES

ADV.(A/S) : LUIZ EDUARDO MARINHO RAUEN

ADV.(A/S) : GERALDO STELIO MARTINS

ADV.(A/S) : JULIANA CASSANELLI MACHADO

RECDO.(A/S) : COMUNIDADE INDÍGENA XOKLENG, TERRA INDÍGENA IBIRAMALA KLAÑO

ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

ADV.(A/S) : CARLOS FREDERICO MARES DE SOUZA FILHO

AM. CURIAE. : CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO - CIMI

ADV.(A/S) : RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

ADV.(A/S) : PALOMA GOMES

AM. CURIAE. : CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS - CNDH

ADV.(A/S) : LEANDRO GASPAR SCALABRIN

AM. CURIAE. : FIAN BRASIL - ORGANIZAÇÃO PELO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO E À NUTRIÇÃO ADEQUADAS

ADV.(A/S) : VALERIA TORRES AMARAL BURITY

AM. CURIAE. : INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA

ADV.(A/S) : JULIANA DE PAULA BATISTA

AM. CURIAE. : INDIGENISTAS ASSOCIADOS - INA

ADV.(A/S) : MAURO DE AZEVEDO MENEZES

ADV.(A/S) : GUSTAVO TEIXEIRA RAMOS

AM. CURIAE. : FUNDAÇÃO LUTERANA DE DIACONIA - FLD

ADV.(A/S) : LUCIA HELENA VILLAR PINHEIRO
 AM. CURIAE. : CONSELHO INDÍGENA DE RORAIMA - CIR
 ADV.(A/S) : IVO CÍPIO AURELIANO
 AM. CURIAE. : COORDENAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS
 DA AMAZÔNIA BRASILEIRA - COIAB
 ADV.(A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO
 AM. CURIAE. : CONFEDERACAO DA AGRICULTURA E PECUARIA
 DO BRASIL - CNA
 ADV.(A/S) : RUDY MAIA FERRAZ
 AM. CURIAE. : MOVIMENTO UNIDO DOS POVOS E
 ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS DA BAHIA -
 MUPOIBA
 ADV.(A/S) : SAMARA CARVALHO SANTOS
 AM. CURIAE. : ATY GUASU KAIOWA GUARANI
 ADV.(A/S) : ANDERSON DE SOUZA SANTOS
 AM. CURIAE. : CONSELHO DO POVO TERENA
 ADV.(A/S) : ANDERSON DE SOUZA SANTOS
 ADV.(A/S) : LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO
 AM. CURIAE. : CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA - CTI
 ADV.(A/S) : BRUNO MARTINS MORAIS
 AM. CURIAE. : ESTADO DE SANTA CATARINA
 PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA
 CATARINA
 AM. CURIAE. : COMUNIDADE INDÍGENA XUKURU DO ORORUBÁ
 ADV.(A/S) : GUILHERME ARAÚJO MARINHO MAGALHÃES
 AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
 INTDO.(A/S) : UNIÃO
 PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 AM. CURIAE. : POVO DA TERRA INDÍGENA PASSO GRANDE DO
 RIO FORQUILHA E OUTRO(A/S)
 ADV.(A/S) : IGOR MENDES BUENO
 AM. CURIAE. : ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL
 - APIB
 ADV.(A/S) : ANDERSON DE SOUZA SANTOS
 AM. CURIAE. : REDE SUSTENTABILIDADE
 AM. CURIAE. : JOENIA BATISTA DE CARVALHO

ADV.(A/S) : FLAVIA CALADO PEREIRA
 AM. CURIAE. : COMISSÃO GUARANI YVYRUPA - CGY
 ADV.(A/S) : ANDRÉ HALLOYS DALLAGNOL
 ADV.(A/S) : GABRIELA ARAUJO PIRES
 ADV.(A/S) : JULIA ANDRADE FERREZIN
 ADV.(A/S) : JULIA CARVALHO NAVARRA
 ADV.(A/S) : LUISA MUSATTI CYTRYNOWICZ
 AM. CURIAE. : REDE ECLESIAL PAN-AMAZÔNICA - REPAM -
 BRASIL

 ADV.(A/S) : CHANTELE DA SILVA TEIXEIRA
 AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES DE
 SOJA - APROSOJA

 ADV.(A/S) : FELIPE COSTA ALBUQUERQUE CAMARGO
 AM. CURIAE. : SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA - SRB
 ADV.(A/S) : PAULO DORÓN REHDER DE ARAÚJO
 AM. CURIAE. : GREENPEACE - BRASIL
 ADV.(A/S) : ALESSANDRA FARIAS PEREIRA
 AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA -
 ABA

 ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARÃES
 AM. CURIAE. : FAMASUL - FEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E
 PECUÁRIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

 ADV.(A/S) : GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE ANTÔNIO JOÃO/MS
 ADV.(A/S) : LUANA RUIZ SILVA
 AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DO INDÍGENA KRAHÔ-KANELA
 APOINKK

 AM. CURIAE. : POVO KRAHÔ TAKAYWRÁ
 AM. CURIAE. : UNIÃO DAS ALDEIAS APINAJÉ PEMPXÁ
 AM. CURIAE. : POVO TAPUIA
 ADV.(A/S) : JACQUELINE D'ELLEN LEITE PAIVA
 AM. CURIAE. : CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL
 - CNBB

 ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO
 ADV.(A/S) : PAULO FRANCISCO SOARES FREIRE
 AM. CURIAE. : COMUNIDADE INDÍGENA APÃNJEKRA CANELA

AM. CURIAE. : COMUNIDADE INDÍGENA MEMORTUMRÉ
 CANELA

AM. CURIAE. : COMUNIDADE INDÍGENA AKROÁ-GAMELLA
ADV.(A/S) : LUCIMAR FERREIRA CARVALHO

AM. CURIAE. : ORGANIZAÇÃO NACIONAL DE GARANTIA AO
 DIREITO DE PROPRIEDADE - ONGDIP
ADV.(A/S) : LUANA RUIZ SILVA

AM. CURIAE. : POVO INDÍGENA XAVANTE, DA TERRA INDÍGENA
 MARÃIWATSÉDÉ
ADV.(A/S) : JUVELINO JOSE STROZAKE

ADV.(A/S) : CAROLINE PRONER
ADV.(A/S) : GABRIEL DARIO MATOS
ADV.(A/S) : EDEMIR HENRIQUE BATISTA
ADV.(A/S) : DIEGO VEDOVATTO

AM. CURIAE. : COMUNIDADE INDÍGENA DO POVO XAKRIABÁ
ADV.(A/S) : LETHICIA REIS DE GUIMARÃES
AM. CURIAE. : ACRIMAT - ASSOCIAÇÃO DOS CRIADORES DE
 MATO GROSSO
ADV.(A/S) : RODRIGO GOMES BRESSANE

AM. CURIAE. : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
ADV.(A/S) : GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
ADV.(A/S) : JULIA MELLO NEIVA
ADV.(A/S) : PAULA NUNES DOS SANTOS
ADV.(A/S) : MARCOS ROBERTO FUCHS
ADV.(A/S) : RODRIGO FILIPPI DORNELLES
ADV.(A/S) : GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI

AM. CURIAE. : A UFPE - UNIVERSIDADE FEDERAL DE
 PERNAMBUCO
ADV.(A/S) : LUIS EMMANUEL BARBOSA DA CUNHA
ADV.(A/S) : CAMILLA MONTANHA DE LIMA
ADV.(A/S) : FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DO POVO HUNI KUI DO ESTADO DO
 ACRE - FEPHAC, NUKUN HUNIKUINEN BEYA
 XARABU TSUMASHUN EWAWA
ADV.(A/S) : LUCIANA ALVES DE LIMA
ADV.(A/S) : DAGOBERTO AZEVEDO BUENO FILHO
AM. CURIAE. : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE CAARAPÓ
ADV.(A/S) : CICERO ALVES DA COSTA
AM. CURIAE. : ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
AM. CURIAE. : MOVIMENTO DE DEFESA DA PROPRIEDADE E DIGNIDADE - DPD
AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE CUNHA PORA
AM. CURIAE. : MUNICIPIO DE SAUDADES
ADV.(A/S) : JAQUELINE MIELKE SILVA
AM. CURIAE. : FEDERACAO DA AGRICULTURA DO ESTADO DO PARANA
ADV.(A/S) : GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA ; AJD
ADV.(A/S) : DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
ADV.(A/S) : PAULO FRANCISCO SOARES FREIRE
AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE PORTO SEGURO
ADV.(A/S) : LEANDRO HENRIQUE MOSELLO LIMA
ADV.(A/S) : PEDRO JOSE DA TRINDADE FILHO
ADV.(A/S) : FLAVIO ROBERTO DOS SANTOS
ADV.(A/S) : DANIEL MASELLO MONTEIRO
AM. CURIAE. : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : FELIPE DE SANTA CRUZ OLIVEIRA SCALETSKY
ADV.(A/S) : LIZANDRA NASCIMENTO VICENTE
ADV.(A/S) : BRUNA SANTOS COSTA
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS PEQUENOS PRODUTORES RURAIS DA GLEBA PORTO VELHO
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DOS PRODUTORES RURAIS DA SUIA MISSU - APROSUM
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO DOS PEQUENOS AGRICULTORES RURAIS DO PROJETO PAREDAO
ADV.(A/S) : MARCOS DE SOUZA BOECHAT
AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE BELA VISTA
ADV.(A/S) : ONOFRE CARNEIRO PINHEIRO FILHO

ADV.(A/S) : JANAINA BONOMINI PICKLER GONCALVES
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE ITAPETINGA
 ADV.(A/S) : FRANKLIN SANTOS FERRAZ
 ADV.(A/S) : DOMINGOS JOSE BRITTO CORREIA DE MELO
 ADV.(A/S) : MARCIO VINICIUS LOPES ALVES
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE AQUIDAUANA
 ADV.(A/S) : PAMELA DE OLIVEIRA PEREIRA
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE AMAMBAI
 ADV.(A/S) : CHRISTIAN DA SILVA BORTOLOTO
 ADV.(A/S) : ANDRE VICENTIN FERREIRA
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE TERRA ROXA
 ADV.(A/S) : JEAN CARLOS NERI
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE PONTA PORÁ
 ADV.(A/S) : GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
 ADV.(A/S) : JULIANA MIRANDA RODRIGUES DA CUNHA
 PASSARELLI
 ADV.(A/S) : GIOVANA DIAS ZAMPIERI DE OMENA
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE PORTO MURTINHO/MS
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE ANASTÁCIO/MS
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE JUTI/MS
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE MARACAJU
 ADV.(A/S) : GIOVANA DIAS ZAMPIERI DE OMENA
 ADV.(A/S) : JULIANA MIRANDA RODRIGUES DA CUNHA
 PASSARELLI
 ADV.(A/S) : GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
 AM. CURIAE. : SINDICATO DE TRABALHADORES E
 TRABALHADORAS RURAIS DE CÁCERES-MT
 ADV.(A/S) : GABRIEL DARIO DE MATOS SILVA
 ADV.(A/S) : DIEGO VEDOVATTO
 ADV.(A/S) : EDEMIR HENRIQUE BATISTA
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE MIRANDA E BODOQUENA
 AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO RURAL DO VALE DO RIO MIRANDA
 ADV.(A/S) : CARLOS FERNANDO DE SOUZA
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE ABELARDO LUZ
 ADV.(A/S) : SERGIO DALBEN
 ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO KOHL
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE ITAMARAJU

ADV.(A/S) : PEDRO JOSE DA TRINDADE FILHO
 ADV.(A/S) : LEANDRO HENRIQUE MOSELLO LIMA
 AM. CURIAE. : SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE
 BARRETOS-SP

 ADV.(A/S) : IGOR MENDES BUENO
 ADV.(A/S) : FERNANDO HENRIQUE ALVES GONTIJO
 ADV.(A/S) : RODRIGO DE MEDEIROS SILVA
 AM. CURIAE. : SINDICATO DOS PRODUTORES RURAIS DE
 ANAURILÂNDIA-MS

 ADV.(A/S) : CARLOS ALBERTO GARCEZ COSTA
 AM. CURIAE. : SINDICATO RURAL DE TACURU/MS
 ADV.(A/S) : LUANA RUIZ SILVA DE FIGUEIREDO
 AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO
 ESTADO DA BAHIA - FAEB

 ADV.(A/S) : CARLOS ARTUR RUBINOS BAHIA NETO
 ADV.(A/S) : FERNANDA PEDREIRA FERNANDES
 ADV.(A/S) : AURELIO PIRES
 AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO DOS PEQUENOS PRODUTORES
 RURAIS DO ASSENTAMENTO TERRA NOVA

 ADV.(A/S) : DENISE CERIZE KOLLING
 AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DA AGRICULTURA DO ESTADO DO
 RIO GRANDE DO SUL - FARSUL

 ADV.(A/S) : NESTOR FERNANDO HEIN
 ADV.(A/S) : FREDERICO SCHULZ BUSS

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Adoto o bem lançado relatório elaborado pelo Relator, Ministro Edson Fachin, e rememoro apenas que estamos a apreciar recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve a procedência dos pedidos formulados na ação de reintegração de posse ajuizada pelo Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina - IMA, atual denominação da Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – Fatma, em área administrativamente declarada

como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, Estado de Santa Catarina. Confira-se a ementa:

“ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA PELA FATMA EM FACE DE INDÍGENAS. RESERVA IBIRAMA LA KLANÕ. REGULARIZAÇÃO DA ÁREA EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA PROPOSTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANUTENÇÃO/REINTEGRAÇÃO CONCEDIDA.

1. Inexiste conexão entre a presente ação e da ação cível originária n. 1.100, que se encontra em trâmite perante o e. Supremo Tribunal Federal. A referida ação questiona a Portaria nº 1.128/2003 do Ministro da Justiça, acerca da demarcação dos limites da Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ e a presente ação busca a reintegração de posse de área pertencente à FATMA.

2. A União é parte passiva legítima em ação que discute posse sobre área objeto também em demarcação de reserva indígena.

3. Mantida sentença que concede a manutenção/reintegração de posse de área reconhecida como reserva ecológica, ainda que atrelada ou lindeira à área que se encontra em processo de delimitação de reserva indígena. Aplicação do princípio da razoabilidade, sendo impossível a imposição de perda da posse ao proprietário, sem o devido processo legal e respectiva indenização, ausente delimitação da área da reserva como sendo indígena.” (documento eletrônico 20)

No recurso extraordinário, interposto com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente alega violação aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV, e 231 da Constituição Federal. Em síntese, afirma que: (i) a área objeto do litígio já foi reconhecida como

de tradicional ocupação indígena, o que a insere no domínio da União; (ii) a Carta de Direitos de 1988 acolheu a teoria do indigenato; e (iii) o título de propriedade apresentado pela recorrida é nulo diante da Portaria 1.128/2003, do Ministro da Justiça, que declarou ser de ocupação imemorial indígena a área objeto do conflito possessório.

Em 21/2/2019, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras dispostas no art. 231 da CF, que passou a ser representada pelo Tema nº 1031 de Repercussão Geral, em acórdão assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL.

1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.

2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. “ (RE 1.017.365-RG, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 10/4/2019 - documento eletrônico 34)

“Tema 1031 de Repercussão Geral- Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 da Constituição Federal, o cabimento da reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de área administrativamente declarada como de tradicional ocupação indígena, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, em Santa Catarina.” (grifei).

A Procuradoria-Geral da República - PGR apresentou parecer, manifestando-se pelo provimento parcial do recurso extraordinário, assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1.031. ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES DE POSSE DAS ÁREAS DE TRADICIONAL OCUPAÇÃO INDÍGENA. ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NORMAS CONSAGRADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS ORIGINÁRIOS DOS ÍNDIOS SOBRE AS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. POSSE PERMANENTE. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. NECESSIDADE DE ESTUDO ANTROPOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE MARCO TEMPORAL DE OCUPAÇÃO PREESTABELECIDO. NATUREZA MERAMENTE DECLARATÓRIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. NULIDADE E EXTINÇÃO DE ATOS QUE TENHAM POR OBJETO A OCUPAÇÃO, O DOMÍNIO E A POSSE DESSAS TERRAS. COMPATIBILIDADE ENTRE A TUTELA CONSTITUCIONAL DAS TERRAS INDÍGENAS E DO MEIO AMBIENTE.

1. Proposta de tese de repercussão geral – Tema 1.031: “A proteção da posse permanente dos povos

indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional independe da conclusão de processo administrativo demarcatório e não se sujeita a um marco temporal de ocupação preestabelecido. O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos índios direitos originários sobre essas terras, cuja identificação e delimitação deve ser feita por meio de estudo antropológico, o qual é capaz, por si só, de atestar a tradicionalidade da ocupação segundo os parâmetros constitucionalmente fixados, e de evidenciar a nulidade de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas áreas.” -

-Parecer pelo provimento parcial do recurso extraordinário, quanto à alegada ofensa ao art. 231, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal.“ (documento eletrônico 84).

Instado por pedidos da Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama LaKlaño e de diversos *amici curiae*, o relator, Ministro Edson Fachin, em 6/5/2020, concedeu a tutela provisória de urgência, nos seguintes termos:

“[...] Assim, com base no artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, determino, nos termos do pedido, a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso.” (documento eletrônico 285 – sem os grifos do original).

Na sequência, em 8/5/2020, o Relator deferiu nova liminar para suspender integralmente os efeitos jurídicos do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, até o final julgamento de mérito deste recurso, bem como determinou à Funai que

“se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031.” (documento eletrônico 288 - sem os grifos do original).

Em 8/6/2021, o Relator tornou disponível o relatório do seu voto, nos termos do art. 131 do Regimento Interno do STF (documento eletrônico 728).

Iniciado o julgamento na Sessão Plenária de 8/9/2021, o Min. Edson Fachin votou pelo provimento do recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, e propôs a seguinte tese de repercussão geral:

“Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, sob os seguintes pressupostos:

I - a demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - a posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e

cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal;

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

V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

VI - o redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos das normas de regência;

VII - as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

VIII - as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;

IX - são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área

como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

X – há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.”

Em seguida, na Sessão de 15/9/2021, o Ministro Nunes Marques, inaugurando a divergência, votou para negar provimento ao recurso extraordinário.

Ato contínuo, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu voto-vista, acompanhando o Relator pelo provimento do recurso extraordinário, e propondo tese de repercussão geral parcialmente diversa.

Após o voto-vista sobredito, o Ministro André Mendonça pediu vista dos autos e, votando exclusivamente na tese jurídica objeto de repercussão geral, sustentou a existência do marco temporal.

Feitos esses esclarecimentos, passo ao voto.

De início, registro que recebi e analisei de forma bastante vertical todas as manifestações trazidas pelos diferentes setores da sociedade. De igual forma, entendo e acolho as preocupações legítimas que me foram apresentadas. Assento, no entanto, a necessidade de que este julgamento respeite integralmente as escolhas realizadas pelo Constituinte originário, cabendo a esta Suprema Corte zelar pela máxima efetividade das regras e princípios constitucionais. Portanto, o que faço aqui é analisar o que está na Constituição da República.

Sem prejuízo de um exame verticalizado de toda a discussão deduzida nos autos do processo em referência, que farei adiante, registro, desde logo, que estou de acordo com o Relator Ministro Edson Fachin, e o acompanho, quanto:

- ao reconhecimento da impossibilidade de se impor qualquer tipo de marco temporal em desfavor dos

povos indígenas, conforme dispõe o regime jurídico da Constituição da República;

- ao direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, nos termos do art. 231, § 6º da Constituição.

Por outro lado, respeitosamente e com a devida vênia, divirjo do Relator, Ministro Edson Fachin, quanto a este ulterior aspecto por entender que o direito à indenização, ínsito à propriedade, concilia duas vertentes:

- para além das benfeitorias de boa-fé, é compatível com a interpretação sistemática da Constituição da República o reconhecimento de indenização ao particular que, de boa-fé, recebe a titulação indevida concedida pelo ente público, consoante dispõe o sistema de responsabilidade civil do Estado, previsto no art. 37, § 6º, da Constituição;
- a aludida responsabilidade civil não se restringe à União, alcançando o ente público que gerou os danos causados decorrente da titulação indevida, devendo ser aferida caso a caso; e,
- a solução desses conflitos indenizatórios é independente do processo demarcatório e pode ocorrer pela via da autocomposição, privilegiando mecanismos de desjudicialização, pacificação social e segurança jurídica.

Passo, agora, a um exame detalhado de todas as controvérsias tratadas nestes autos e, ao final, farei uma proposta complementar de teses para a definição do estatuto jurídico constitucional da posse das áreas tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas.

Quanto à questionada tese do marco temporal, impõe-se algumas breves e necessárias reflexões.

É público e notório que milhares de indígenas já ocupavam as terras posteriormente declaradas como públicas. Ademais, como é de conhecimento geral, para além dos danos à população indígena ao longo dos séculos, o esbulho possessório foi elemento central do processo de ocupação do território nacional.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, XI, incluiu entre os domínios da União as terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, declarando nulos e extintos quaisquer títulos sobre elas existentes (art. 231, § 6º, da CF). Por consequência, as mencionadas terras são também inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva por terceiros (art. 231, § 4º, da CF).

Paralelamente, reconheceu-se aos indígenas um direito subjetivo congênito à posse e ao usufruto de terras - que antecede, portanto, a formação do sistema constitucional -, compreendidas como “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” (art. 231, § 1º, da CF).

Confira-se, a propósito, o regime jurídico constitucional sobre a temática:

“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.

§ 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, 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 do País, 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 a 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."

O Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 183.188/MS, DJe 14/2/1997, ao discorrer sobre os dispositivos constitucionais em comento, expôs de forma percuciente:

“A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, caput e seu § 1º).

(...)

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

Na perspectiva desse novo paradigma instaurado pela Constituição Cidadã, segundo Carlos Frederico Marés de Souza Filho, garante-se “aos índios o direito de continuarem a ser índios”¹. Conforme o autor:

¹ Comentários à Constituição do Brasil/J. J. Gomes Canotilho... [et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP), p. 2252

“Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração ou provisoriedade da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos que assim desejarem na vida nacional ficou mantida na em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: *"puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy"* Está rompida a provisoriedade que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato.”

Nesse cenário, a originalidade do direito dos indígenas às terras que ocupam foi reafirmada com o advento da CF/1988, o que revela, quando menos, a precedência desse direito sobre qualquer outro, assim como a ausência de um marco temporal a partir da implementação do novo regime constitucional, uma vez que constitui um direito secularmente assegurado.

Outrossim, ao optar pela terminologia “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios”, o Texto Constitucional escolheu o critério para a definição de terra indígena – consistente no modo de ocupação das terras pelos indígenas –, e não necessariamente a presença física local desde os tempos remotos.

Em se tratando de genuíno direito fundamental, a melhor compreensão hermenêutica das relações possessórias das terras indígenas deve abrigar a máxima efetividade, de maneira a assegurar as potencialidades que o sistema constitucional buscou garantir ao

titular do direito. Impõe-se evitar, portanto, qualquer interpretação restritiva, tendente a esvaziar, eliminar ou reduzir o direito.

Veja-se, a propósito, o disposto no art. 215, da CF/1988:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”

Como se vê, o sistema constitucional reconhece e protege, de forma exhaustiva, as terras, as tradições e os hábitos dos indígenas, de modo a preservar a cultura dos nativos do País.

Logo, ao reconhecer direitos originários sobre as terras, a Constituição de 1988 confirmou a teoria do indigenato, na qual a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita e, por conseguinte, originária.

Conforme leciona José Afonso da Silva, o Indigenato:

“[...] 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’². (sem os destaques do original)

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 876.

Em sentido análogo, transcrevo, a seguir, trecho do voto do meu antecessor, Ministro Ricardo Lewandowski, que com seu olhar sempre denso, tratou do instituto do indigenato na Pet. 3.388/RR (Rel. Min. Ayres Britto, DJe 01/07/2010):

“[...] E nisso os constituintes em nada inovaram, tendo apenas seguido vetusta e venerável tradição jurídica, que se inicia, para não mergulharmos mais profundamente na História, com Frei Francisco de Vitória, dominicano espanhol do século XVI, um dos fundadores do direito internacional, para quem os índios eram os ‘verdadeiros senhores (de suas terras) pública e privadamente’, não possuindo nem o próprio Papa autoridade para atribuir territórios à Espanha e Portugal no Novo Mundo.

Entre nós, José Bonifácio, Patriarca da Independência, ao iniciar a sua proposta, datada de 1823, para a ‘civilização dos índios bravos’, pleiteava que se fizesse “justiça, não esbulhando mais os índios, pela força, das terras que ainda lhes restam, e de que são legítimos senhores, pois Deus lhas deu”.

E no início do século passado, eminentes juristas brasileiros como João Mendes Júnior e Rodrigo Otávio, este em conferência perante a Academia de Direito Internacional de Haia, defenderam a mesma tese, sublinhando que ‘o indigenato é um título congênito de posse territorial, não sujeito a qualquer legitimação, em contraste com a ocupação que é um título adquirido’.

Respeitar o espírito que presidiu à elaboração das normas constitucionais e ordinárias que protegem o pluralismo cultural e os direitos dos índios é o mínimo que o intérprete pode fazer para resgatar a imensa dívida que a sociedade brasileira tem para com os povos autóctones, da qual falavam Cândido Rondon e Roquette Pinto.”

Embora a Constituição de 1988 seja considerada a mais avançada e garantista no reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre suas terras, a matéria foi tratada pela primeira vez, no plano constitucional, na Carta de Direitos de 1934, a qual positivou o direito originário das comunidades indígenas à posse das terras. *Litteris*:

Constituição de 1934

“Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

Dispositivos semelhantes foram consolidados nos Textos Constitucionais seguintes, incluindo aqueles outorgados pelos regimes autoritários. Confira-se:

Constituição de 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.”

Constituição de 1946

“Art. 216. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

Constituição de 1967

“Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União:

[...]

IV – as terras ocupadas pelos silvícolas;

[...]

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.”

Emenda Constitucional n. 1 de 1969

“Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: [...]

IV – as terras ocupadas pelos silvícolas;

[...]

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.

§ 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.”

A partir do sistema constitucional descrito, constatada a ocupação tradicional indígena em determinada área, assegura-se a proteção como fonte primária e, por consequência, opera-se a nulidade de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros.

Nesse sentido, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal ainda na década de 1960, assentou o Ministro Victor Nunes Leal, no julgamento do RE 44.585-MT, de 30/8/1961:

“Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do Serviço de Proteção aos índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras.

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para

estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo.

Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem teres construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual viviam, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a "posse" estaria materializada nas malocas.

Não foi isso que a Constituição quis. O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território, porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo.

Entendo, portanto, que, embora a demarcação desse território resultasse, originariamente, de uma lei do Estado, a Constituição Federal dispôs sobre o assunto e retirou ao Estado qualquer possibilidade de reduzir a área que, na época da Constituição, era ocupado pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico."

Como visto, as constituições republicanas anteriores, desde 1934, conferiam certa proteção às comunidades indígenas e aos seus territórios; a Constituição Federal de 1988, porém, representou uma verdadeira quebra de paradigma, superando o objetivo declarado da

“comunhão nacional”, de caráter integracionista, de que é exemplo a redação do art. 1º da Lei 6.003/1975 (Estatuto do Índio).

Mesmo antes, a legislação infraconstitucional já previa tais direitos. O reconhecimento de posse e do domínio sobre as terras ocupadas pelas comunidades indígenas ocorreu pela primeira vez com o Alvará Régio de 1680, ratificado posteriormente pela Lei de 6/6/1755. Estabeleceu-se, assim, as origens do indigenato, instituto jurídico que proclama o direito originário dos indígenas sobre suas terras, *verbis*:

“[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.”³

Na sequência, o direito subjetivo à posse e uso das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas foi assegurado também pelo art. 24, § 1º, do Decreto 1.318/1854, que tratou da regulamentação da Lei de Terras 601/1850, consolidando entre nós a teoria do indigenato.

Segundo os ensinamos clássicos de João Mendes Junior:

³ CUNHA, Manuela Carneiro da Cunha. Os Direitos do índio: ensaios e documentos. Imprensa: São Paulo, Brasiliense, 1987.

“O indígena, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitue o fundamento da posse, segundo conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., tit., de acq. vel. amitt. posses., L. 1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como direito congenito. Ao indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: - *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*.

Só estão sujeitas à legitimação as posses que se acham em poder de occupante (art. 3º da Lei de 18 de Setembro de 1850); ora, a occupação, como titulo de aquisição, só póde ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A occupação é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictae*. (confirmam-se os civilistas, com referencia ao Dig., tit. de acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras dos indios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples occupação, aquillo que lhes é congenito e primario, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo immediato de dominio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado”⁴.

Diante desse quadro, temos que o Alvará Régio de 1680, ratificado em Lei de 1755; o Decreto de 1854 que regulamentou a Lei de Terras; assim como, as cartas constitucionais a partir da

⁴ MENDES Jr. João. Os indigenas do Brazil, seus direitos individuaes e politicos. Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912, pp.58-59.

Constituição de 1934 em diante, todos acabam por reconhecer a ocupação tradicional indígena e a necessária fonte de proteção primária.

Ainda, acrescento que a preocupação com a questão possessória indígena encontra guarida em documentos internacionais. A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas garante a essas comunidades o direito a terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente. Leia-se:

“Artigo 26

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.”

Em sentido semelhante, destaco os arts. 14 e 16, do Anexo LXXII do Decreto 10.088/2019, que internalizou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 1989:

“Artigo 14

1. 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.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.”

“Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam.

[...]

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas transladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.”

Além dos tratados internacionais acima referidos, destaco a necessidade de reconhecer a relevância do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos para a salvaguarda dos direitos dos indígenas. Em 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH julgou o caso *Xukuru vs Brasil*, apontando uma série de premissas constantes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e destacando a incidência da teoria do indigenato, segundo a qual os indígenas têm o direito congênito à terra.

Naquela oportunidade, a CIDH declarou que o Estado brasileiro é responsável pela violação à proteção judicial, bem como pela violação do direito à propriedade coletiva, previsto nos arts. 21 e 25, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Logo, cabe aplicar tal entendimento no caso em análise.

Em complemento, e com o objetivo de assegurar às comunidades indígenas a posse permanente de suas terras, o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT atribuiu à União o dever de demarcar as terras indígenas, dentro do prazo de cinco anos, in verbis:

“Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.”

A leitura do referido dispositivo revela a omissão do Poder Público na matéria. A história do País nos anos de vigência da Constituição de 1988 revela que a União omitiu-se na tarefa imposta pelo Constituinte.

Registre-se que o precedente firmado no julgamento da Pet 3.388/RR (Rel. Min. Ayres Britto) apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, buscando assegurar aos indígenas as terras que ocupam de modo tradicional, o que representa um notório avanço na tutela constitucional em relação à posse das terras pelos indígenas.

Confira-se, a propósito, trechos da ementa:

“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.” (Pet 3.388/RR, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 01/07/2010)

Consignou-se também na parte dispositiva do acórdão a observância de 19 condicionantes ou salvaguardas institucionais.

Observo, no entanto, que o Plenário do STF assentou, em embargos declaratórios manejados contra o referido acórdão, que tais condicionantes não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demarcações futuras de terras indígenas pelo País, restringindo-as ao objeto da coisa julgada material, qual seja, à sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol. Veja-se:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL.

[...]

3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos.

4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, 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 da superação de suas razões.” (Pet 3.388 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01/07/2010)

Bem por isso, em consonância com o entendimento repisado no âmbito dos Embargos de Declaração, a compreensão hermenêutica deste precedente deve ser realizada com cautela e parcimônia, especialmente quanto ao marco temporal - reconhecido naquele julgado (a partir da Constituição de 1988) -, bem como em relação às condições estabelecidas que, frisa-se, incidem em relação à Reserva da Raposa Serra do Sol e não para o reconhecimento de toda e qualquer terra de ocupação tradicional dos povos indígenas.

De fato, se realmente tivesse sido firmado o entendimento no sentido de que bastaria que os indígenas não estivessem na área em 1988 para se desqualificar a tradicionalidade da ocupação, a própria demarcação da Raposa Serra do Sol teria sido desconstituída, já que existiam áreas indígenas não ocupadas pelos indígenas em 5/10/1988. O modelo contínuo de demarcação das terras indígenas que pressupõe a ideia de continuidade com a demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior foi inclusive previsto na ementa do repisado acórdão.

Não por acaso, esta Corte rejeitou a aplicação obrigatória da tese do marco temporal e, na Proposta de Súmula Vinculante 49/DF, de autoria da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA, consignou a necessidade de anterior e inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria.

Não bastasse, este Supremo Tribunal Federal flexibilizou parte dessas diretrizes em julgamentos posteriores. Confira-se a ementa da ACO 312/BA:

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. AÇÃO DE NULIDADE DE TÍTULOS DE PROPRIEDADE SOBRE IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO SUL DA BAHIA EM RESERVA INDÍGENA.

2) CONFLITO GRAVE ENVOLVENDO COMUNIDADES SITUADAS NA RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMARUMU-CATARINA-PARAGUAÇU. AÇÃO JUDICIAL DISTRIBUÍDA EM 1982 IMPONDO A OBSERVÂNCIA DO REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA CARTA DE 1967 PARA DISCIPLINAR A RELAÇÃO MATERIAL *SUB JUDICE*.

[...]

4) DEMARCAÇÃO DA ÁREA *SUB JUDICE* OCORRIDA EM 1938 DESACOMPANHADA DE HOMOLOGAÇÃO. INCERTEZA ORIUNDA DA

AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS RELEGANDO A COMUNIDADE A UMA SITUAÇÃO FRÁGIL E A UM AMBIENTE DE VIOLÊNCIA E MEDO NA REGIÃO.

5) A HOMOLOGAÇÃO AUSENTE, DA DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA REALIZADA EM 1938, NÃO INIBE O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE RESERVA INDÍGENA NO LOCAL, ORIGINANDO A IMPOSSIBILIDADE DE SE TER POR VÁLIDOS ATOS JURÍDICOS FORMADOS POR PARTICULARES COM O ESTADO DA BAHIA.

6) AUSÊNCIA DE DÚVIDAS QUANTO À PRESENÇA DE ÍNDIOS NA ÁREA EM LITÍGIO DESDE O PERÍODO ANTERIOR AO ADVENTO DA CARTA DE 1967 EM FACE DOS REGISTROS HISTÓRICOS QUE REMONTAM A MEADOS DO SÉCULO XVII.

7) O RECONHECIMENTO DO DIREITO À POSSE PERMANENTE DOS SILVÍCOLAS INDEPENDE DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO NA MEDIDA EM QUE A TUTELA DOS ÍNDIOS DECORRE, DESDE SEMPRE, DIRETAMENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL.

8) A BAIXA DEMOGRAFIA INDÍGENA NA REGIÃO EM CONFLITO EM DETERMINADOS MOMENTOS HISTÓRICOS, PRINCIPALMENTE QUANDO DECORRENTE DE ESBULHOS PERPETRADOS POR FORASTEIROS, NÃO CONSUBSTANCIA ÓBICE AO RECONHECIMENTO DO CARÁTER PERMANENTE DA POSSE DOS SILVÍCOLAS. A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS DE SUAS TERRAS POR ATOS DE VIOLÊNCIA NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR-LHES O RECONHECIMENTO DA TRADICIONALIDADE DE SUA POSSE. *IN CASU*, VISLUMBRA-SE A

PERSISTÊNCIA NECESSÁRIA DA COMUNIDADE INDÍGENA PARA CONFIGURAR A CONTINUIDADE SUFICIENTE DA POSSE TIDA POR ESBULHADA. A POSSE OBTIDA POR MEIO VIOLENTO OU CLANDESTINO NÃO PODE OPOR-SE À POSSE JUSTA E CONSTITUICIONALMENTE CONSAGRADA.

9) NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DE RESERVA INDÍGENA DENOMINADA CARAMURU-CATARINAPARAGUAÇU, CONFORME DEMARCAÇÃO DE 1938. AQUISIÇÃO A *NON DOMINO* QUE ACARRETA A NULIDADE DOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE NA REFERIDA ÁREA INDÍGENA, PORQUANTO OS BENS TRANSFERIDOS SÃO DE PROPRIEDADE DA UNIÃO (SÚMULA 480 DO STF: Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos artigos 4, IV, e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas).

[...]

11) O RESPEITO ÀS COMUNIDADES ÍNDIGENAS E À SUA CULTURA IMPLICA RESTE PRESERVADA A POSSIBILIDADE DE SUPERVENIENTE INCLUSÃO, PELA UNIÃO, ATRAVÉS DE DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA OU MESMO JUDICIAL, DE NOVAS ÁREAS NA RESERVA INDÍGENA CARAMURU-CATARINAPARAGUAÇU ALÉM DA JÁ RECONHECIDA NESTES AUTOS.

12) DEVERAS, A EVENTUAL AMPLIAÇÃO DA ÁREA ANALISADA NESTES AUTOS EM RAZÃO DE DEMARCAÇÃO SUPERVENIENTE A ESTE JULGAMENTO DEMANDARÁ COMPROVAÇÃO DE QUE O ESPAÇO GEOGRÁFICO OBJETO DE EVENTUAL AMPLIAÇÃO CONSTITUÍA TERRA

TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

13) AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS QUANTO AOS TÍTULOS DE PROPRIEDADE E REGISTROS IMOBILIÁRIOS REFERENTES AOS IMÓVEIS ABRANGIDOS PELO ESPAÇO GEOGRÁFICO DEMARCADO EM 1938 E COMPROVADO NESTES AUTOS, TOTALIZANDO APROXIMADAMENTE 54 MIL HECTARES. SOB ESSE ÂNGULO, A AÇÃO FOI JULGADA PROCEDENTE PARA RECONHECER A CONDIÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE TERRA INDÍGENA SOBRE A TOTALIDADE DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 E TOTALIZANDO CERCA DE 54 MIL HECTARES CORRESPONDENTES À RESERVA CARAMARU CATARINA-PARAGUAÇU, E DECLARAR A NULIDADE DE TODOS OS TÍTULOS DE PROPRIEDADE CUJAS RESPECTIVAS GLEBAS ESTEJAM LOCALIZADAS NA ÁREA DA RESERVA.

14) AS RECONVENÇÕES RELATIVAS ÀS TERRAS SITUADAS NO INTERIOR DA ÁREA DEMARCADA EM 1938 IMPROCEDEM. CONDENAÇÃO DESSES RÉUS RECONVINTES, CUJOS TÍTULOS FORAM ANULADOS, A PAGAREM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA E COMPENSADOS OS HONORÁRIOS DOS OUTROS RECONVINTES QUE DECAÍRAM DA RECONVENÇÃO.” (ACO 312/BA, Rel. Min. Eros Grau, Red. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 21/03/2013)

Entendo que é chegada a hora de aprimorar a interpretação constitucional acerca do tema, reconhecendo-se de forma explícita a teoria do indigenato e proibindo-se qualquer retrocesso que reduza a proteção constitucional aos povos originários.

Diante desse panorama, **verifica-se a impossibilidade de se impor qualquer tipo de marco temporal em desfavor dos povos indígenas**, que possuem a proteção da posse exclusiva desde o império, e, em sede constitucional, a partir de 1934. Ademais, o regime jurídico previsto na Constituição de 1988 solapa qualquer dúvida no sentido de que a garantia de permanência dos povos indígenas nas terras tradicionalmente ocupadas é indispensável para a concretização dos direitos fundamentais básicos destes povos.

Convém destacar que o Constituinte de 1988, ao reconhecer os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas, determinou à União sua demarcação enquanto ato meramente declaratório, reconhecendo seu caráter supraestatal, originário e anterior ao próprio Estado brasileiro.

Verifica-se que o processo de demarcação das terras indígenas não possui natureza constitutiva, mas, como dito, declaratória, com a finalidade de delimitar espacialmente os referidos territórios. Some-se a isso a concepção de terra indígena positivada na Constituição de 1988 que incorpora não apenas o local de habitação, mas a soma dos espaços de habitação, de atividade produtiva, de preservação ambiental e daqueles necessários à reprodução física e cultural do grupo.

A demarcação de terras indígenas, portanto, configura ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa demarcação tem por objetivo atribuir segurança jurídica à propriedade coletiva, como bem assentado pela Corte Interamericana em precedente já citado. Ao admitir tais direitos como originários, a Constituição os reconheceu enquanto direitos mais antigos do que qualquer outro, de modo a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, ainda que materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse.

Diante disso, não se pode validar a tese do marco temporal das terras indígenas, o que representaria ignorar que tais populações, não podendo comprovar a posse tradicional concomitante à promulgação

da Constituição, podem ter sido forçadas a deslocamentos involuntários, renitentes esbulhos, alvo de conflitos ou ameaças, entre outras situações.

E, não somente diante de áreas destinadas à habitação permanente pelos indígenas, como também, repiso, daquelas destinadas à realização de atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar daqueles povos e das regiões necessárias à reprodução física e cultural, nos exatos termos abarcados pelo art. 231, § 1º, da CF.

Nessa quadra, destaco trecho do voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia na ADI 5623/DF que, ao tratar das terras de fronteiras ressaltou a adequada interpretação constitucional às terras indígenas:

“16. Seja realçado que a ratificação de registro imobiliário de terras prevista na Lei n. 13.178/2015 não se sobrepõe aos direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam. São nulos todos os atos jurídicos de disposição de imóveis que tenham por objeto o domínio e a posse de suas terras nos termos do art. 231 da Constituição da República.”

Nessa esteira, sem definir qualquer marco temporal anterior, concomitante ou mesmo ulterior, a Constituição Federal de 1988 optou por reputar nulos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere o art. 231 da Constituição Federal, assegurando, em caráter excepcional, o direito à indenização contra a União em relação às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. Veja-se:

“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.

[...]

§ 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.

Tal previsão, aliás, reafirmou o disposto no art. 62 do Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973), *in verbis*:

“Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º Aplica-se o disposto deste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas consequências econômicas.”

Como se nota, o reconhecimento e o procedimento administrativo demarcatório não devem estar condicionados à ausência de título dominial. Isso porque, o sistema constitucional reconheceu o direito originário à posse das terras tradicionalmente ocupadas, além de conferir exaustiva proteção constitucional e normativa, convalidando, desse modo, a tutela assegurada desde o império.

Logo, diante da existência de terra indígena, ainda que não declarada, incabível o reconhecimento de titulação a particulares, conforme designado na própria Constituição, em seu art. 20, XI, que estabelece entre os bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Por outro lado, muito embora não constitua entrave para a conclusão do procedimento da demarcação administrativa, a Constituição Federal admite, de forma excepcional, a indenização de terceiros quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé, consoante o disposto no § 6º, do art. 231.

Neste ponto, porém, consigna-se o compromisso do Estado com a demarcação das terras indígenas no prazo de 5 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme estabelecido no art. 67, do ADCT, já mencionado.

No referido dispositivo do ADCT, a União se comprometeu com a conclusão da demarcação das terras indígenas no período de 5 anos, contados da promulgação da Constituição. Logo, transcorrido o prazo previsto sem que as terras indígenas tenham sido devidamente demarcadas, incorre em mora o Estado brasileiro.

Considerando-se, portanto, o dever do Estado em promover a célere demarcação das áreas originárias de povos indígenas, os procedimentos administrativos e judiciais que tratem da demarcação devem receber regime de tramitação prioritária, consoante interpretação extensiva do art. 5º, LXXVIII, da CF. Veja-se:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Ora, diante das inúmeras demarcações pendentes de conclusão administrativa ou judicial, mesmo findo o prazo previsto no art. 67 do ADCT, há quase 30 anos, há que se primar pela celeridade e prioridade na tramitação dos processos de demarcações já em curso, assim como aqueles que sobrevenham.

Portanto, acompanho o Relator, Ministro Edson Fachin, quanto à racionalidade do cerne do seu voto, reafirmando que a escolha do Constituinte originário foi no sentido de que a proteção constitucional dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas independe da existência de um marco temporal em 5/10/1988. Ainda, comungo do entendimento do Relator quanto ao direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, nos termos do art. 231, § 6º da Constituição.

Contudo, divirjo do Relator, Ministro Edson Fachin, em relação à análise de Sua Excelência sobre a extensão da indenização devida àqueles que, de boa-fé, receberam a titulação de áreas que serão alcançadas pelos procedimentos demarcatórios aqui tratados.

A necessidade de demarcação das terras indígenas e a eventual indenização por benfeitorias, nos moldes citados acima, não afasta a incidência de outros dispositivos constitucionais, como o art. 37 § 6º da CF/1988:

“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.”

Nesse aspecto, estou de acordo com o Relator, Ministro Edson Fachin.

Porém, entendo que é preciso ir além. A interpretação sistemática da Constituição Federal permite aferir que a indenização não fica restrita às benfeitorias de boa-fé, prevista em seu art. 231, § 6º.

Consoante art. 37, § 6º, da Constituição da República, é cabível a apuração de responsabilidade civil do Estado pelos danos causados ao particular de boa-fé, em respeito ao princípio da proteção à confiança, desde que presentes os seus requisitos, o que deve ser aferido em cada caso concreto.

Entendo, por conseguinte, que é devida indenização também em relação à terra nua àqueles, de boa-fé, que receberam, do Poder Público, a titulação indevida de terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas.

Cito, nesse sentido, trecho do parecer do Professor Daniel Sarmento, juntado aos presentes autos:

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

O fato gerador dessa obrigação de reparar, contudo, não é a demarcação da terra indígena, o que

seria constitucionalmente vedado. É a ação ilícita do Poder Público que, revestida da aparência de bom direito, tenha atraído particulares de boa-fé para terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, gerando a confiança legítima para essas pessoas de que poderiam habitar e produzir naquelas terras.” (documento eletrônico 1.950).

Sendo assim, a possibilidade de cabimento de indenização deve ser analisada caso a caso, após procedimento administrativo ou judicial, em detrimento do ente público que, por ações ou omissões, tenha promovido dano com a titulação originária incidente sobre a terra indígena.

Isto porque, conforme já dito, deve-se admitir a responsabilização do Poder Público - inclusive demais entes federados, não se restringindo apenas à União - quando tiverem eles incorrido em ato ilegal, promovendo a transferência de terras supostamente dominicais para particulares, com a consequente titulação sobre terras originariamente indígenas, gerando expectativa ao particular de boa-fé.

Ao admitir-se a indenização de particulares não indígenas nos casos em que evidenciada a responsabilidade civil do Estado, impõe-se ao ente público a obrigação de diligenciar adequadamente em processos administrativos ou judiciais, atuando de forma eficiente, técnica e célere, preservando-se sempre a boa-fé de terceiros.

Nesses casos, reforço que deve o Estado aparelhar-se adequadamente de modo a garantir que os procedimentos sejam priorizados e sejam pautados sempre na legalidade e eficiência. Para tanto, deve-se exigir dos gestores públicos atuação com elevado grau de rigor técnico tanto nas demarcações, quanto nas eventuais apurações de responsabilidade civil.

Aliás, observo que o Decreto 1.775/1996, em seu art. 2º, § 8º, já prevê a possibilidade de Estados e Municípios participarem do

procedimento de demarcação de terras indígenas. A meu ver, essa participação deve se estender ao procedimento de apuração da responsabilidade civil do Estado, a fim de se garantir a proteção aos direitos de todos os envolvidos.

Portanto, a responsabilidade civil do Estado deverá ser apurada individualmente e sem se restringir à União, já que é perfeitamente possível que outros entes públicos se responsabilizem e sejam responsabilizados por eventuais danos causados ao particular de boa-fé.

Ao mesmo tempo em que a eficiência deve pautar a atuação administrativa, deve reconhecer-se como válida a utilização de ferramentas e mecanismos que viabilizem soluções extrajudiciais, no âmbito da própria Administração Pública, priorizando-se a consensualidade e o diálogo colaborativo como forma de resolução dos conflitos, tendo em vista, principalmente, a complexidade dos casos em questão e a multiplicidade dos interesses envolvidos.

Em situações complexas, o Estado-juiz pode e deve transferir às partes a possibilidade de construção de uma solução pacificadora, que preserve os interesses de todos os envolvidos e traga a segurança jurídica necessária à continuidade das atividades, negócios e usufruto dos bens envolvidos no conflito.

À luz do art. 3º, §§2º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015, é obrigação do Estado promover, “sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, bem assim dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimular “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos [...], inclusive no curso do processo judicial”.

Além disso, a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, concretizada pela Lei 13.655/2018, introduziu o art. 26, que é um verdadeiro marco legal para acordos administrativos, estabelecendo duas possibilidades para a estipulação de acordos, a escolha de mecanismos alternativos de

solução de controvérsias ou o acordo resolutivo da própria controvérsia.

Importante mencionar, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento da ADPF 828/DF (Rel. Min. Roberto Barroso), decidiu, no final de 2022, pela instalação imediata de Comissões de Conflitos Fundiários pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais do País. O caso é paradigmático no sentido de dar prioridade ao ferramental da autocomposição para solução de conflitos que envolvem a posse e o domínio de terras.

Descabe, porém, o debate acerca do cabimento de indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já declaradas e reconhecidas, naqueles incidentes sobre áreas que já estejam em posse de povos indígenas ou cuja posse tradicional indígena seja comprovadamente concomitante à Constituição, sob risco de causar grande insegurança jurídica e ressuscitar conflitos já apaziguados.

Destaco que, segundo minha compreensão sobre o tema, a matéria atinente a eventual indenização de ocupantes não indígenas possui dupla vertente:

(i) a que se contém no bojo do processo demarcatório, fundamentada no art. 231, § 6º da CF/1988 (relativamente à indenização por benfeitorias erigidas durante ocupação de boa-fé), cujo pagamento é definido e realizado no âmbito do processo demarcatório;

(ii) a que pode surgir na eventualidade de dano decorrente de titulação indevida sobre a área em face do ente público responsável (inclusive podendo ser buscada judicialmente, se o caso), não tendo o condão de obstar o curso da demarcação, uma vez que não é fase desse procedimento.

Analisadas as propostas de teses jurídicas de repercussão geral, passo a examinar o caso concreto.

Do caso concreto

Trata-se, na origem, de ação possessória movida pelo Instituto de Meio Ambiente de Santa Catarina - IMA contra indígenas da etnia Xokleng, a Fundação Nacional do Índio – Funai e a União. Alegou, em apertada síntese, ser legítima titular do imóvel matriculado sob o n. 12.266 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Itaiópolis/SC, integrante da Reserva Biológica Estadual do Sassafrás - unidade de conservação integral criada pelo Decreto 2.221, de 4 de fevereiro de 1977 -, que foi ocupado, no dia 13 de janeiro de 2009 por cerca de 100 (cem) indígenas da etnia Xokleng.

O pedido foi julgado procedente em primeira instância – e mantido pelo TRF4 -, sob os seguintes fundamentos: (i) a recorrida comprovou a propriedade das glebas ocupadas pelos indígenas e o efetivo exercício da posse sobre a área, para fins de preservação ambiental; (ii) ausência de elementos idôneos a demonstrar que as terras referidas na demanda são tradicionalmente ocupadas por indígenas; (iii) necessidade de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Pois bem. O provimento do recurso é medida que se impõe de rigor à luz do estatuto constitucional das relações possessórias da tradicional ocupação indígena.

Vejamos.

Em primeiro lugar, diferentemente do alegado pela parte autora, a falta de conclusão de processo administrativo demarcatório não inviabiliza o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena sobre determinada área. Com efeito, para além do caráter meramente declaratório do processo administrativo de demarcação, a Portaria 1.128/2003, do Ministério da Justiça⁵, ancorada em estudo antropológico de identificação, declarou que a área objeto da disputa

⁵ Tal ato normativo é objeto de questionamento na ACO 1.100/SC.

possessória é tradicionalmente ocupada pela Comunidade Indígena Xokleng.

É o que basta, portanto, para o reconhecimento do direito possessório dos indígenas. Rememoro, mais uma vez, que 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 [...]”, conforme o disposto no § 6º do art. 231 da CF/1988.

Dito de outro modo, o acórdão impugnado deixou de considerar a preexistência do direito originário dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, conferindo primazia ao título de domínio enquanto prova da posse justa, sem proporcionar à Comunidade Indígena e à Funai a demonstração da natureza da posse.

O segundo fundamento do acórdão impugnado - de que a preservação ambiental constituiria fundamento idôneo para afastar a posse indígena sobre área de ocupação tradicional - não prospera. Isso porque, para além de inexistir qualquer antagonismo entre a posse das terras pelos indígenas e a conservação ambiental, subscrevo as observações do *Parquet*:

“Em primeiro lugar, a posse permanente dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas goza da mesma proteção constitucional conferida ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inexistindo prevalência a priori de nenhum desses direitos fundamentais. Ademais, não há, em termos abstratos, oposição entre os objetivos das áreas ambientalmente protegidas e a presença de indígenas, sendo plenamente possível a compatibilização desses interesses em um mesmo espaço territorial.

A prática demonstra, aliás, que, em inúmeros casos, os espaços mais preservados estão localizados exatamente nas áreas tradicionalmente ocupadas pelos

índios e outras comunidades tradicionais, fator que corrobora a inexistência de conflito em tal sobreposição de interesses. Há, ao contrário, simbiose e convergência, tendo em vista a relação diferenciada que o índio estabelece com a terra e seus recursos naturais, já anteriormente abordada.

Desse modo, não há dúvidas de que é perfeitamente compatível, do ponto de vista constitucional, a coexistência de terras indígenas e unidades de conservação, inclusive de proteção integral, o que também encontra amparo no Sistema de Unidades de Conservação da Natureza (Lei nº 9.985/200043) e em outros dispositivos da legislação nacional.” (documento eletrônico 84)

Nesse sentido, em relatório da Organização das Nações Unidas, publicado em 2021, sobre a situação dos povos indígenas, reconhece-se que a relação com a terra, seus territórios e recursos está no centro de sua existência. A preservação do meio ambiente, portanto, compõe os ensinamentos ancestrais, sendo transmitidos de geração em geração. Dessa forma, o reconhecimento do saber das populações indígenas é primordial tanto para o processo de reconhecimento dos impactos negativos das alterações climáticas, como para a busca de alternativas e soluções mitigantes.

Destaco, ainda, menção à pesquisa realizada no âmbito da Amazônia, em que se constatou que as taxas de desmatamento em terras indígenas são significativamente mais baixas e as contribuições para a mitigação das alterações climáticas são significativamente maiores, se comparada a outras áreas⁶. Desta feita, não persiste a suposta incompatibilidade, levantada no acórdão recorrido, de que não se conciliam a preservação ambiental e a posse indígena.

⁶ ONU, *State of the World's Indigenous Peoples: Rights to Lands, Territories and Resources*. 5. vol. New York, 2021.

Posto isso, voto pelo provimento do recurso extraordinário, para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Acompanho, em parte, as teses propostas pelo eminente Ministro Relator Edson Fachin (Tema 1.031 da Repercussão Geral).

Proponho, porém, respeitosamente, nova enumeração para a tese X, originalmente proposta pelo Relator e novas redações em relação às teses III, IV, V, IX, X, XI:

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial ao tempo da promulgação da Constituição, uma vez que não há, no Texto Constitucional, base para o estabelecimento de qualquer marco temporal.

IV - Existindo posse tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, o regime de indenização respeitará dupla vertente, conciliando o disposto art. 231, § 6º, com o art. 37, § 6º, ambos da CF/1988;

V - o laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação das terras indígenas;

IX - Assiste ao particular não indígena direito à indenização pelas benfeitorias decorrentes da ocupação de boa-fé e pelo valor da terra nua, consoante o regime de responsabilidade civil do Estado por eventual dano causado pelos entes federados e pela União, em decorrência da titulação de terras tradicionalmente ocupadas, após procedimento administrativo ou judicial, admitida a autocomposição;

X - A aferição da indenização ao particular não indígena dar-se-á por meio de procedimento judicial ou extrajudicial, no qual serão verificadas a boa-fé do particular e a responsabilidade civil do ente público, não sendo possível a aferição da indenização no mesmo procedimento de demarcação;

XI - Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório; e

XII – Há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.

É como voto.