

21/02/2019

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO 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) : FUNDACAO DO MEIO AMBIENTE
ADV.(A/S) : CARLOS DA COSTA SOARES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS 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.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA

MANIFESTAÇÃO:

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

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (Relator): Trata-se de recurso extraordinário interposto pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que confirmou a sentença de primeira instância, no que concerne ao julgamento de procedência da ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – FATMA, em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação dos índios *Xokleng*, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, Estado de Santa Catarina.

A sentença de procedência do pedido inicial sustenta ter havido turbação no exercício da posse da área da reserva biológica pela presença dos índios na região, e que *“não há elementos que permitam inferir que as terras referidas na petição inicial sejam tradicionalmente ocupadas pelos índios, na forma do art. 231 da Constituição Federal, máxime porque quem as vem ocupando, ainda atualmente, para fins de preservação ambiental, como visto, é a parte autora”*.

O acórdão recorrido manteve a conclusão da sentença *a quo*, assentando, ainda, que *“a demanda mostra-se complexa, em face da existência da referida portaria ministerial a repercutir na legitimidade ou não da atual posse da área pela FATMA e o exame da caracterização ou não da área como sendo*

RE 1017365 RG / SC

tradicionalmente indígena, donde se verifica haver interesse da União no feito, considerando também que ainda está em curso o processo demarcatório da reserva indígena”.

Eis a ementa do referido julgado (eDOC 20, p. 3):

“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.”

Opostos embargos declaratórios pela União e pela FUNAI, foram julgados parcialmente procedentes, apenas para fins de prequestionamento (eDOC 1, p. 15).

No recurso extraordinário interposto pela FUNAI, com fundamento

RE 1017365 RG / SC

no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, aponta-se ofensa aos artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV; e 231 do texto constitucional. Nas razões recursais, afirma ter havido negativa de prestação jurisdicional, diante da ausência de enfrentamento dos temas alegados em sede de embargos de declaração. Quando ao mérito, sustenta que a área objeto da lide já foi reconhecida como de tradicional ocupação indígena, e que o acórdão recorrido afastou-se da hermenêutica contida no artigo 231, *caput* e §§, ao privilegiar o direito de posse daquele que consta como proprietário no registro de imóveis em detrimento do direito originário dos índios.

Ainda, afirma tratar-se de direito imprescritível da comunidade indígena, cujas terras conformam-se como inalienáveis e indisponíveis, não sendo cabível, diante de todo o ordenamento jurídico, que se compreenda que os direitos indígenas ao usufruto das terras, ou quaisquer outros que a Constituição lhes confira, decorram da demarcação administrativa da área, pois os títulos de domínio referentes às terras de ocupação dos índios são inoponíveis a eles.

O apelo extraordinário foi admitido na origem (eDOC 24, p. 18).

É, em síntese, o relatório.

Em relação à alegação de negativa de prestação jurisdicional, pela alegada ausência de apreciação dos argumentos lançados em sede de embargos de declaração, observa-se que, ao julgar o AI-QO-RG 791.292, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13.08.2010, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão referente à negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação e reafirmou a jurisprudência segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (tema 339).

Quanto ao mérito do feito, a alegação de que há repercussão geral da questão constitucional ficou assim consignada no recurso (eDOC 23, p. 6-7):

“A inconformidade da Recorrente merece ser conhecida e

RE 1017365 RG / SC

provida, uma vez que é visível que a decisão proferida pelo acórdão regional, ora atacado, viola disposições da Constituição Federal causando grande ônus à União.

Trata-se de dar aos artigos constitucionais abaixo consignados o seu alcance devido.

Demonstra-se a relevância jurídica da questão, por um lado, pelo flagrante risco da criação de precedentes que fomentem situação de absoluta instabilidade e vulnerabilidade dos atos administrativos editados com âmbito nacional, após regular processo administrativo de demarcação de terras indígenas, com manifesto prejuízo à comunidade indígena em questão que possui direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas e colocando em risco a execução da política indigenista no Brasil.

Além disso, terá a relevância de definir o perfil do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Como se não bastasse, o efeito multiplicador é evidente no referido caso, ou seja, caso atendida a pretensão da parte recorrida, poderá haver, em breve, um lote de liminares no mesmo sentido. Assim, o vultoso número de processos justifica por si só a relevância social, mas a ameaça de multiplicação de decisões neste mesmo sentido em outros Tribunais e no Tribunal a quo.

Resta, assim, preenchido o requisito da repercussão geral da questão constitucional.”

A questão posta, qual seja, “a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988” ainda não foi definida por este Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante, apresentando peculiaridades e questões que denotam a importância de sua análise de mérito por esta Corte, depreendendo-se da leitura do acórdão guerreado a possibilidade de ofensa direta ao texto constitucional na presente hipótese.

Entendo, assim, que há questão constitucional com repercussão geral

RE 1017365 RG / SC

que merece ser reconhecida.

De fato, eis a redação do artigo 231 da Constituição da República, que dispõe acerca do reconhecimento da posse e usufruto de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios:

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

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

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

§ 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

RE 1017365 RG / SC

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.”

De fato, do que depreendi da análise do acórdão recorrido, houve claro enfrentamento da questão referente à interpretação do alcance do artigo 231 da Constituição Federal, no que concerne à sua compatibilização com a previsão constitucional do direito de propriedade, como se infere do trecho a seguir colacionado (eDOC 19, p. 19-20):

“Quando do julgamento do agravo de instrumento nº 2009.04.00.028614-2/SC, interposto pela FUNAI, já com trânsito em julgado, o ilustre Relator Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, assim manifestou:

Acerca da alegada conexão com a Ação Cível Originária nº 1.100 do STF, em exame preliminar, compartilho do entendimento firmado pelo juízo a quo, uma vez que o pedido e a causa de pedir nas demandas são diversos, não se enquadrando na hipótese do art. 103 do Código de Processo Civil, verbis:

A ação cível originária em referência foi ajuizada contra a União e a Fundação Nacional do Índio - FUNAI com o fito de obter a anulação da Portaria 1.128/2003 do Ministro da Justiça e demais atos administrativos correlatos que ratificam a nova demarcação de área e os limites da Reserva Indígena de Ibirama-La Klanõ.

No caso dos autos, diferentemente do que ocorre na ação cível originária, a pretensão da autora não é dirigida contra os atos de demarcação da reserva indígena.

Assim, não se pode reconhecer a conexão, porque o pedido e a

RE 1017365 RG / SC

causa de pedir nas duas demandas são distintos (art. 103 do CPC).

Todavia, afigura-se-me prudente oficiar ao Supremo Tribunal Federal dando-lhe ciência da propositura desta demanda.

Anoto que a Portaria nº 1.128/2003 (contestada na ACO nº 1.110 do STF), do Ministro de Estado da Justiça (fls. 29/30), objetivando a definição de limites da Terra Indígena IBIRAMA-LA KLÃNÕ, declarou a posse permanente dos grupos indígenas XOKLENG, KAIGANG e GUARANI a terra indígena IBIRAMALA KLÃNÕ, com superfície aproximada de 37.108 hectares no Estado de Santa Catarina, conforme delimitações descritas no ato.

Ao que tudo indica, a área de propriedade da FATMA está abrangida na área referida na Portaria nº 1.128/03 (que dispõe acerca da ampliação da terra indígena), o que é reforçado pelo parecer técnico elaborado pelo Ministério Público Federal de fls. 55/56.

Do exame dos autos, extrai-se que o embate ocorre porque não houve, até o momento, o devido processo de demarcação da terra indígena pela União, nos termos do art. 231 da CF/88, em que pese a supracitada portaria, não havendo, portanto o reconhecimento da área neste momento ocupada pela comunidade indígena como sendo terra tradicionalmente ocupada.

Ocorre que, referida portaria não autoriza a imissão na posse do índios. A questão posta nos presentes autos já foi objeto de análise por esta Corte em feito similar, no qual restou assentado que "o ato administrativo da FUNAI, por si só, não tem o condão de imitar na posse os indígenas, nem legitimar eventual esbulho possessório. A imissão na posse não prescinde do devido processo legal, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito" (Rel. P/ Acórdão Juiz Federal Márcio Antônio Rocha). Transcrevo a ementa, verbis:

ADMINISTRATIVO. QUESTÃO DE ORDEM. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO. CONFLITO POSSESSÓRIO. ÁREA OCUPADA POR ÍNDIOS DA TRIBO GUARANI. RESERVA INDÍGENA DE IVYPORÃ-LARANJINHA.

RE 1017365 RG / SC

PORTARIA Nº 796 DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

O reconhecimento da posse permanente da comunidade Guarani sobre parte das terras em litígio por meio de Portaria, expedida pelo Ministério da Justiça, não tem, por si só, o condão de imitar na posse os indígenas e nem legitimar eventual esbulho possessório. Se o juízo deixou de analisar questão atinente à posse da parte autora, faz-se necessário que os autos retornem à origem para que se apure a verdadeira situação da posse no imóvel.

(TRF4, Apelação Cível nº 2006.70.13.001353-9, 4ª Turma, Des. Federal Valdemar Capeletti, por maioria, vencido o Relator, D.E. 06/05/2008)

Nesse contexto, sem adentrar no mérito do procedimento administrativo (culminado no ato ministerial que declarou a posse permanente da indicada terra por compor Reserva Indígena), tenho que a decisão agravada não merece reforma. Com bem observou o ilustre Procurador da República em seu parecer, até que se ultimem os atos de regularização fundiária, com a demarcação das terras e indenização dos proprietários pelas benfeitorias, esses exercem posse legítima sobre a área, verbis:

(...)

Cumpre salientar que a tutela possessória é quanto as áreas marginais ao que está sendo demarcado aos silvícolas. No momento, a comunidade indígena não está sem nenhuma área, mas sim com área restrita por não conclusão da demarcação. Embora seja situação problemática para o grupo indígena, a mora pública (não conclusão da demarcação desde 2003 quando da publicação da Portaria) não pode ser impingida na força (invasão, indevido exercício manu militari), sem o devido processo legal (art. 5º, inciso LV, da CF/88) e sem indenização prévia e justa, sobre a propriedade particular, sob pena de tornar insubsistente o próprio Estado Democrático de Direito.

Sopesando os interesses, bem como se tratando de área lindeira a terras indígenas em processo de demarcação, cuja expropriação pública, formal e regular ainda não se efetivou, deve ser mantida a manutenção /reintegração da posse à FATMA da área de proteção ambiental local, sendo desprovidos os recursos.

RE 1017365 RG / SC

No recurso extraordinário, a FUNAI delimitou a questão, pugnando pela correta interpretação da extensão do artigo 231, nos seguintes termos:

“A Constituição Federal acolheu a teoria do indigenato, na qual a relação estabelecida entre a terra e o indígena é congênita e, por conseguinte, originária. De fato, com o advento da Carta Magna, foram reconhecidos os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupavam, independentemente de título ou reconhecimento formal. Dentro deste contexto, o processo de demarcação das terras indígenas em si, não possui natureza constitutiva, mas sim declaratória, com o desiderato de delimitar espacialmente os referidos territórios, possibilitando o exercício das prerrogativas constitucionais conferidas aos índios, daí porque rejeita-se de plano o argumento do acórdão de que a cadeia dominial das terras controvertidas remonta oitenta anos.

(...)

O direito dos indígenas sobre as áreas tradicionalmente ocupadas é imprescritível, sendo tais terras inalienáveis e indisponíveis, nos termos do §4º do artigo 231 da Constituição Federal.

O §2º estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são destinadas a posse permanente deles. Máxima relevância para o caso em debate possuem os §§ 5º e 6º do referido artigo 231 da Constituição da República, porquanto vedam a remoção dos grupos indígenas de suas terras.

O §6º, acima transcrito, deixa claro que eventuais atos de ocupação ou posse das Terras Indígenas por não índios são nulos e não possuem aptidão para gerar quaisquer efeitos jurídicos.

Observe-se que não é da demarcação que decorrem os títulos de posse indígenata, nem qualquer dos direitos indígenas. (...)

Assim, não há que se falar em preservar a posse da parte autora até a homologação do processo demarcatório, consoante se demonstrará a seguir.

(...)

RE 1017365 RG / SC

No caso concreto, a área em discussão é de ocupação imemorial dos indígenas e está abrangida pela Portaria MJ n. 1.128/2003, que foi precedida de regular processo administrativo e se encontra amparada pela legislação e Constituição Federal.

Ademais, a ocupação da área é tradicional e está registrada na literatura histórica da região.

Sendo assim, o título de domínio apresentado pela Recorrida se mostra nulo, em face da previsão constante do art. 231, §6º, da Constituição da República, haja vista que se constituíram sobre área indígena, se mostrando despidos de qualquer eficácia jurídica. Da mesma forma, tratando-se de direito originário, é inoponível aos indígenas o disposto nos arts. 924, 926, 927 e 928 do CPC, pois possuem direito originário àquela terra.

(...)

Em razão disso, desde os Atos Régios, de 1º de abril de 1680 e 6 de junho de 1775, há a instituição do indigenato e o reconhecimento da territorialidade indígena por título originário. Sendo assim, as terras ocupadas pelos indígenas não poderiam ter sido consideradas devolutas pelas disposições da Lei nº 601, de 1850 (Lei de Terras), nem por sua subsequente regulamentação. Com efeito, quando as terras devolutas passaram à titularidade dos Estados, podendo ser por eles destinadas à livre alienação, por força do art. 64, da Constituição de 1891, adveio a impossibilidade de imposição de idêntico regime às terras indígenas, tendo em vista o domínio por título congênito.”

Nesse sentido, restando necessária a fixação de interpretação constitucionalmente adequada ao estatuto da posse indígena de terras no Brasil, em todos os seus desdobramentos, compreendo ser possível o conhecimento do apelo extraordinário da FUNAI, no que concerne à alegada violação ao disposto no artigo 231, caput, e §§ 1º a 6º, do texto constitucional.

E, nesse ínterim, para concluir por um juízo de provimento ou desprovimento do recurso extraordinário, faz-se necessário o reconhecimento de repercussão geral do caso, a fim de possibilitar o exame de mérito da questão constitucional suscitada, nos termos do

RE 1017365 RG / SC

artigo 102, §3º da Constituição e 1.035 do Código de Processo Civil.

A necessidade de reconhecimento da repercussão geral na hipótese demonstra-se pois, além da evidente questão constitucional presente, emana, indubitavelmente, a relevância da matéria, exigida pelos dispositivos acima citados.

De fato, entre os anos de 2008 e 2009, esta Corte debruçou-se sobre o caso *Raposa Serra do Sol*, na Pet 3.388, decisão essa que apreciou a questão da demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, intentando assegurar aos índios as terras que ocupavam de modo tradicional, bem como seu modo de vida, estabelecendo dezenove condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, no propósito de promover a pacificação dessa grave questão étnica e social.

Da leitura da ementa, depreende-se o enorme avanço promovido no sentido da garantia da tutela das comunidades indígenas à luz da Constituição da República:

“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”

RE 1017365 RG / SC

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.

1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4.

RE 1017365 RG / SC

Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO

RE 1017365 RG / SC

TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhue qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos

RE 1017365 RG / SC

próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume postura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. 8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas

RE 1017365 RG / SC

ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal. 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado

RE 1017365 RG / SC

e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional

RE 1017365 RG / SC

de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parilha com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou

RE 1017365 RG / SC

abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. **A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.** 16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia

RE 1017365 RG / SC

e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma convivência empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente má de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa

RE 1017365 RG / SC

importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.”

(Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212-01 PP-00049)

Contudo, no julgamento dos embargos declaratórios, o Plenário desta Casa assentou a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão, como se depreende da ementa do referido julgado:

“Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 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

RE 1017365 RG / SC

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 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 03-02-2014 PUBLIC 04-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00057)

Portanto, muito embora decisão tenha a eficácia de coisa julgada material em relação à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ela não incide automaticamente às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no País.

Assim, e sendo notória a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas, a demandar a demarcação de terras ou o respeito às terras já demarcadas, e os não-índios, que detenham ou pleiteiem a titularidade dessas áreas, compreendo ser oportuno o reconhecimento da repercussão geral da questão, a fim de que a totalidade dos direitos assegurados pela Constituição – e, como já manifestei em oportunidade anterior, na qualidade de direitos fundamentais dos índios – possam ser apreendidos na dimensão hermenêutica dedutível do artigo 231 do texto constitucional.

A Constituição, em seu artigo 20, inciso XI, define como sendo de propriedade da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios,

RE 1017365 RG / SC

repetindo previsão inaugurada em nosso ordenamento jurídico pela Carta Constitucional de 1967.

Portanto, o domínio dessas áreas pertence à União, reservando-se aos índios a posse e o usufruto dessas terras, compreendidas nos termos do § 1º do artigo 231 da Constituição, 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”.

Nada obstante, a matéria não se encontra, a despeito da expressa previsão constitucional, pacificada na sociedade e nem mesmo no Poder Judiciário, compreendendo-se assim a relevância e a imperiosidade de que esta Corte, em sede de feito cuja eficácia vinculante espraie-se de forma indubitável, venha a debruçar-se sobre a efetiva tutela constitucional dos direitos das comunidades indígenas à posse e usufruto das terras tradicionalmente ocupadas.

A questão revela-se complexa e não contem em si ares de novidade, pois desde a colonização de nossas terras por Portugal, os índios lutam para manter sua relação de estrita dependência em relação à terra, que em sua visão, não se resume a aspectos meramente econômicas, mas que, como já ressaltou o I. Relator da Pet nº 3.388, *“no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia”*.

De fato, já nos idos de 1500, milhares de índios já ocupavam as terras posteriormente declaradas como públicas, com seus distintos modos de vida, e passaram por notório processo de dizimação e tomada violenta das terras pelos ocidentais, dentro do longo processo de migração ao interior e ocupação, por parte dos portugueses e seus descendentes, da totalidade do que hoje conhecemos como território nacional.

Nada obstante, o reconhecimento de posse e domínio sobre as terras que ocupam ocorre pela vez primeira com o Alvará Régio de 1680, o qual consignava:

RE 1017365 RG / SC

“[...] 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.”

O direito dos indígenas à posse e uso das terras que ocupam tampouco foi infirmado pela Lei de Terras de nº 601/1850, e veio também assegurada pelo disposto do artigo 24, § 1º do Decreto nº 1318/1854, que regulamentou referida lei, pois entende que a posse é legitimada ao primeiro ocupante, e já se reconhecia o direito originário dos indígenas às terras em sua posse.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros, como assinalou Pontes de Miranda, em comentário efetuado à Constituição de 1946, cujo conteúdo era idêntico em relação à tutela dos indígenas:

“O texto respeita a ‘posse’ do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto de localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o artigo 216, desde que os pressupostos estejam provados pelo

RE 1017365 RG / SC

silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exija título de domínio. Desde que há posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte dos silvícolas, ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas é nula, por infração à Constituição. Aquelas mesmas que forem em virtude do artigo 216 reconhecidas como de posse de tais gentes, não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra os silvícolas que tenham posse, e nas terras de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como consequências: a) a nulidade de qualquer ato de disposição incluídos aqueles que só se referem a elementos de direito de propriedade e da posse (uso-fruto, garantia real, locação); b) não há usucapião contra o silvícola, ainda que trintenal; c) as sentenças que adjuquem tais terras a outrem são suscetíveis de rescisão, dentro do prazo de preclusão, por infringirem texto constitucional.” (Comentários à Constituição de 1946, vol. V, 1953, p. 335/336)

Portanto, sendo constatada a ocupação tradicional indígena em alguma área, não pode esta ser considerada de propriedade alheia, nem mesmo como terra devoluta estadual.

Esta Corte já assentou esse posicionamento em diversas oportunidades, restando já clássico o entendimento esposado pelo Ministro Victor Nunes Leal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 44.585:

“(…) A Constituição Federal diz o seguinte:

‘Art. 216: Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde de achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.’

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

RE 1017365 RG / SC

não tem 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 estudos 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 terem 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 ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico**".

(RE 44.585, Tribunal Pleno, DJ em 12/10/1961)

Quanto ao domínio sobre essas terras, a Constituição de 1967 incluiu dentre os bens da União essa categoria especial de terras, destinadas à posse e uso exclusivo dos índios, reconhecendo expressamente a nulidade

RE 1017365 RG / SC

e extinção dos efeitos jurídicos de atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras pelos índios.

Essa previsão veio formulada também pelo § 6º do artigo 231 da Constituição da República, cominando-se nulidade e inoponibilidade aos títulos de domínio que tenham por objeto terras reconhecidas pelo texto constitucional como de tradicional ocupação indígena.

A despeito dessa tutela das terras e do próprio modo de vida indígena, pelo texto constitucional vigente, e mesmo pelas previsões constitucionais e legais a ele anteriores, a questão indígena não se encontra resolvida ou ao menos serenada, razão pela qual, compreendo ser necessário que este Tribunal desempenhe uma vez mais sua tarefa de guardião da Constituição, lançando novamente um olhar a todas as questões imbricadas nessa temática que, para além de assentar questões meramente possessórias e de domínio, envolve a própria sobrevivência de indivíduos, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira.

Assim, questões como o acolhimento pelo texto constitucional da teoria do fato indígena, os elementos necessários à caracterização do esbulho possessório das terras indígenas, a conjugação de interesses sociais, comunitários e ambientais, a configuração dos poderes possessórios aos índios e sua relação com procedimento administrativo de demarcação, apesar do esforço hercúleo da Corte na Pet nº 3.388, não se encontram pacificadas, nem na sociedade, nem mesmo no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse sentido, dado o caráter não vinculante da decisão proferida na Pet nº 3.388, assentado pelo Plenário, bem como da permanência de questões a serem dirimidas por esta Corte, além do evidente acirramento das tensões fundiárias que não foram minimizadas apesar do importantíssimo julgamento da demanda acima referida, entendo ser imperioso que este Tribunal venha a se debruçar sobre a matéria, em processo que contenha carga vinculante suficiente para encontrar caminhos e soluções a tema tão sensível como a questão indígena no Brasil.

RE 1017365 RG / SC

Abre-se, inclusive, a via da ampla participação de todos os setores interessados no deslinde de demandas como a presente, com a possibilidade de intervenção na qualidade de *amici curiae* e de eventual realização de audiência pública, nos termos legais.

Assim sendo, entendo caracterizada a repercussão geral do tema referente à definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do contido no artigo 231 da Constituição da República.

É como me manifesto.

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2018.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA

PRONUNCIAMENTO

**TERRAS INDÍGENAS –
REINTEGRAÇÃO DE POSSE –
DEFERIMENTO NA ORIGEM –
RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA.**

1. O assessor Dr. David Laerte Vieira prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do discutido no recurso extraordinário nº 1.017.365, relator o ministro Edson Fachin, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral em 1º de fevereiro de 2019, sexta-feira, sendo o último dia para manifestação 21 de fevereiro, quinta-feira.

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI interpôs recurso extraordinário, com alegada base na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, contra acórdão mediante o qual a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve o entendimento do Juízo no sentido de fazer cessar a turbação caracterizada em virtude da presença de índios em área reconhecida como reserva ecológica, determinando a reintegração de posse do imóvel, ainda que atrelado ou lindeiro a território em processo de delimitação de reserva indígena. Observou, na situação, o princípio da razoabilidade, assentando a impossibilidade de imposição ao proprietário de perda de posse sem o devido processo legal e respectiva indenização,

RE 1017365 RG / SC

ante a ausência de delimitação da área da reserva como sendo indígena.

A recorrente assinala, preliminarmente, transgressão ao artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Lei Maior, enfatizando ter o Tribunal de origem deixado de analisar, de maneira motivada, as omissões apontadas nos embargos declaratórios. No mérito, afirma violados os artigos 5º, incisos LIV e LV, e 231, cabeça e parágrafos, da Carta da República. Aduz estarem as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios sob domínio constitucional da União, sendo inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva, de forma a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições indispensáveis à reprodução física e cultural, segundo usos, costumes e tradições.

Assevera a natureza declaratória do processo de demarcação das terras indígenas, sublinhando haver o Diploma Maior acolhido a teoria do indigenato, no que considera a relação estabelecida entre a terra e o indígena congênita e originária, surgindo desnecessário título ou reconhecimento formal dos direitos originários das populações indígenas sobre as terras que ocupavam.

Reporta-se à doutrina de José Afonso da Silva, no qual os direitos dos índios sobre essas terras independem de demarcação. Menciona dispositivos infraconstitucionais e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada no Brasil em 2002, a garantir o direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras que habitam.

Sustenta a nulidade do título de domínio apresentado pela parte recorrida, tendo em vista se constituir sobre área de ocupação imemorial indígena abrangida pela Portaria do Ministério da Justiça nº 1.128/2003, precedida de regular processo administrativo e amparada por legislação e pela

RE 1017365 RG / SC

Constituição Federal. Diz, em juízo de ponderação, prevalecer os direitos fundamentais à vida, à saúde, à segurança e à posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ao direito de propriedade da parte recorrida.

Sob o ângulo da repercussão geral, salienta ultrapassar o tema os limites subjetivos da lide, mostrando-se relevante dos pontos de vista jurídico e social.

O extraordinário foi admitido na origem.

O Relator submeteu o processo ao denominado Plenário Virtual, manifestando-se pela configuração da repercussão geral da controvérsia alusiva à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, nos termos do artigo 231 da Carta da República.

No tocante à negativa de prestação jurisdicional, refere-se ao julgamento da repercussão geral no agravo interno nº 791.292, a reafirmar a jurisprudência do Supremo, assentando a exigência de fundamentação do acórdão ou decisão, ainda que sucintamente.

No mérito, assinalou ser imprescindível fixar interpretação constitucionalmente adequada ao estatuto da posse indígena de terras no Brasil, em todos os seus desdobramentos. Aludiu ao exame da petição nº 3.388, no qual o Supremo analisou a questão atinente à demarcação das terras indígenas, em especial no Estado de Roraima, visando assegurar aos índios as terras que ocupavam, estabelecendo condicionantes para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação indígena em área cuja demarcação se pretende, com eficácia de coisa julgada, porém sem incidência automática às demais demarcações.

RE 1017365 RG / SC

Ressaltou a permanência de graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas, a necessidade de se apreender a dimensão hermenêutica da totalidade de direitos versados no artigo 231 da Carta Maior e de se dirimir questões indígenas, como imperiosos à apreciação pelo Supremo.

2. Tem-se tema que envolve preceitos constitucionais, mais precisamente o disposto no artigo 231 da Constituição Federal.

3. Admito configurada a repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 6 de fevereiro de 2019, às 20h25.

Ministro MARCO AURÉLIO