

**TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
1.017.365 SANTA CATARINA**

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
REQTE.(S) : **COMUNIDADE INDÍGENA XOKLENG, TERRA
INDÍGENA IBIRAMALA KLAÑO**
REQTE.(S) : **CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO - CIMI**
ADV.(A/S) : **RAFAEL MODESTO DOS SANTOS**
ADV.(A/S) : **ADELAR CUPSINSKI**
REQTE.(S) : **INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA**
ADV.(A/S) : **JULIANA DE PAULA BATISTA**
REQTE.(S) : **INDIGENISTAS ASSOCIADOS - INA**
ADV.(A/S) : **MAURO DE AZEVEDO MENEZES**
ADV.(A/S) : **GUSTAVO TEIXEIRA RAMOS**
REQTE.(S) : **COORDENAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS
DA AMAZÔNIA BRASILEIRA - COIAB**
ADV.(A/S) : **LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO**
REQTE.(S) : **CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA - CTI**
ADV.(A/S) : **BRUNO MARTINS MORAIS**
REQTE.(S) : **COMUNIDADE INDÍGENA XUKURU DO ORORUBÁ**
ADV.(A/S) : **GUILHERME ARAÚJO MARINHO MAGALHÃES**
REQTE.(S) : **MOVIMENTO UNIDO DOS POVOS E
ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS DA BAHIA -
MUPOIBA**
ADV.(A/S) : **SAMARA CARVALHO SANTOS**
REQTE.(S) : **ATY GUASU KAIOWA GUARANI**
REQTE.(S) : **CONSELHO DO POVO TERENA**
ADV.(A/S) : **ANDERSON DE SOUZA SANTOS**
ADV.(A/S) : **LUIZ HENRIQUE ELOY AMADO**
REQTE.(S) : **CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS -
CNDH**
ADV.(A/S) : **LEANDRO GASPAR SCALABRIN**
REQTE.(S) : **FIAN BRASIL - ORGANIZAÇÃO PELO DIREITO
HUMANO À ALIMENTAÇÃO E À NUTRIÇÃO
ADEQUADAS**
ADV.(A/S) : **VALERIA TORRES AMARAL BURITY**
REQTE.(S) : **FUNDAÇÃO LUTERANA DE DIACONIA - FLD**
ADV.(A/S) : **LUCIA HELENA VILLAR PINHEIRO**
REQTE.(S) : **CONSELHO INDÍGENA DE RORAIMA - CIR**

RE 1017365 TPI / SC

ADV.(A/S)	:IVO CÍPIO AURELIANO
INTDO.(A/S)	:FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL FEDERAL
INTDO.(A/S)	:INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE SANTA CATARINA - IMA - NOVA DENOMINACAO DO FATMA
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
AM. CURIAE.	:CONFEDERACAO DA AGRICULTURA E PECUARIA DO BRASIL - CNA
ADV.(A/S)	:RUDY MAIA FERRAZ
AM. CURIAE.	:ESTADO DE SANTA CATARINA
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INTDO.(A/S)	:UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	:ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO: Trata-se de pedidos de tutela provisória incidental, com fulcro nos artigos 294 e seguintes do Código de Processo Civil, formulados, o primeiro, pela Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama Laklaño, admitida no feito na qualidade de litisconsorte necessário, e por vários *amici curiae*, e o segundo pela Defensoria Pública da União, admitida como *amicus curiae*, em processo cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF.

O petitório da Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama Laklaño e outros volta-se, especificamente, contra o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, e seus efeitos.

Sustenta a Peticionária que referido Parecer possui efeitos vinculantes a toda Administração Pública Federal, e que “o Parecer Normativo desbordou de seu caráter meramente interpretativo para inovar na

RE 1017365 TPI / SC

ordem jurídica, bem como inseriu novos pressupostos de mérito para fins de conceituação do que é uma terra indígena, os quais não estão previstos na Constituição Federal de 1988, na Lei n.º 6.001/1973, no Decreto n.º 1.775/1996 e na Convenção 196 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ao argumento, repise-se, de que estaria a aplicar a jurisprudência desta Egrégia Corte”.

Afirma que referido instrumento retira da decisão prolatada pela Corte no julgamento da Pet 3.388 dois fundamentos – correspondentes ao marco temporal e à impossibilidade de ampliação da terra demarcada – e ignora a íntegra do julgado, amplamente favorável aos indígenas.

Alega que a determinação de aplicação do referido Parecer está em conflito com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com a vontade do constituinte originário, pois desconsidera o disposto no artigo 231 da Constituição da República, além de respaldar inadmissíveis atos de esbulho em face dos indígenas, em desacordo com a previsão constitucional do §6º do citado artigo. Ainda, o conteúdo do Parecer colide frontalmente com as decisões colegiadas da Corte proferidas nas Ações Cíveis Originárias nº 312, 362 e 366.

Afirma, ainda, que o ato normativo padece de inconstitucionalidade formal, pois interfere em matéria cuja modificação seria possível apenas, em tese, por meio de emenda constitucional, a despeito de o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição vedar a pretensão de reforma no que concerne aos direitos fundamentais.

Sustenta a existência de evidência concreta de perigo de dano irreparável no fato da devolução à FUNAI, pelo Ministério da Justiça, de dezessete processos administrativos demarcatórios, referentes a Terras Indígenas, para avaliação e reavaliação da adequação da demarcação às condicionantes da Pet 3388. Afirma, em adição ao alegado, que a FUNAI vem desistindo de diversas ações judiciais com base em referido Parecer, bem como que estaria a negar assistência e políticas públicas às terras que não estiverem regularizadas, com base no Parecer questionado.

Nesse sentido, requer:

“1. Suspende, inaudita altera parte, erga omnes, os efeitos do

RE 1017365 TPI / SC

Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, até que essa Corte Constitucional possa definir sobre a matéria posta sob a análise do instituto da repercussão geral RE 1017365 (Terma 1031);

2. Determinar que a FUNAI abstenha-se de rever 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/STF, com fito a evitar prejuízo ao direito originário dos povos indígenas e em desacordo com a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal e da vontade do Constituinte Originário.

3. Determinar a suspensão de todos os processos judiciais em curso, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações até julgamento final da Repercussão Geral, nos termos do art. 1.035, §5º do CPC excluindo-se as ações judiciais movidas com a finalidade de reconhecer e efetivar os direitos territoriais dos povos indígenas.”

Por sua vez, a Defensoria Pública da União pugna pela concessão de tutela provisória incidental, para o fim de “suspender integralmente dos efeitos jurídicos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, conferindo eficácia erga omnes à ordem mandamental de urgência, em face incompatibilidade de conteúdos jurídicos com a Carta Republicana, ordenando-se o regular seguimento da demarcação das terras indígenas, sem a restrição ao marco temporal por ele estabelecido, de modo que o direito ao uso da terra pelas comunidades indígenas seja não somente assegurado, mas expandido em sua hermenêutica conforme as necessidades de determinação e cultura de cada grupo, local ou situação”.

Diante dos fatos narrados nos autos, bem como dos documentos juntados pela parte requerente, determinei a oitiva prévia da União e da Fundação Nacional do Índio FUNAI, no prazo de cinco dias, a fim de que se manifestassem acerca do pedido deduzido.

A Advocacia-Geral da União manifestou-se pugnando pelo não conhecimento do pedido deduzido, alegando inadequação da via para obtenção dos efeitos pretendidos, diante da impossibilidade de concessão de efeitos jurídicos erga omnes e ex tunc à decisão de urgência em sede de

RE 1017365 TPI / SC

repercussão geral. Ainda, afirma inexistir legitimidade para formulação de pleito em nome de terceiros. Quanto ao mérito, sustenta não estarem comprovados os requisitos autorizadores para concessão da cautelar em sede de tutela de urgência, e que os precedentes desta Corte possuem força vinculante e persuasiva suficientes para que sua obediência pelos entes da Administração Pública Federal seja compulsória.

Por sua vez, a FUNAI apresenta manifestação pleiteando também o não conhecimento do pedido, por inadequação do meio eleito para requerer a suspensão, com efeitos *erga omnes*, do Parecer. No mérito, sustenta a ausência de probabilidade do direito, diante da natureza normativa do instrumento em comento, e que fora exarado em conformidade com as condicionantes estabelecidas pelo STF no julgamento do caso *Raposa Serra do Sol*. Afirma também ausência de perigo na demora, uma vez que o Parecer foi elaborado no ano de 2017 e não houve nenhuma impugnação em relação a seu conteúdo por meio de ações de controle de constitucionalidade, inexistindo alteração no quadro fático da lide desde então.

Diversos *amici curiae* apresentaram manifestações, juntando documentos.

É, em síntese, o relatório do pedido.

Primeiramente, quanto à legitimidade da Defensoria Pública da União para, na qualidade de *amicus curiae*, requerer a concessão de tutela provisória incidental, ressalto que, nos termos do que esta Corte decidiu recentemente no julgamento da ADPF nº 347, falece à DPU condição para figurar como parte legítima a semelhante requerimento, dado que a natureza jurídica da intervenção se remete ao plano informativo.

No entanto, como o pedido referido é semelhante àquele deduzido pela Comunidade Indígena Xokleng, que integra a lide na qualidade de litisconsorte necessário nos termos do artigo 232 da Constituição da República, não há prejuízo aos pleitos ora analisados.

Ainda em sede preliminar, União e FUNAI pugnam pelo não conhecimento do pedido, alegando inadequação da via eleita para a impugnação, com pretensão de eficácia *erga omnes*, do Parecer nº

RE 1017365 TPI / SC

001/2017/GAB/CGU/AGU.

No entanto, depreendo ser possível, em face da teoria da asserção, analisar o pleito não pela via de reconhecimento de sua inconstitucionalidade, mas sim tendo em vista assegurar o resultado útil do presente processo, razão pela qual entendendo presentes as condições processuais para análise do pedido de concessão de tutela provisória incidental deduzido.

Adentrando ao mérito, ao menos dentro de um juízo prefacial inerente ao exame cautelar da tutela requerida, depreendo assistir razão à Peticionária.

Efetivamente, o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU foi exarado no ano de 2017, tendo sido elaborado pela Advocacia-Geral da União e aprovado pela Presidência da República; portanto, é dotado de caráter vinculante a toda a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40, §1º da lei Complementar nº 75/1993, *in verbis*:

“Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º **O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.**

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.”

Consta da ementa do referido ato normativo o alcance de suas determinações (documento anexo às alegações finais apresentadas pela União):

“I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as ‘salvaguardas institucionais às terras indígenas’, as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de

RE 1017365 TPI / SC

terras indígenas.

II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)."

Da leitura do Parecer em comento, depreendo que as conclusões do referido instrumento estão alicerçadas em alegado respeito aos precedentes judiciais emanados por esta Corte, por meio da aplicação automática das dezenove condicionantes aos processos de demarcação em curso. Eis a redação das considerações finais:

"Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da PET n. 3.388/RR, fixou as "salvaguardas institucionais às terras indígenas", determinando a sua aplicação a todos os processos de demarcação de terras indígenas, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED n. 3.388/RR) e em outras de suas decisões posteriores, todas analisadas neste parecer (ex.: RMS n. 29.087/DF; ARE n. 803.462/MS; RMS n. 29.542/DF).

Portanto, nos processos de demarcação de terras indígenas, os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, deverão observar as seguintes condições:

(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;

(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento

RE 1017365 TPI / SC

de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da

RE 1017365 TPI / SC

FUNAI;

(X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

(XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

(XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);

(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

RE 1017365 TPI / SC

(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e

(XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

Em caso de acolhimento das presentes conclusões, este parecer poderá ser submetido à aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República, e uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, deverá vincular a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficarão obrigados a lhe dar fiel cumprimento (artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993), a partir da data da sua publicação.”

Da análise dos argumentos lançados pela petionária, pela União e pela FUNAI, é possível depreender-se, dentro de um juízo ainda que precário no âmbito cautelar, tal como já decidi no âmbito da Ação Cível Originária nº 1.100, problemas em sua incidência à análise das demarcações administrativas, com notórios efeitos em processos judiciais que serão atingidos pela decisão a ser proferida no presente feito.

Em primeiro lugar, o precedente firmado no julgamento da Pet nº 3.388, caso *Raposa Serra do Sol*, não se limitou a fixar dezenove salvaguardas para a tutela dos direitos indígenas, de aplicação compulsória, mas representou um avanço na hermenêutica do artigo 231 da Carta Magna, decidindo conflito possessório de modo favorável aos índios e estabelecendo uma natureza constitucional à posse indígena, distinta daquela tutelada pelo Direito Civil, como se infere da própria ementa do julgado:

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

RE 1017365 TPI / SC

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. (...)

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

RE 1017365 TPI / SC

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 de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento

RE 1017365 TPI / SC

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 inteligência 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 torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna tê-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. Atos, 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 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

RE 1017365 TPI / SC

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). (...)"

(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)

Assim, a pretensão de interpretar o julgado sem levar em consideração todo o contexto no qual fora prolatado, aplicando as referidas salvaguardas de forma automática, não parece coadunar-se com a melhor hermenêutica constitucional.

Nesse sentido:

“As ‘condicionantes’ adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico. O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado; apenas limitam, de forma mais ou menos extensa, o campo de abrangência sobre o qual poderia ser estendido o entendimento inicial, caso tais condicionantes não existissem. À primeira vista, deve-se evitar um processo de rompimento de unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos, possam vir a ser aplicadas de modo independente.

Tal resultado prático resultaria contraditório, em última instância, à intenção externada pelo saudoso Ministro Direito – no sentido de fazer da Pet 3.388/RR um caso verdadeiramente paradigmático, a orientar a jurisprudência e a Administração Pública na tomada de decisões futuras a respeito da questão indígena.

RE 1017365 TPI / SC

Dessa forma, há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema, a pretensão de destacar uma dessas 'condicionantes' do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida. Se a própria inicial assume que o auxílio ao *leading case* é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda. Trata-se da estabilização do panorama da ocupação silvícola exatamente na data de vigência da Constituição de 1988, o que se tem por necessário na medida em que esta alterou completamente os fundamentos ideológicos aplicáveis à questão indígena – superando o modelo confinatório e/ou de tutela e incorporação à sociedade civil para um modelo de respeito à diversidade cultural e à história dos povos nativos.”

(MS 31901 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/03/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 14/03/2014 PUBLIC 17/03/2014)

De outra parte, esta Corte, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão de mérito da Pet nº 3.388, concluiu que as dezenove determinantes adotadas naquele julgamento decidiram, com efeito de coisa julgada material, o caso relativo à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, mas que não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demais demarcações de terras indígenas pelo País:

“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

RE 1017365 TPI / SC

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 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)

Finalmente, este Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria relativa ao estatuto possessório indígena, especificamente no presente feito, nos seguintes termos:

RE 1017365 TPI / SC

“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.”

(RE 1017365 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 21/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 10-04-2019 PUBLIC 11-04-2019)

Não se trata, a toda evidência, de retirar a autoridade da decisão prolatada pela Corte no julgamento da Pet 3.388, como alegado pela União e pela FUNAI. Trata-se, em verdade, de aferir a interpretação conferida pelo ente ao decidido no julgado e, de acordo com os fundamentos acima lançados, de respeitar todas as suas possibilidades hermenêuticas, pois em momento algum o *decisum* converteu a decisão administrativa em demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas em simples cálculo matemático, olvidando-se, por exemplo, de considerar todas as circunstâncias antropológicas da ocupação, do modo de vida e também eventual esbulho renitente praticado por terceiros não índios nas áreas.

Ainda que os efeitos da repercussão geral, consoante o disposto na legislação processual, se estendam aos processos que tratem da mesma matéria alegada, é evidente que o acórdão proferido no presente feito irá influenciar o âmbito administrativo, o que se demonstra pela própria edição do ato aqui questionado, o qual pretendeu interpretar e aplicar o que restou decidido na Pet 3.388.

Desta feita, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil,

RE 1017365 TPI / SC

compreendo demonstrada a probabilidade do direito alegado pela Peticionária, conforme acima se expôs.

Ademais, considero estar presente o fundado perigo de dano, pois a recente decisão do Ministério da Justiça, fato notório dada a grande cobertura da imprensa em relação aos casos e demonstrado pelos documentos juntados, determinando o retorno de dezessete procedimentos administrativos de demarcação à FUNAI, para aplicação do referido instrumento normativo, gera justo receio de interferência em demandas judiciais que tratem da mesma matéria.

Ainda, o relato de que a FUNAI “*está a definir que as terras que não estiverem regularizadas, com a respectiva homologação, não recebem as políticas públicas direcionadas aos índios*”, corroborada pelos documentos juntados ao petítório, os quais não foram impugnados pela autarquia, demonstram fundado receio da Peticionária de que diversas comunidades indígenas deixem de perceber o adequado tratamento por parte dos Poderes Públicos, em especial no que se refere aos meios de subsistência, se a demarcação de suas terras não foi ainda regularizada.

Diante de todas as considerações acima expostas, **concedo a tutela provisória incidental requerida, nos termos do pedido, a fim de suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do RE 1.017.365 (Tema 1031) já submetido à sistemática da repercussão geral pelo STF.**

De consequência, **determino 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.**

De imediato determino a inclusão em plenário virtual por votação assíncrona para exame do referendo da liminar.

Remeta-se o feito à Procuradoria-Geral da República, para que apresente manifestação, no prazo de cinco dias.

Após, retornem conclusos.

Publique-se.

RE 1017365 TPI / SC

Intime-se.

Brasília, 07 de maio de 2020.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente