

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 87 DISTRITO
FEDERAL**

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: PROGRESSISTAS
REQTE.(S)	: REPUBLICANOS
REQTE.(S)	: PARTIDO LIBERAL
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)
REQTE.(S)	: ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL - APIB
REQTE.(S)	: REDE SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: MAURÍCIO SERPA FRANÇA
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (P-SOL)
ADV.(A/S)	: RAPHAEL SODRE CITTADINO
ADV.(A/S)	: BRUNA DE FREITAS DO AMARAL
ADV.(A/S)	: PRISCILLA SODRÉ PEREIRA
REQTE.(S)	: PARTIDO DOS TRABALHADORES
REQTE.(S)	: PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL
REQTE.(S)	: PARTIDO VERDE
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARAES
REQTE.(S)	: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	: NARA LOUREIRO CYSNEIROS SAMPAIO
REQTE.(S)	: PARTIDO PROGRESSISTA
ADV.(A/S)	: HERMAN TED BARBOSA
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
ADV.(A/S)	: GABRIELLE TATITH PEREIRA
ADV.(A/S)	: MATEUS FERNANDES VILELA LIMA
ADV.(A/S)	: FERNANDO CESAR DE SOUZA CUNHA
ADV.(A/S)	: ADVOCACIA DO SENADO FEDERAL
AM. CURIAE.	: CONFEDERACAO DA AGRICULTURA E PECUARIA DO BRASIL
ADV.(A/S)	: RUDY MAIA FERRAZ E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DE AGRICULTURA E PECUÁRIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - FAMASUL
ADV.(A/S)	: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
AM. CURIAE.	: FEDERACAO DA AGRICULTURA DO ESTADO DO

ADC 87 / DF

	PARANA
ADV.(A/S)	: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO JUIZES PARA A DEMOCRACIA
ADV.(A/S)	: DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DIREITOS HUMANOS EM REDE
ADV.(A/S)	: GABRIEL DE CARVALHO SAMPAIO
AM. CURIAE.	: COMISSAO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DOM PAULO EVARISTO ARNS - COMISSAO ARNS
ADV.(A/S)	: FÁBIO KONDER COMPARATO
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL
ADV.(A/S)	: JULIANA DE PAULA BATISTA
AM. CURIAE.	: LABORATORIO DO OBSERVATORIO DO CLIMA
ADV.(A/S)	: FABIO TAKESHI ISHISAKI
ADV.(A/S)	: CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO
ADV.(A/S)	: VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA
ADV.(A/S)	: PAULO EDUARDO BUSSE FERREIRA FILHO
ADV.(A/S)	: SUELY MARA VAZ GUIMARAES DE ARAUJO
AM. CURIAE.	: GREENPEACE BRASIL
ADV.(A/S)	: ANGELA MOURA BARBARULO
AM. CURIAE.	: WWF - BRASIL
ADV.(A/S)	: DANIELA MALHEIROS JEREZ
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ARAYARA DE EDUCACAO PARA A SUSTENTABILIDADE
ADV.(A/S)	: LUIZ CARLOS ORMAY JÚNIOR
AM. CURIAE.	: INSTITUTO ALANA
ADV.(A/S)	: ANA CLÁUDIA CIFALI
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO CIVIL ALTERNATIVA TERRAZUL
ADV.(A/S)	: RAFAEL ECHEVERRIA LOPES
AM. CURIAE.	: COORDENAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS DA AMAZÔNIA BRASILEIRA - COIAB
ADV.(A/S)	: CRISTIANE SOARES DE SOARES
ADV.(A/S)	: EDNALDO ROGERIO TENÓRIO VIEIRA
ADV.(A/S)	: CAROLINA RIBEIRO SANTANA
ADV.(A/S)	: LUCAS CRAVO DE OLIVEIRA
AM. CURIAE.	: COMISSAO GUARANI YVYRUPA

ADC 87 / DF

ADV.(A/S)	: LEONARDO LIMA GÜNTHER
ADV.(A/S)	: GABRIELA ARAUJO PIRES
ADV.(A/S)	: JULIA ANDRADE FERREZIN
ADV.(A/S)	: ANA CAROLINE SILVA MAGNONI
ADV.(A/S)	: LUISA MUSATTI CYTRYNOWICZ
ADV.(A/S)	: MARIA LUIZA GALLE LOPEDOTE
AM. CURIAE.	: CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA
ADV.(A/S)	: ALUISIO LADEIRA AZANHA
AM. CURIAE.	: POVO INDÍGENA XOKLENG DA TERRA INDÍGENA IBIRAMA LA-KLÂNÕ
AM. CURIAE.	: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONARIO CIMI
ADV.(A/S)	: PALOMA GOMES
ADV.(A/S)	: RAFAEL MODESTO DOS SANTOS
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DE AGRICULTURA E PECUÁRIA DO ESTADO DE MATO GROSSO - FAMATO
ADV.(A/S)	: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
ADV.(A/S)	: RODRIGO GOMES BRESSANE
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
AM. CURIAE.	: SINDICATO RURAL DE CAARAPÓ/MS
ADV.(A/S)	: CICERO ALVES DA COSTA
AM. CURIAE.	: MOVIMENTO DE DEFESA DA PROPRIEDADE E DIGNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL
ADV.(A/S)	: LEOCIR ROQUE DACROCE
AM. CURIAE.	: SINDICATO RURAL DE PORTO SEGURO
ADV.(A/S)	: LEANDRO HENRIQUE MOSELLO LIMA
ADV.(A/S)	: PEDRO JOSÉ DA TRINDADE FILHO
ADV.(A/S)	: FLAVIO ROBERTO DOS SANTOS
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PRODUTORES DE SOJA - APROSOJA BRASIL
ADV.(A/S)	: FELIPE COSTA ALBUQUERQUE CAMARGO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO DAS COMUNIDADES DOS INDIOS TAPEBA DE CAUCAIA
ADV.(A/S)	: PÉRICLES MARTINS MOREIRA

VOTO - CONJUNTO
NA
ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583 e ADI 7.586

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Senhora Ministra e Senhores Ministros, considero este julgamento de extrema urgência e importância para os cidadãos brasileiros, não só pela densidade apta a abalar o pacto federativo e a convivência harmônica e pacífica entre concidadãos, mas também em decorrência da instabilidade social, econômica e político-jurídica que o tema suscita, ocasionando lamentáveis mortes e conflitos no campo.

Nesta oportunidade, saliento que existe proposta de solução encetada na Comissão Especial, por meio de técnicas autocompositivas, no âmbito desta Corte.

Este voto perpassará pela: (1) análise conjunta das ações de controle de constitucionalidade apregoadas e decididas conjuntamente, sob o ângulo da natureza dúplice ou ambivalente, além da causa de pedir aberta e análise da omissão inconstitucional sobre o art. 67 do ADCT; (2) jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e do STF, mais notadamente no tema 1.031 de repercussão geral; na sequência, discorrerá sobre o (3) trabalho da Comissão Especial instituída nestas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (4) análise de mérito das questões debatidas em todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade ora apreciadas (ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583 e ADI 7.586); e (5) finalizará com o estabelecimento de determinações à União para suplantear a mora administrativa quanto ao art. 67 do ADCT.

Deixei de fora deste julgamento a ADO 86, a qual será procedida à tramitação em separado.

1) Análise conjunta das ações de controle concentrado de constitucionalidade: natureza dúplice, causa de pedir aberta e omissão

inconstitucional

Princípio destacando que a presente análise das ações de controle concentrado de constitucionalidade em epígrafe deve ser enfrentada à luz da importância dos temas em debate, em especial os arts. 5º e 231 da CF e art. 67 do ADCT, que perpassarão toda a extensão dos limites e conformações cognitivos da jurisdição constitucional, envolvendo ações e omissões de todos os Poderes estatais, de diversas esferas federativas.

Ultrapassados quase 37 (trinta e sete) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e 32 (trinta e dois) anos do comando previsto no art. 67 do ADCT, até hoje persiste a omissão inconstitucional por parte da União (Funai) no sentido de finalizar os processos administrativos de demarcação.

De outro lado, o Parlamento, ao editar a Lei 14.701/2023, reconhecidamente atua comissivamente na tentativa de implementar medidas de *backlash*, esvaziando ou contrariando frontalmente algumas das orientações decididas por esta Corte no tema 1.031 da sistemática da repercussão geral (fato confessado na exordial da ADC 87, p. 12 e 20/22).

Também se insere neste contexto a falta de estrutura adequada, proporcional e necessária para a Funai dar conta do comando constitucional e realizar o processamento de inúmeros pedidos de demarcação dos territórios indígenas, alguns aguardando análise há décadas, seja por falhas gerenciais administrativas, seja por esvaziamento do quadro de servidores, o que acaba conduzindo a ilegalidades que são questionadas no Poder Judiciário, por força da inafastabilidade do controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direitos (art. 5º, XXXV, da CF).

Também têm parcela de responsabilidade os atos descoordenados – e algumas vezes conflitantes entre si – de autoridades públicas de diversas Unidades Federativas, que se sobrepõem e fragilizam a atuação sistêmica frente ao conflito no campo que atinge inúmeros concidadãos.

O Estado brasileiro precisa compreender e enfrentar o fenômeno da conflituosidade no campo em sua complexidade e parar de atuar pontual

e insuficientemente, tendo em vista que, enquanto não for trazida a segurança jurídica necessária para a paz no campo, continuarão a advir mortes, conflitos e sonhos perdidos, sugando a vida das pessoas envolvidas no litígio para tentar resolver um problema gestado pela própria União, que não agiu a tempo e modo oportunos.

Tivesse o Poder Executivo Federal agido e cumprido o mandamento constitucional do art. 67 do ADCT, os conflitos há muito teriam se encerrado, ao menos no nível de complexidade e profundidade atualmente identificados.

A espiral do conflito, segundo identificado na Comissão Especial nesta Corte, tem atingido níveis perigosos para uma animosidade que parece não ter fim, a não ser com as demarcações sendo realizadas seguindo os trâmites constitucionais e legais; os proprietários participando e podendo exercer a ampla defesa no processo de demarcação; em caso de demarcação, aqueles serem indenizados pela terra nua e/ou pelas benfeitorias, caso preenchidos certos requisitos; além da promoção de medidas de autossustentabilidade das comunidades indígenas para que adquiram as condições materiais para viver dignamente, de acordo com sua autodeterminação e sem depender do Poder Público.

Do que se vislumbra, está-se diante de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos, envolvendo tanto o Poder Legislativo quanto Executivo federais, além dos demais Poderes das Unidades Federativas estaduais, distrital e municipais, incluindo o Poder Judiciário, razão pela qual, diante da natureza dúplice das ações de controle concentrado de constitucionalidade e teoria da causa de pedir aberta, serão analisados e enfrentados todos os temas, ora submetidos ao *judicial review*, sob a ótica do controle de constitucionalidade por ação e por omissão.

Destaque-se que, existindo três ações diretas de inconstitucionalidade em que se questiona o mesmo dispositivo legal, estas serão julgadas em conjunto, abarcando uma ação declaratória de constitucionalidade, a qual busca o reconhecimento da higidez da medida

legislativa implementada pelo Poder Legislativo federal.

O art. 24 da Lei 9.868/1999 aponta para a natureza dúplice ou ambivalente da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade, estabelecendo que, proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Outrossim, a distinção entre direitos de defesa e direitos a prestação não se faz sem algumas incompreensões que precisam ser esclarecidas. É possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos a prestação. O último caso pode ser exemplificado com a proibição de medidas legislativas contrárias a direitos a prestação proclamados pelo Constituinte. Vale referir, também, que direitos essencialmente de defesa apresentam aspectos, ainda que subsidiários, de direito a prestação.

Exemplificativamente, o direito à vida traz como consectário o direito a que o Estado proteja a vida contra ofensas de terceiros, não se exaurindo na pretensão a que o Estado não suprima esse bem dos seus súditos.

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas, tal como tenho defendido em posição doutrinária:

“A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas

assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.

Essa dimensão objetiva produz consequências apreciáveis.

Ela faz com que o direito fundamental não seja considerado exclusivamente sob perspectiva individualista, mas, igualmente, que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado.

A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor dos seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos.

Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados.

Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.

Sob esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um

aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe reforço de efetividade.

Observe-se que esse mesmo propósito de reforço de posições jurídicas fundamentais pode exigir a elaboração de regulamentações restritivas de liberdades. É conhecida a decisão do Tribunal Constitucional alemão que, a respeito do direito à vida, afirmou” (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. Saraiva Jur: São Paulo, 2025, p. 110/111).

O tema encontra boa sede de estudo na consideração dos direitos fundamentais sob a dimensão objetiva, tal como, *in casu*, no que diz respeito à Lei 14.701/2023, de forma que a análise dos arts. 5º e 231 da CF, sem olvidar o art. 67 do ADCT, possibilita o enfrentamento da dimensão de prestação e de defesa, tanto das comunidades indígenas quanto dos proprietários envolvidos na área objeto de demarcação, atingindo todas as esferas de Poder da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para os primeiros, a ausência de demarcação de seus territórios, na forma do art. 231 da CF e do art. 67 do ADCT, ou a delimitação de áreas reservadas (mediante obrigações sequenciais, na linha da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme se verá no tópico 2 deste voto), acaba aniquilando a própria existência da comunidade indígena, que exerce uma relação de simbiose existencial com o próprio território e o meio ambiente natural que lhe circunda, integrando-a à própria personalidade. O não reconhecimento do seu território pela União e a demora em resolver o impasse, além de inconstitucional, causa sérios problemas existenciais que afetam a

dignidade da comunidade como seu próprio reconhecimento intrínseco (identidade cultural daquela comunidade) e extrínseco (relação com a sociedade e os Poderes Públicos), trazendo problemas de toda ordem, inclusive suicídios, conforme vários relatos recebidos durante as visitas de indígenas em meu Gabinete.

Para os segundos (não indígenas afetados pela área de demarcação), a mora administrativa, seja por não ter finalizado as demarcações no tempo previsto no art. 67 do ADCT, seja por lhes conceder pseudoparticipação no procedimento demarcatório apenas quando os estudos multidisciplinares já tenham sido concluídos, traduz incertezas jurídicas, perdas financeiras e vidas paralisadas, refletindo na necessidade de recrudescimento do direito de defesa no que diz respeito às demarcações que ultrapassem o marco constitucional do art. 67 do ADCT, traduzindo uma presunção relativa de validade dos títulos produzidos e legitimados pelo próprio Estado brasileiro, em uma cadeia registral ou possessória que merece proteção constitucional, na forma do art. 5º, XXII, da CF (*“é garantido o direito de propriedade”*).

No que diz respeito à ação declaratória de constitucionalidade, tive a oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“A Lei n. 9.868/99 trata, em capítulo destacado, da admissibilidade e do procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela EC n. 3/93 (Cap. III). Tendo em vista o caráter “dúplice” ou “ambivalente” das ações diretas e das ações declaratórias, as regras de admissibilidade e de procedimento aplicáveis à ADI são, na sua essência, extensíveis à ADC.

A petição inicial não está vinculada a qualquer prazo. Porém, os seus requisitos são disciplinados pelo art. 14 da Lei n. 9.868/99.

O primeiro requisito indispensável à petição inicial é a indicação do dispositivo ou dispositivos sobre os quais versa a

ação, bem como dos fundamentos jurídicos do pedido, em relação a cada um deles (art. 14, I).

O segundo requisito indispensável à petição inicial presente na lei é a formulação, pelo legitimado, do pedido com suas especificações (art. 14, II). A determinação em questão é fundamental, haja vista que com ela se consagra de forma expressa, entre nós, o princípio do pedido.

Tal princípio é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do órgão decisório como um tribunal. A forma judicial constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político”. (MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. Saraiva Jur: São Paulo, 2025, p. 1.276).

Por isso, compreendi, naquele contexto presente no início da distribuição de todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade, suspender as ações que, na forma do art. 21 da Lei 9.868/1999, discutissem, **no âmbito dos demais órgãos do Poder Judiciário**, a constitucionalidade da Lei 14.701/2023, até que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse definitivamente sobre a matéria ou até eventual decisão desta Corte em sentido contrário.

A existência de controvérsia judicial relevante pelo Poder Judiciário diz respeito ao conflito de algumas diretrizes desta Corte, no tema 1.031 da sistemática da repercussão geral, com a escolha legislativa, espelhada na Lei 14.701/2023, reforçada pela inação administrativa em resolver o conflito no campo, trazendo incertezas jurídicas refletidas em inúmeros processos judiciais em andamento no Poder Judiciário, mais notadamente após a entrada em vigor daquela legislação.

No que diz respeito à técnica da causa de pedir aberta,

historicamente, o STF abandonou o entendimento clássico da teoria estadunidense do controle difuso, ao interpretar que, uma vez suscitada a inconstitucionalidade de “lei federal” (em sentido amplo), a questão deveria ser apreciada sob outros fundamentos, em razão da tarefa institucional de guardião da Constituição, desde que o raciocínio jurídico seja diretamente ligado ao debate subjacente, permitindo que a análise de mérito envolva a verificação da compatibilidade entre ato normativo questionado e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele alegado pelos interessados. Consequentemente, com base naquela teoria, em sede de controle concentrado, é possível analisar ótica não invocada diretamente pelos requerentes e intervenientes, mas diretamente correlacionada.

Seguindo tal entendimento, citem-se alguns julgados:

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. CAUSA DE PEDIR ABERTA. ATO LEGISLATIVO QUE INOBSERVOU CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. **I – O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a causa de pedir é aberta nas ações diretas de inconstitucionalidade.** II – A razoabilidade do conteúdo normativo impugnado é fundamento para a aferição da constitucionalidade de ato legislativo. III – Não aplicação do disposto no § 11 do art. 85 do CPC por tratar-se, na origem, de controle concentrado de constitucionalidade. IV – Agravo interno desprovido.” (RE 1.221.924 AgR, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, DJe 24.5.2021; grifo nosso);

“Direito administrativo e outras matérias de direito público. Embargos de declaração no recurso extraordinário. Alegada omissão quanto à extrapolação dos limites da causa de pedir e à possibilidade de regulamentação de multa ambiental

por ato do Executivo. Inexistência de omissão. Pretensão de rediscussão do mérito da decisão. Rejeição aos embargos de declaração. I. Caso em exame 1. Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que rejeitou os argumentos do embargante quanto à suposta ofensa à competência legislativa municipal e ao princípio da legalidade, mantendo a decisão do tribunal de origem por entender que a norma municipal contrariava normas federais sobre logística reversa e incorria em vícios formais ao delegar competências normativas e administrativas de forma inconstitucional. II. Questão em discussão 2. Há duas questões em discussão: (i) saber se o acórdão embargado incorreu em omissão ao deixar de examinar a alegação de que a decisão do Tribunal de Justiça extrapolou os limites da causa de pedir ao declarar a inconstitucionalidade dos arts. 2º e 5º da lei municipal, que não teriam sido objeto de impugnação específica; e (ii) saber se houve omissão quanto à tese de que a fixação do valor de multa ambiental por ato do Poder Executivo seria legítima quando a infração e a espécie da sanção já estiverem previstas em lei, conforme precedentes desta Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça. III. Razões de decidir 3. A decisão embargada não incorreu em qualquer omissão, obscuridade ou contradição, tendo enfrentado adequadamente os fundamentos relevantes para o deslinde da controvérsia. **A aplicação da técnica da causa de pedir aberta, própria do controle concentrado de constitucionalidade, autoriza o exame de dispositivos legais sob parâmetros constitucionais diversos dos indicados pelo autor da ação, razão pela qual não há falar em extrapolação dos limites da lide.** 4. Também não se verifica omissão quanto à constitucionalidade da delegação ao Poder Executivo da fixação do valor da multa ambiental. A decisão embargada reconheceu que a norma municipal transferiu integralmente ao Executivo atribuição típica do Legislativo, em violação ao princípio da reserva legal. A jurisprudência citada pelo embargante não legitima delegação genérica e ilimitada da

fixação da sanção sem critérios legais pré-estabelecidos, razão pela qual a tese não foi acolhida. IV. Dispositivo e tese 5. Embargos de declaração rejeitados. Dispositivos relevantes citados: Lei municipal 17.467/2020, arts. 2º e 5º. Jurisprudência relevante citada: RE 778.371, ARE 1.510.313 AgR”. (RE 1.472.953 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 2.9.2025; grifo nosso).

Portanto, considero estar relacionada diretamente ao cotejo de todas as ações de controle concentrado também a discussão sobre os contornos dos direitos emanados do art. 67 do ADCT e os efeitos que daí decorrem, levando em conta a mora incontroversa da União para finalizar todos os procedimentos demarcatórios até 5.10.1993 (cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988), atuando omissiva, reiterada e inconstitucionalmente, a despeito do comando do art. 67 do ADCT ter sido considerado por esta Corte como prazo programático, tal como se percebe das ementas dos seguintes arestos:

“MANDADO DE SEGURANÇA - DILAÇÃO PROBATÓRIA. Estando a causa de pedir do mandado de segurança direcionada à definição de fatos considerada dilação probatória, forçoso é concluir pela impropriedade da medida. TERRAS INDÍGENAS - DEMARCAÇÃO. O prazo previsto no artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é peremptório. Sinalizou simplesmente visão prognóstica sobre o término dos trabalhos de demarcação e, portanto, a realização destes em tempo razoável.” (MS 24.566, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 28.5.2004; grifo nosso);

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO

ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. INEXISTÊNCIA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. **I - Esta Corte possui entendimento no sentido de que o marco temporal previsto no art. 67 do ADCT não é decadencial, mas que se trata de um prazo programático para conclusão de demarcações de terras indígenas dentro de um período razoável. Precedentes.** II – O processo administrativo visando à demarcação de terras indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 - cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III – Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI. IV – Recurso a que se nega provimento.” (RMS 26.212, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 19.5.2011; grifo nosso).

Apesar de o art. 67 do ADCT ter sido considerado como norma cujo prazo não deve ser peremptório para a União, insuficiente a configurar situação de decadência voltada ao impedimento de realização de novas demarcações após o descumprimento do lustro, mas que deveria ser compreendido dentro da razoabilidade, não se pode dizer que, ultrapassados quase 32 (trinta e dois) anos do transcurso daquele prazo constitucional, ainda persista essa acomodação exegética de permanência do quadro de omissão inconstitucional sem qualquer consequência fático-jurídica.

Há, de certo modo, um incômodo com o referido dispositivo, por dois motivos em especial: (i) a dificuldade em conceituar a consequência jurídica após o transcurso do referido interstício; (ii) a perplexidade que

ronda o tema e a situação fática periclitante das pessoas envolvidas em conflitos territoriais no campo, ante a ausência de cumprimento do prazo, passados quase de 37 (trinta e sete) anos da promulgação da Constituição Federal e 32 (trinta e dois) anos daquele marco prescrito no art. 67 do ADCT.

No que diz respeito à omissão constitucional, dispõe o § 2º do art. 103 da CF:

“§ 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

O Constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade por omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã identificou, muito cedo, que configura omissão constitucional não só o inadimplemento absoluto de um dever de legislar (omissão total), mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever (omissão parcial). Assentou, igualmente, que a lacuna constitucional poderia decorrer de uma mudança nas relações fáticas, configurando para o legislador imediato dever de adequação.

É, todavia, salutar o esforço que se vem desenvolvendo, no Brasil, para definir o significado, o conteúdo e a natureza desses institutos. Todos os que, tópicos ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão constitucional hão de ter percebido

que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais; ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.

Historicamente, percebe-se a necessidade do desenvolvimento de uma *“teoria da omissão inconstitucional”*. Colhe-se que seu estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã, havendo relevantes aperfeiçoamentos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema, tive oportunidade de assentar em sede doutrinária:

“A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. A garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais, as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos.

São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas jurídicas já estatuídas.

A ideia de controle de constitucionalidade advém do fato de a Constituição apresentar-se como a base indispensável das demais normas jurídicas, que, na lição de Kelsen, ‘regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal’.

Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou

incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição.

[...]

Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional.

[...]

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só a questão concernente à concretização da Constituição pelo legislador e à eficácia das normas constitucionais. A ADO desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?

Observe-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente também na dogmática jurídica alemã.

Em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível. Anteriormente, reconheceu Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio*. Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento assentava-se, de um lado, na ideia de uma

irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade.

[...]

A identificação da omissão inconstitucional do legislador, no juízo de constitucionalidade, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se afigurassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental. A Corte Constitucional recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador na colmatação das lacunas eventualmente identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada, primordialmente, ao legislador. Assim, tanto o princípio da divisão de Poderes, quanto o postulado da democracia obstavam a que os Tribunais se arrogassem ao direito de suprir lacunas eventualmente identificadas.

Essa orientação fez com que o Tribunal desenvolvesse, como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade (*Unvereinbarerklärung*). Trata-se de decisão de caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão. Essa forma de decisão, construída pela jurisprudência, foi incorporada à lei que disciplina o processo perante a Corte Constitucional". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025, p. 1.134/1.135, 1.280/1.281).

Especificamente sobre a omissão de providência de índole administrativa, aponte na mesma obra:

"Embora as omissões de providências de índole

administrativa não se afigurem adequadas, em princípio, para afetar, primariamente, a efetividade de uma norma constitucional, até porque, como resulta da própria estrutura constitucional, essa tarefa foi confiada, primordialmente, ao legislador, não se pode negar que o constituinte contemplou eventual omissão das autoridades administrativas como objeto dessa modalidade de controle direto de inconstitucionalidade.

É possível que a omissão de ato ou providência administrativa mais relevante, nesse âmbito, se refira ao exercício do poder regulamentar. Não raras vezes fixa a lei prazo para edição de ato regulamentar, fixando uma *conditio* para a sua execução. Nesse caso, cumpre ao Executivo diligenciar a regulamentação no prazo estabelecido ou, se julgá-lo exíguo, postular na Justiça contra a violação do seu direito-função. A sua omissão não tem o condão de paralisar a eficácia do comando legal, devendo ser entendido que, decorrido o lapso de tempo estabelecido pelo legislador para a regulamentação da lei, esta será eficaz em tudo que não depender do regulamento.

Todavia, a omissão do regulamento pode assumir relevância para o controle abstrato da omissão inconstitucional, se, no caso dos chamados regulamentos autorizados, a lei não contiver os elementos mínimos que assegurem a sua plena aplicabilidade. Nessas hipóteses, a ação direta terá por objeto a omissão do poder regulamentar.

3.3.2 Omissão de medidas ou atos administrativos

Finalmente, cumpre indagar se a omissão na prática de atos administrativos propriamente ditos – de índole não normativa – poderia ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A exegese literal do disposto no art. 103, § 2º, da CF parece sugerir resposta afirmativa, uma vez que ali se refere a ‘medidas’, ‘providências necessárias’ e a ‘órgãos administrativos’.

Por força do próprio princípio do Estado de Direito e de

um dos seus postulados básicos – o princípio da legalidade da Administração –, é difícil imaginar ato administrativo indispensável, primariamente, para tornar efetiva norma constitucional. Até mesmo as medidas estatais de índole organizatória, que, na moderna dogmática dos Direitos Fundamentais, são abrangidas pela ampla designação de ‘direito à organização e ao processo’ (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*), pressupõem a existência de lei autorizadora.

De qualquer forma, não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei, a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional.

Alguns exemplos poderiam ser mencionados: 1) a organização do Poder Judiciário, sem a qual não se pode assegurar a própria garantia da proteção judiciária (art. 5º, XXXV); 2) a organização dos serviços de defensoria pública, imprescindível para assegurar o direito à assistência jurídica dos necessitados (art. 5º, LXXIV, c/c o art. 134); 3) a organização e estruturação dos serviços de assistência social (art. 203); e 4) a organização e estruturação do sistema de ensino (arts. 205 e s.).

No direito comparado, tem-se o clássico exemplo do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, da Suprema Corte americana, de 1955, quando se reiterou a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas e determinou-se que as leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a essa orientação. Confiou-se a execução do julgado aos tribunais de distrito que deveriam guiar-se por princípios de equidade, tradicionalmente caracterizados ‘pela flexibilidade prática na determinação de remédios e pela facilidade de ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas’. Todavia, esses tribunais deveriam exigir das autoridades escolares ‘um pronto e razoável’ início da execução, competindo-lhes verificar a necessidade de que se outorgasse um prazo adicional para a conclusão das reformas exigidas.

Essa jurisprudência teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas.

Na ADI 19, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho, asseverou o Supremo Tribunal Federal que a ação direta por omissão ‘não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caráter concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado’.

De modo a corroborar a possibilidade de que o STF, no controle da omissão inconstitucional, determine a tomada de providência de índole administrativa, menciona-se a decisão tomada na ADPF 635-MC-ED/RJ, em fevereiro de 2022. Naquela oportunidade, ao reconhecer a omissão do Poder Público no combate à letalidade policial no Estado do Rio de Janeiro, a Corte determinou àquele estado federado que elaborasse e encaminhasse ‘no prazo máximo de 90 (noventa) dias, plano visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses, que contenha medidas objetivas, cronogramas específicos e a previsão de recursos necessários para a sua implementação’.

Não se pode, portanto, excluir de plano a possibilidade de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tenha por objeto a organização de determinado serviço ou a adoção de determinada providência de índole administrativa”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025, p. 1.291/1.293; grifo nosso).

Nesse contexto, embora exista, de fato, indiscutível abertura semântica na temática, passados mais de 35 (trinta e cinco) anos da promulgação da Constituição Federal, parece-me que já transcorreu lapso

suficiente para amadurecimento definitivo da questão, de modo que não há mais como remediar a solução desse problema, cabendo, dessa forma, ao Poder Executivo o devido equacionamento da matéria e finalização dos procedimentos demarcatórios em prazo razoável, porém peremptório.

Reitere-se que *“não há como deixar de admitir que, a despeito da existência de lei [Lei 6.001/1973 e demais atos normativos infralegais], a omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas pode dificultar ou impedir a concretização da vontade constitucional”* consistente no cumprimento do disposto no art. 67 do ADCT, na forma do art. 231 da CF de 1988.

Nem se diga que o fato de tramitarem/terem tramitado projetos de lei no âmbito do Congresso Nacional ou mesmo a existência de um cabedal normativo infralegal no Poder Executivo Federal (Decreto 1.775/1996, Portaria MJ nº 14/1996, Portaria MJ nº 2.498/11; Instrução Normativa Funai nº 2/2012; Portaria nº 682/2008 PRES - Funai, entre outras) impediria o reconhecimento da mora inconstitucional quanto ao art. 67 do ADCT.

Sobre os supostos motivos dessa mora administrativa, colhe-se a seguinte informação do sítio eletrônico oficial da Funai:

“A Constituição Federal fortaleceu a atuação da Funai no que diz respeito à demarcação de terras. Atualmente, os territórios indígenas no Brasil abrangem cerca de 105 milhões de hectares, o que representa mais de 13% do território nacional. Ao longo dos últimos anos, no entanto, a Funai passou por um processo de sucateamento, com déficit de servidores e baixo investimento na infraestrutura, além da falta de vontade política para avançar nos processos de demarcação. Isso resultou em uma paralisação de seis anos.

Este cenário mudou a partir de 2023, quando os processos foram retomados. Desde então, 13 terras indígenas foram

homologadas, 8 terras tiveram os limites declarados e os estudos de identificação que estavam paralisados foram retomados e outros iniciados. Com a retomada dos processos de demarcação, a Funai conta atualmente com 149 estudos multidisciplinares de identificação e delimitação. Além disso, a autarquia indigenista possui mais de 530 registros de reivindicação fundiária indígena, dos quais, 120 envolvem a revisão de limites e pelo menos 60 a constituição de reservas indígenas.

[...]

Mesmo com os consideráveis avanços, a Funai ainda enfrenta uma série de desafios para o desempenho pleno de suas atribuições. O déficit de servidores é um dos gargalos que precisam ser sanados. Para isso, a autarquia indigenista aderiu ao Concurso Público Nacional Unificado (CPNU) com 502 vagas para diversos cargos, com uma reserva de 30% para os povos indígenas pela primeira vez na história da instituição. Além disso, a Funai já solicitou a abertura de outras 700 vagas para preencher os cargos que precisam ser recompostos em razão da aposentadoria de mais de 500 servidores”. (Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2024/funai-completa-57-anos-com-avancos-na-politica-indigenista-e-consolida-protecao-aos-povos-indigenas>. Acesso em: 17.9.2025; grifo nosso).

A Funai, em seu sítio eletrônico, divulga alguns dados no “*Painel de Terras indígenas no Brasil*”, segundo os quais, até o momento da elaboração deste voto, estão em estudo 158 (cento e cinquenta e oito) pedidos de demarcação, somados a 6 (seis) processos que envolvem portarias de interdição, alcançando 164 (cento e sessenta e quatro) pedidos de demarcação de terras indígenas, acrescentando-se a 67 (sessenta e sete) territórios já declarados ainda sem homologação

presidencial, totalizando 231 (duzentos e trinta e um) processos administrativos em curso, ou seja, sem decreto presidencial homologatório (Disponível em: <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/geoprocessamento-e-mapas/painel-terras-indigenas>. Acesso em: 17.9.2025).

Considero importante enfatizar que persistem inúmeros pedidos de demarcação realizados por indígenas, que nem sequer foram analisados e divulgados pela Funai, porquanto não ultrapassaram a fase de estudos prévios; isto é, por inação da própria autarquia indigenista, não é possível saber exatamente o quantitativo de pedidos ainda pendentes de análise inicial, haja vista que aquele órgão não divulga esse quantitativo, mas apenas uma estimativa de “530 registros de reivindicação fundiária indígena, dos quais, 120 envolvem a revisão de limites e pelo menos 60 a constituição de reservas indígenas”.

É importante notar que a omissão inconstitucional somente se configura caso a inação administrativa impeça o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

Na situação descrita em todas as ações, essa inação inconstitucional da Funai, seja pela inexistência de finalização daqueles procedimentos já iniciados, seja pela falta de análise dos registros de reivindicação fundiária (que nem sequer foram autuados - como procedimento administrativo), perfaz o preenchimento desse requisito, uma vez que há extrapolação de tempo razoável para a atuação institucional. O não atendimento do comando previsto no art. 67 do ADCT – norma originária, porquanto promulgada há mais de 35 (trinta e cinco) anos, segundo a qual os procedimentos demarcatórios deveriam ser finalizados no tempo definido (cinco anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988) – ocasiona incertezas fáticas e insegurança jurídica a todos os envolvidos no conflito fundiário (indígenas e não indígenas).

Assim, incontestável a omissão da União no cumprimento do art. 67 do ADCT, no que se refere à conclusão da “*demarcação das terras indígenas*”

no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

Desse modo, o quadro de inúmeros pedidos de análise demarcatória ainda pendentes de homologação presidencial ou regularização cartorária **(sendo 158 em estudo, 37 delimitados e 67 declarados, isso sem contar aqueles que ainda não ultrapassaram a fase de estudo inicial, cerca de 530)**, aliado à insegurança jurídica que o tema suscita com prolongamento no tempo da indefinição de inúmeras histórias de vida, sem que exista qualquer determinação cogente e peremptória à União, traduz-se em esvaziamento da norma do art. 67 do ADCT.

Tenho que a análise sob a perspectiva da omissão inconstitucional do art. 67 do ADCT parece-me ser a forma adequada para impingir a adoção de medidas administrativas de viés marcadamente estrutural e determinante de qualquer governo que se proponha a resolver os conflitos sociais subjacentes ao processo administrativo demarcatório, como o direito de primeira e segunda dimensões, por demandarem medidas que, ao fim e ao cabo, visam a conferir concretude às normas protetivas do art. 5º, incisos XXII e LV, e art. 231 da CF, além do art. 67 do ADCT, bem ainda àquelas relacionadas à atribuição investigativo-penal de delitos praticados contra as comunidades indígenas nas disputas de terras indígenas, abarcando crimes que violem tratados internacionais sobre o tema (art. 109, XI, da CF).

Acerca da fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão, o STF já acolheu a referida possibilidade, em diversos julgados, citando-se exemplificativamente:

“Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). **Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão.** Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar

deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.” (ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 30.4.2010; grifo nosso).

É indiscutível que o tema merece melhor tratamento no âmbito do Poder Executivo Federal, integrando a agenda internacional como prioridade absoluta (agenda 2030) e merecendo análise por esta Corte, ainda que não tenha sido enfrentado pelas partes sob ângulo, com base na teoria da causa de pedir aberta.

Sob tais influxos interpretativos, serão analisadas todas as ações de controle de constitucionalidade ora em exame.

Além disso, por força do art. 12-H da Lei 9.868/1999, no que se refere à mora na atuação administrativa, serão adotadas, ao final deste voto, medidas voltadas a implementar o mandamento constitucional do art. 67 do ADCT. *Ex vi* o art. 12-H da Lei 9.868/1999:

“Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º. Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§ 2º. Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei”.

Portanto, conheço integralmente de todas as ações. Reputo que estão presentes todos os requisitos para analisar a constitucionalidade do diploma normativo, além da atuação dos Poderes Públicos diante dos conflitos no campo e da mora administrativa demarcatória.

2) Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Direito dos Povos Indígenas, bem ainda do STF, mais notadamente no tema 1.031 da repercussão geral

2.1) Corte Interamericana de Direitos Humanos

Casos envolvendo direitos dos povos indígenas são recorrentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e constituem um dos principais temas discutidos por este Tribunal ao longo dos últimos 20 anos.

O primeiro caso abordado pela CIDH sobre a matéria foi *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, julgado em 2001. Naquela ocasião, a CIDH estabeleceu as bases dos direitos territoriais das comunidades tradicionais. Desde então, a CIDH reconheceu a existência de um direito à propriedade coletiva por parte dos povos indígenas sobre seus territórios ancestrais, com fundamento no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Em 2005, a Corte Interamericana julgou o caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, no qual aprofundou suas considerações sobre o referido direito,

afirmando que:

“146. [...] Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural”.

Tradução livre: “146. [...] Assim, por exemplo, os Estados devem levar em conta que os direitos territoriais indígenas abrangem um conceito mais amplo e diferente, relacionado ao direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, ao controle de seu habitat como condição necessária para a reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para realizar seus planos de vida. A propriedade da terra garante que os membros das comunidades indígenas preservem seu patrimônio cultural.” (CIDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C Nº. 125, par. 146; Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Naquela ocasião, a CIDH definiu o alcance das obrigações estatais sobre a matéria, bem como as hipóteses que autorizavam eventual restrição dos direitos territoriais.

Outro importante marco da jurisprudência interamericana foi o desenvolvimento do direito à consulta prévia, a partir do julgamento do caso *Saramaka vs. Suriname*, em 2007. Naquela oportunidade, a CIDH

reconheceu o dever do Estado de consultar os povos indígenas a respeito de todos os projetos e medidas que eventualmente afetassem seu território. (CIDH. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

O direito à consulta prévia foi sendo aperfeiçoado ao longo dos anos. Recentemente, a CIDH estabeleceu que tal direito está relacionado ao direito da comunidade de obter acesso à informação, com fundamento no art. 13 do Pacto de San José, como assentado no caso *Comunidad Maya Q'eqchi Agua Caliente vs. Guatemala* (2023). (Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_488_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

A CIDH também tem realizado importante aproximação dos direitos dos povos indígenas em relação aos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, como visto no caso *Comunidad Nostra Tierra "Lhaka Honhat" vs. Argentina*, no qual a CIDH declarou a violação dos direitos à água, à alimentação e ao meio ambiente saudável por parte do Estado argentino. (CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Fundo, reparação e custas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

a) Sistema de obrigações sequenciais para destinação de terras a serem ocupadas pelos indígenas

A longa jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o direito à propriedade coletiva dos povos indígenas tem como principal fundamento o reconhecimento das pretensões jurídicas sobre o território tradicional, o que implica uma série

de obrigações estatais – geralmente materializadas sob a forma de medidas de reparação – orientadas a garantir que as comunidades indígenas possam usar e gozar livre e plenamente das terras sobre as quais detêm a posse tradicional.

Disso decorre a obrigação primária de o Estado adotar todas as medidas ao seu alcance para delimitar, demarcar e outorgar o território tradicional à comunidade indígena. Nesse sentido, afirmou a CIDH no caso *Povos Kuna de Madungandi vs. Panamá*:

“119. Con respecto a lo anterior, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención estableciendo que el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su derecho a la propiedad implica necesariamente, en atención al principio de seguridad jurídica, que el Estado debe demarcar, delimitar y titular los territorios de las comunidades indígenas y tribales²⁰⁸. Por tanto, el incumplimiento de dichas obligaciones constituye una violación al uso y goce de los bienes de los miembros de dichas comunidades.

120. Por otra parte, cabe señalar que los elementos de la propiedad comunal de tierras indígenas anteriormente mencionados se refieren a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, lo cual implica la ocupación tradicional de los mismos. Asimismo, hacen referencia, en el caso de que los pueblos indígenas hayan salido de sus territorios o hayan perdido la posesión de éstos, al derecho de recuperarlos”.

Tradução livre: “119. Com relação ao exposto, a Corte tem interpretado o artigo 21 da Convenção estabelecendo que o dever dos Estados de adotar medidas para assegurar aos povos indígenas o seu direito à propriedade implica necessariamente, em atenção ao princípio da segurança jurídica, que o Estado deve demarcar, delimitar e titular os territórios das comunidades indígenas e tribais. Portanto, o não cumprimento dessas obrigações constitui uma violação ao uso e gozo dos

bens pelos membros dessas comunidades.

120. Por outro lado, cabe destacar que os elementos da propriedade comunal das terras indígenas mencionados anteriormente referem-se aos territórios ancestrais dos povos indígenas, o que implica a ocupação tradicional dos mesmos. Além disso, fazem referência, no caso de os povos indígenas terem saído de seus territórios ou perdido a posse destes, ao direito de recuperá-los.”(CIDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C Nº. 284. Par. 119-120. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_284_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Em sua jurisprudência sobre terras indígenas, a CIDH desenvolveu o conceito de obrigações sequenciais para classificar, de forma escalonada, os deveres dos Estados em relação à restituição, demarcação e titulação das terras reivindicadas por determinada comunidade indígena. (CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2006. Serie C Nº. 142. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_142_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

O primeiro passo é a identificação e delimitação do território tradicional ocupado ou pleiteado.

O segundo passo é avaliar a disponibilidade das terras, isto é, analisar se há obstáculos, como ocupação por terceiros, domínio privado, exploração de atividade econômica etc.

Nesse caso, é dever do Estado adotar as medidas cabíveis para aquisição ou desapropriação das terras e eventual desintrusão (ou saneamento). (CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*.

Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C Nº. 125, par. 218; Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Ou seja, equivale a “remover cualquier tipo de obstáculo o interferencia sobre el territorio en cuestión (...). En particular, a través de garantizar el dominio pleno y efectivo (...) y de ser procedente y según lo acordado, mediante el pago de mejoras y la reubicación, con las debidas garantías, de los terceros ocupantes” (CIDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 8 de outubro de 2015. Serie C Nº. 304, par. 323. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025. Em sentido semelhante, CIDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Serie C Nº. 400, par. 329. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

O terceiro passo, caso viável, é outorgar a definitividade do domínio sobre as terras requeridas pela comunidade indígena.

O entendimento da CIDH, porém, é pacífico no sentido de que a obrigação de restituir ou demarcar o território original não é absoluta, tendo em vista que há situações em que a demarcação e a titulação das terras tradicionais **não** são possíveis por diversas razões ou então a desintrusão é inviável ou demasiadamente complexa, tal como reconhecido no caso *Yakye Axa vs. Paraguai*:

“148. Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace

el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención.

149. Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (supra párrs. 131, 135 y 139)".

Tradução livre: "148. Pelo contrário, a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares poderá ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista, nos termos da Convenção Americana; e proporcional, se for feito o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, de acordo com o artigo 21.2 da Convenção.

149. Isso não significa que, sempre que os interesses territoriais particulares ou estatais estiverem em conflito com os interesses territoriais dos membros das comunidades indígenas, estes últimos prevalecerão sobre os primeiros. Quando os Estados se encontrarem impossibilitados, por razões concretas e justificadas, de adotar medidas para devolver o território tradicional e os recursos comunais das populações indígenas, a compensação concedida deve ter como orientação principal o significado que a terra tem para essas populações (supra párrs. 131, 135 e 139) " (CIDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C Nº. 125, par. 148-149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.

pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Em sentido semelhante, a sentença do caso *Xucuru vs. Brasil*:

“139. Por outro lado, o Tribunal observa que a desintrusão dos territórios indígenas em determinadas circunstâncias pode implicar um trabalho complexo, atendendo a fatores como a dimensão do território, suas características geográficas, o número de terceiros instalados no território a sanear e o perfil ou características das pessoas ou grupos de pessoas a ser desalojadas, entre outros”. (CIDH. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C Nº. 346, par. 139. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Nessas hipóteses, a CIDH autoriza o Estado a conceder terras alternativas ou, subsidiariamente, conceder indenização pecuniária à comunidade, em conformidade com o art. 16.4 do Convênio 169 da OIT.

Ressalta-se que a concessão de terras alternativas não constitui medida à livre disposição do Estado. Trata-se de situação de caráter excepcional e subsidiário, cabível na hipótese em que a regularização do território tradicional, **por razões objetivas e fundamentadas**, não se mostre factível, conforme pontuado no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai*:

“Reitera-se que o oferecimento de terras alternativas unicamente será procedente uma vez que se tenha valorado adequadamente, conforme o indicado nesta Sentença, que a expropriação não é procedente e que não tenham sido concretizadas as negociações para a compra das terras”. (CIDH. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai* Sentença de 24 de Agosto de 2010. Mérito, Reparações e Custas. Serie C

Nº. 214. par. 286. Disponível em:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Em relação ao ônus estatal de demonstrar que a devolução do território tradicional é impossível, a CIDH destaca que o simples fato de as terras estarem em mãos privadas não é justificativa plausível para afastar a obrigação primária do Estado. O Tribunal propõe um exame de proporcionalidade para examinar a viabilidade de restringir o direito à propriedade dos terceiros em prol dos direitos territoriais dos povos indígenas.

Sobre o assunto, aquela Corte salientou que, quando existam conflitos de interesses nas reivindicações indígenas, a legalidade, a necessidade, a proporcionalidade e a consecução de um objetivo legítimo em uma sociedade democrática (utilidade pública e interesse social) terão de ser avaliados caso a caso, para restringir o direito de propriedade privada, por um lado, ou o direito às terras tradicionais, pelo outro. (CIDH. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C nº 14).

A própria CIDH tem reconhecido, de plano, a substituição da obrigação de devolução do território original pela concessão de terras alternativas quando o acervo probatório já permite a conclusão de que o cumprimento da obrigação primária é inviável.

Foi essa a situação observada no recente caso *Comunidad Garífuna San Juan vs. Honduras*. Naquela ocasião, a CIDH constatou a sobreposição entre o território reivindicado pela comunidade e parte da área urbana do município vizinho, na qual residiam famílias assentadas com títulos de propriedade adquiridos de forma legítima, razões que motivaram a própria sentença a fixar de antemão a obrigação estatal de entregar terras alternativas. (CIDH. *Caso Comunidad Garífuna de San Juan ,y Sus Miembros vs. Honduras*. Sentença de 29 de agosto de 2023. *Excepciones*

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_496_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

A substituição obrigacional também tem sido observada em sede de cumprimento de sentença. No icônico caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, a CIDH aceitou que o Estado concedesse terras alternativas, desde que construíssem um caminho de acesso e adotassem as medidas necessárias para transferir e assentar a comunidade na nova área. (Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de junho de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/yakyeaxa_24_06_22.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

De modo semelhante, no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, aquele Tribunal convalidou a opção acordada entre as partes de receber terras alternativas, embora posteriormente a comunidade tenha desistido de tal opção (CIDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de maio de 2019. Disponível em:

<https://summa.cejil.org/es/entity/lzvxh8mmypn?file=1563572806664xav8z58tdi.pdf&page=1>. Acesso em: 10.9.2025 e Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de abril de 2023. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/xakmok_kasek_19_04_2023.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Enfatiza-se que a CIDH estabelece algumas condicionantes a serem observadas na hipótese de prevalecer a obrigação de entrega de terras alternativas:

“As terras devem ser escolhidas de maneira consensual

com os povos afetados, observando suas formas tradicionais de consulta e deliberação” (caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, par. 212)

“As terras alternativas devem ser de igual ou melhor qualidade física e preferencialmente contíguas ao território tradicional” (cf. caso *Xucuru vs. Brasil*, par. 196; caso *Comunidad Punta de Piedra vs. Honduras*, par. 325)

“As terras devem estar livres de quaisquer vícios materiais ou formais que possam prejudicar a titulação em favor da comunidade indígena” (caso *Comunidad Punta de Piedra vs. Honduras*, par. 325)

“O Estado deverá arcar com os custos decorrentes da realocação e reassentamento, bem como com quaisquer perdas ou danos que possam ser incorridos em decorrência da concessão desses terrenos alternativos” (CIDH, *Caso Comunidad Punta de Piedra y sus miembros vs. Honduras*, Sentença de 8 de outubro de 2015. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. par. 325. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

É certo que, por força da Constituição Federal de 1988, tal titulação, no cenário brasileiro, não pode ser interpretada como sinônimo de propriedade, mas de direito real de uso e usufruto do território correspondente, na forma do § 2º art. 231 da CF, *in verbis*:

“§ 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”.

Isso significa que a titulação das terras fica em nome do Estado brasileiro – leia-se União –, enquanto a posse e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes ficam reservados à comunidade indígena que tradicionalmente ocupe (ou tenha ocupado) determinada parcela de terras do território nacional.

Tal exegese restou enfrentada por esta Corte ao apreciar o tema 1.031 da sistemática da repercussão geral, oportunidade em que assentou, nos itens X e XI, que:

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

XI - As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis”.

Igualmente, a questão da possibilidade de alocação em outra área também restou permitida, de forma excepcional e observada a proporcionalidade seguida pela jurisprudência da CIDH, no item VII do referido tema 1.031 do STF:

“VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4

da Convenção 169 OIT)”.

Ou seja, em uma ordem sequencial, primeiro é impositivo que se proceda à demarcação do território tradicionalmente ocupado pelas comunidades indígenas; não sendo possível resolver-se o conflito fundiário pela demarcação tradicional, com base na proporcionalidade e desde que presentes critérios objetivos e baseados na utilidade pública ou interesse social, impõe-se ao Estado brasileiro a possibilidade de proceder à reserva de áreas específicas para que se proceda ao mesmo regramento protetivo e uso daquelas tradicionalmente ocupadas, devendo ser ouvida a comunidade indígena, abrindo-se a faculdade de autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação e destinação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, na forma do art. 16.4 da Convenção 169 da OIT, *in litteris*:

“4. Quando o retorno não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas”.

Essa previsão de destinação de áreas reservadas foi contemplada no ordenamento jurídico brasileiro no art. 17, II, da Lei 6.001/1973 e art. 3º, II, da Lei 14.701/2023, devendo ser interpretados sob os mesmos influxos da jurisprudência da CIDH e desta Corte no tema 1.031 da sistemática da

repercussão geral.

b) Exploração econômica em terra indígena

Outro aspecto fundamental da jurisprudência interamericana sobre direitos dos povos indígenas diz respeito aos *standards* que regem a possibilidade de exploração de atividade econômica por terceiros em terras indígenas, tal como previsto no art. 19 da Convenção 169 da OIT. *Ex vi:*

“Artigo 19

Os programas agrários nacionais deverão garantir aos povos interessados condições equivalentes às desfrutadas por outros setores da população, para fins de:

a) a alocação de terras para esses povos quando as terras das que dispunham sejam insuficientes para lhes garantir os elementos de uma existência normal ou para enfrentarem o seu possível crescimento numérico;

b) a concessão dos meios necessários para o desenvolvimento das terras que esses povos já possuam.”

Como visto, a jurisprudência da CIDH assegura o direito dos povos indígenas à propriedade coletiva sobre seus territórios tradicionais, com fundamento no artigo 21 da Convenção.

Entretanto, como preconizado no referido dispositivo e reiterado pelo Tribunal, o direito à propriedade não é absoluto e comporta restrições, desde que observados determinados requisitos. Assim sustentou a Corte IDH no caso *Saramaka vs. Suriname*:

“127. Não obstante, a proteção do direito à propriedade conforme o artigo 21 da Convenção não é absoluta e, portanto,

não permite uma interpretação tão estrita. Ainda que a Corte reconheça a interconexão entre o direito dos membros dos povos indígenas e tribais ao uso e gozo de suas terras e o direito aos recursos necessários para sua sobrevivência, estes direitos de propriedade, como muitos outros direitos reconhecidos na Convenção, estão sujeitos a certos limites e restrições. Nesse sentido, o artigo 21 da Convenção estabelece que “a lei poderá subordinar [o] uso e gozo d[os bens] ao interesse social”. Por isso, a Corte afirmou em outras ocasiões que, de acordo com o artigo 21 da Convenção, o Estado poderá restringir o uso e gozo do direito à propriedade sempre que as restrições: a) tenham sido previamente estabelecidas por lei; b) sejam necessárias; c) sejam proporcionais e d) que tenham o objetivo de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática. Consoante a esta disposição, o Estado poderá restringir, sob certas condições, os direitos dos integrantes do povo Saramaka à propriedade, incluídos seus direitos sobre os recursos naturais presentes no território”. (CIDH. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Para além dessas condicionantes (exame de proporcionalidade e vedação à negação de subsistência), a CIDH exige que qualquer atividade realizada no território tradicional seja submetida à consulta prévia dos povos que ali vivem:

“160. É por todo o exposto que uma das garantias fundamentais para assegurar a participação dos povos e comunidades indígenas nas decisões relativas a medidas que afetem seus direitos e, em particular, seu direito à propriedade comunal é, justamente, o reconhecimento de seu direito à consulta, o qual está reconhecido na Convenção no 169 da OIT,

entre outros instrumentos internacionais complementares. (CIDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C Nº. 245, par. 160. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

“218. En vista de lo anterior, la Corte considera que la consulta debe ser aplicada con anterioridad a cualquier proyecto de exploración que pueda afectar el territorio tradicional de las comunidades indígenas o tribales”. (CIDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 8 de outubro de 2015. Serie C Nº 304., 218 Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

É necessário distinguir a obrigação estatal de realizar consulta prévia de uma eventual obrigação de obter o consentimento da comunidade. O fato de a jurisprudência da CIDH e de o próprio texto da Convenção Interamericana reconhecerem a possibilidade de restrição do direito de propriedade já é um forte indicativo de que a obtenção de consentimento não é *conditio sine qua non* para a implementação de atividades econômicas no território indígena.

Ressalta-se que, no primeiro caso em que o direito à consulta prévia foi expressamente reconhecido – o caso *Saramaka vs. Suriname*, de 2007 –, a CIDH referiu-se ao dever do Estado de obter o consentimento em ocasiões específicas, sobretudo em caso de projetos de grande escala que tivessem maior impacto no território da comunidade:

“134. Ademais, a Corte considera que, quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande

escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições. A Corte considera que a diferença entre "consulta" e "consentimento" neste contexto requer maior análise.”. (CIDH. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

Esse entendimento, contudo, não prosperou nos casos subsequentes. De 2007 até hoje, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já julgou mais de uma dezena de casos envolvendo o direito à consulta prévia e não voltou a adotar ou reforçar o critério do consentimento, destacando apenas a exigência de consulta como requisito à realização de projetos econômicos em território indígena, mesmo aqueles de maior escala. (e.g. os casos *Comunidad Maya Q'eqchi Agua Caliente vs. Guatemala*, que envolveu a implementação de um amplo projeto de mineração em terra indígena ou do caso *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, que tratou da prospecção e exploração de petróleo no território da comunidade afetada. Em ambos, a Corte IDH declarou que o Estado violou suas obrigações de consulta, mas não fez qualquer exigência quanto à suposta necessidade de obtenção de consentimento)

Prevaleceu na jurisprudência interamericana o entendimento de que a restrição do direito de propriedade dos povos indígenas em prol da emissão de concessões ou da realização de atividades econômicas em suas terras estava condicionada à observância de três garantias principais: (i) a participação efetiva, por meio de processo de consulta prévia, livre e informada, da comunidade nos projetos que se pretendem conduzir; (ii) a realização prévia de Estudo de Impacto Ambiental e (iii) o

compartilhamento de benefícios. Em suma:

“174. De acuerdo con lo que ha indicado la Corte, respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, el Estado, por una parte, debe observar los requisitos comunes a toda limitación al derecho de propiedad por ‘razones de utilidad pública o de interés social’ de acuerdo al artículo 21 de la Convención, lo que implica el pago de una indemnización. Por otra parte, debe cumplir ‘con las siguientes tres garantías’: en primer lugar, ‘asegurar la participación efectiva’ de los pueblos o comunidades, ‘de conformidad con sus costumbres y tradiciones’, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, y que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. En segundo lugar, debe ‘garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de[l] territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental’. En tercer lugar, debe garantizar que las comunidades indígenas ‘se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio’”. (CIDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 420. Disponible en: <https://www.saij.gob.ar/descargar-archivo?guid=rstuvwfa-llos-comp-uest-o20570013pdf&name=20570013.pdf>. Acceso em: 10.9.2025).

O direito à propriedade coletiva, derivado do art. 21 da Convenção, garante aos povos indígenas o direito à delimitação, à demarcação e à titulação de seu território tradicional. Esse direito, contudo, não é absoluto.

Isso significa que, (i) caso a restituição do território tradicional, por razões fundamentadas, não seja possível, o Estado poderá conceder terras alternativas ou pagamento de indenização; e (ii) o direito à propriedade coletiva pode estar sujeito a restrições, observadas as condições estabelecidas pela jurisprudência da CIDH.

Em relação ao direito ao território tradicional, a CIDH tem adotado um modelo de obrigações sequenciais, que têm início com a identificação da área reivindicada, passando pela análise da possibilidade de devolução ou desintrusão e concluindo com a titulação das terras pleiteadas ou de território alternativo.

A jurisprudência da Corte Interamericana **não** proíbe a exploração de atividade econômica em território indígena, desde que (i) seja precedida de consulta prévia à comunidade afetada, (ii) sejam realizados estudos de impacto social e ambiental e (iii) a comunidade possa usufruir dos benefícios resultantes da atividade. A CIDH também exige que eventual restrição do direito de propriedade do povo indígena seja examinada sob o prisma da proporcionalidade.

Visto como a CIDH tem enfrentado os temas em debate nestas ações de controle concentrado de constitucionalidade, passa-se à análise da jurisprudência do STF ao longo do tempo.

2.2) Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Soares Munhoz, nos autos da Ação Civil Originária 278, entendera que a posse indígena haveria de coincidir com o conceito de posse do Direito Civil, rompendo com uma antiga jurisprudência pacífica, sustentada em votos dos Ministros Victor Nunes Leal, Hermes Lima, entre outros.

Em razão disso, alguns advogados se animaram a propor ações de anulação ou de reivindicação – as chamadas desapropriações indiretas. Uma delas, a mais ousada, coube a mim contestar na condição de Procurador da República.

Tratava-se da Ação Cível Originária 362, inicialmente da relatoria do Ministro Djaci Falcão, em que se reivindicava a anulação de toda a demarcação do Parque Indígena do Xingu ou a correspondente indenização para o Estado do Mato Grosso.

Jovem Procurador, à época, fiquei preocupado com esse debate, com o conceito de posse indígena estreito firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Quase não vislumbrava solução diante da pré-compreensão dominante naquele momento. Até que um dia, em um lampejo, ao elaborar a contestação, de mais de cento e oitenta páginas, que discutia os vários assuntos e conceitos relacionados à posse indígena, propomos um conceito dessa posse nas suas múltiplas dimensões, representando um regresso à noção de que ela envolvia a ideia de um *habitat* de valores culturais.

No entanto, parecia-me que esse conceito era de difícil aceitação pela Corte naquele momento histórico. E, de fato, o que impressionou os Ministros foi a prova de que, muito provavelmente, os laudos periciais que haviam embasado a demarcação – já imune à ação rescisória – eram falsos.

Essa falsificação havia ocorrido de forma muito grave porque os vários peritos sustentavam que, na área onde hoje se situa o Parque Indígena Xingu, não havia indígenas. A tese básica consistia em afirmar que os povos originários se situavam entre o paralelo 12 e o paralelo 13, latitude sul, tendo sido levados posteriormente para o Parque Indígena Xingu.

Essa tese, acolhida inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal, foi objeto de uma reflexão mais profunda pela Corte ao deparar-se com as demonstrações de laudos periciais falsos. Em 14 de outubro de 1993, ao julgar a Ação Cível Originária 323, de relatoria do Ministro Francisco Rezek, que tratava da área dos indígenas Krenak de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal entendeu por não mais aplicar a jurisprudência firmada na Ação Cível Originária 278.

A Corte voltou a reconhecer que o conceito de posse indígena não

coincidia com a posse de Direito Civil, que não podia haver essa equivalência ou essa equiparação.

O fato é que, apesar de a Ação Cível Originária 362 ter sido julgada somente em 2017, a tese ali sustentada restou amplamente aceita desde a apresentação nos autos, reverberando como nova interpretação da Corte Constitucional.

Tenho a impressão, também, de que o estudo desenvolvido naquela contestação, publicado à época pela Procuradoria-Geral da República, teve alguma influência no debate que se seguiu durante o processo constituinte. Creio que, nesse sentido, o estudo também teve seus méritos, alargando esse conceito de posse indígena.

De qualquer sorte, neste resgate histórico, destaco que a posse dos indígenas abrange todo o território indígena propriamente dito, isto é, toda a área habitada para seu sustento e necessária à preservação de sua identidade cultural.

Tal peculiaridade não passou despercebida ao saudoso Ministro Victor Nunes, que, em pronunciamento lapidar, no RE 44.585, fixou o efetivo alcance da proteção constitucional à posse dos silvícolas, como se constata:

“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 guarda e administração do Serviço de Proteção aos índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras.

O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudos dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual.

Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, num 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.(g.n.)

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 área que, na época da Constituição, era ocupada pelos índios, ocupada no sentido de utilizada por eles como seu ambiente ecológico." (voto do Min. Victor Nunes, no RE 44.585, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Pleno, DJ 12.10.1961).

Trata-se, sem dúvida, de manifestação fulgurante do saudoso magistrado e humanista. É interessante notar que a tese, brilhantemente desenvolvida pelo eminente juiz, em 1961, veio a ser adotada, integralmente, pela Constituição de 1988, como se pode depreender da leitura de seu art. 231, § 1º, *in litteris*:

“§ 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”.

Portanto, não se pode, conceitualmente, atribuir à posse de Direito Civil a mesma dimensão da posse indígena. Enquanto aquela é caracterizada como poder de fato, que se exerce sobre uma coisa (cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, v. 1, 1978, p. 357), a ocupação efetiva da terra pelo silvícola deve ser definida tendo em vista os usos, os costumes e as tradições culturais e religiosas.

Desse modo, indagações acerca da “*imemorialidade*” da ocupação devem ser suplantadas pela verificação dos requisitos ou pressupostos trazidos pelo texto constitucional: tradicionalidade.

Essa tese restou reforçada no item II do tema 1.031 da sistemática da repercussão geral:

“II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional”.

É de bom alvitre destacar que a expressão “*terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” não é revestida de qualquer conotação temporal, mas se refere apenas ao modo da ocupação (segundo os “*usos, costumes e tradições*” indígenas).

Por conseguinte, nos termos do art. 231, § 1º, da CF, os seguintes fatores devem ser verificados na definição de uma determinada área como terra indígena: a) fator temporal (“*habitadas em caráter permanente*”);

b) fator econômico (“*utilizadas para as suas atividades produtivas*”); c) fator ecológico (“*imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar*”); d) fator cultural ou demográfico (“*necessárias a sua reprodução física e cultural*”).

Há algum tempo tenho certa perplexidade quanto à justa e adequada interpretação dessa norma, tendo em vista esses parâmetros estabelecidos. Sem dúvida nenhuma, é um tema que preocupa, dada a dimensão das áreas eventualmente demarcadas e os pressupostos que lastreiam a opção por essa demarcação, levando em conta, sempre, em dado paradigma, o do indígena isolado. A própria fórmula do texto constitucional, do § 1º do art. 231, talvez suscite uma reflexão.

Sem embargo da relevância de eventuais objeções que possam ser levantadas contra a posse indígena e a eventual imprecisão de seus contornos, não se deve perder de vista que a proteção, que constitucionalmente se lhe empresta, vem da Carta Magna de 1934 (art. 129), configurando, sem dúvida, princípio já tradicional do Direito Público brasileiro (art. 154 da Carta de 1937; art. 216 da Constituição de 1946; art. 186 da Constituição de 1967, art. 198 da EC 1/1969).

Antes de assumir uma posição atenuadora do preceito constitucional em apreço, cumpre ao intérprete assegurar-lhe a plena força ou eficácia normativa (*normative Kraft*). Estará atuando, assim, de forma compatível com o princípio de hermenêutica constitucional que recomenda a adoção de exegese que preserve a integral eficácia da norma constitucional (Princípio da força normativa da Constituição). (*Konrad Hesse, Grudzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1984, p. 28*).

De resto, as razões inspiradoras do legislador constituinte não parecem assentar-se em mero sentimento de culpa, nem constituem expressão de um sentimentalismo *naïf*.

Ao revés, considerou a Constituição Federal que a preservação dos indígenas com as suas características, culturas e crenças, constituía, em verdade, imperativo de uma sociedade que se pretende aberta.

Percebe-se que o preceito constitucional traduz o próprio reconhecimento de que existem valores e concepções, diversos dos nossos, e de que nosso modelo de desenvolvimento não é único. E, sobretudo, a regra constitucional revela a crença na adequada coexistência dessas diversidades como corolário de uma sociedade pluralista e justa.

A correta aplicação da norma do § 1º do art. 231 da Constituição deverá levar em consideração as circunstâncias específicas de cada etnia. Assim, aspectos da identidade cultural de um determinado grupo indígena conduzirão à adoção de diferentes critérios para a identificação dos fatores temporal, econômico, ecológico e cultural que nortearão a demarcação de uma área como terra indígena.

Por certo, alguns grupos indígenas podem praticar suas atividades produtivas de forma mais rudimentar, necessitando de maior espaço físico para desempenhá-las, ao contrário de circunstâncias específicas de outros.

Tais considerações são suficientes para demonstrar a importância das particularidades de cada etnia, especialmente no que diz respeito à sua integração com as comunidades vizinhas, para a identificação do fato indígena e a definição da área a ser demarcada.

Não é razoável, simplesmente, fazer um resgate histórico identitário de um espaço em que se desenvolveram as culturas. É preciso que o procedimento seja devidamente ajustado, tendo em vista os três outros círculos referidos no § 1º do artigo 231.

Daí, também, a necessidade de haver um grupo técnico plural, com múltiplas visões, tendo em vista a complexidade da interpretação que o texto constitucional está a reclamar, para que haja, de fato, uma adequada garantia de proteção constitucional aos povos originários, sem prejuízo de outros valores. É fundamental essa compatibilização, essa “concordância prática”, no sentido utilizado por Konrad Hesse.

Relembre-se que o Min. Nelson Jobim, na ACO 312 QO, Pleno, j. 27.2.2002 e DJ 27.10.2006, manifestou-se sobre a necessidade de observar

faticamente a existência de 4 (quatro) círculos concêntricos para reconhecimento da tradicionalidade da terra indígena, quais sejam: (i) habitação permanente; (ii) utilização das terras para atividades produtivas; (iii) preservação dos recursos naturais necessários, compreendendo que *“se agregam três juízos de valor: imprescindibilidade, necesariedade e bem-estar”*; e (iv) círculo exterior da reprodução física e cultural. Eis a linha de raciocínio:

“(B) CONCEITO DE TERRA INDÍGENA.

Essa regra fornece os diversos elementos que compõem o conceito de terras indígenas no Brasil.

Quatro elementos consubstanciam, em conjunto e sem exclusão, o conceito constitucional de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

[...]

O primeiro CÍRCULO, a ‘HABITAÇÃO PERMANENTE’ .

Este é o CÍRCULO menor e com índice de objetividade maior.

Depende de uma verificação in loco e de uma análise dos costumes, ou seja, uma análise de comportamento para explicitar o caráter de permanência da habitação.

Isto significa, por exemplo, que, dependendo do tipo de cultura indígena, se terá uma habitação permanente em mais de um lugar.

Basta que aquela comunidade indígena cultive o sistema de transferência, de transposição ou de deslocamento, em determinados momentos do tempo, para voltar a um determinado lugar.

Essa situação viabiliza a existência de habitação permanente em dois, ou mais, locais distintos, exatamente em decorrência de tradições ou por influências de questões relativas a clima e atividades produtivas.

A esse elemento se agrega o segundo CÍRCULO : ‘AS TERRAS UTILIZADAS PARA ... ATIVIDADES

PRODUTIVAS' .

Este CÍRCULO 2 depende da verificação e existência real e efetiva do CÍRCULO 1.

Aliás, há uma relação de dependência entre os diversos CÍRCULOS, os primeiros são condicionantes dos subsequentes.

A perquirição a respeito do CÍRCULO 2 depende de uma resposta positiva em relação ao CÍRCULO 1.

Mas a Constituição brasileira, no conceito de terras tradicionalmente ocupadas, não se satisfaz com os dois CÍRCULOS referidos.

Ela instituiu, também, o CÍRCULO 3, que se constitui nas áreas

.....
'IMPRESINDÍVEIS À PRESERVAÇÃO DOS RECURSOS AMBIENTAIS NECESSÁRIOS A SEU BEM ESTAR'

.....
Observe-se que, como ocorre com o CÍRCULO 2, há, por parte deste CÍRCULO 3, uma relação de dependência com os anteriores.

Só se poderá perquirir sobre o CÍRCULO 3 quando, e somente quando, já se tiver uma resposta positiva em relação aos CÍRCULOS 1 e 2.

Neste CÍRCULO 3 parte-se de uma base objetiva e constatável empiricamente - os recursos ambientais.

A essa base se agregam os elementos valorativos que definem a sua extensão.

Por último, chega-se no CÍRCULO 4:

.....
'TERRAS ... NECESSÁRIAS À ... REPRODUÇÃO FÍSICA E CULTURAL SEGUNDO ... USOS, COSTUMES E TRADIÇÕES DO GRUPO INDÍGENA'.

.....
Tal como se passa com os demais, este último CÍRCULO depende dos CÍRCULOS anteriores e sua perquirição se fará após os anteriores.

Com isso, pode-se afirmar, com absoluta tranquilidade interpretativa, que o advérbio TRADICIONALMENTE, que está na raiz do conceito de TERRAS OCUPADAS PELOS ÍNDIOS , não está relacionado, no texto da Constituição brasileira, com elemento histórico, mas sim, com a forma tradicional de ocupação.

O advérbio TRADICIONALMENTE nada tem com o conceito de posse imemorial, mas, sim, com o conceito de formas tradicionais de ocupação.

O juízo histórico, entretanto, é fundamental para a elucidação dos quatro CÍRCULOS, principalmente do CÍRCULO 3 e do CÍRCULO 4.

Este é o quadro institucional brasileiro no que diz respeito ao tratamento constitucional do tema.

Verifica-se, que, com força constitucional, a posse indígena distancia-se do conceito de posse do Direito Civil. O primeiro CÍRCULO, a HABITAÇÃO PERMANENTE .

Este é o CÍRCULO menor e com índice de objetividade maior.

Depende de uma verificação in loco e de uma análise dos costumes, ou seja, uma análise de comportamento para explicitar o caráter de permanência da habitação.

Isto significa, por exemplo, que, dependendo do tipo de cultura indígena, se terá uma habitação permanente em mais de um lugar.

Basta que aquela comunidade indígena cultive o sistema de transferência, de transposição ou de deslocamento, em determinados momentos do tempo, para voltar a um determinado lugar.

Essa situação viabiliza a existência de habitação permanente em dois, ou mais, locais distintos, exatamente em decorrência de tradições ou por influências de questões relativas a clima e atividades produtivas.

A esse elemento se agrega o segundo CÍRCULO : 'AS TERRAS UTILIZADAS PARA ... ATIVIDADES

PRODUTIVAS' .

Este CÍRCULO 2 depende da verificação e existência real e efetiva do CÍRCULO 1.

Aliás, há uma relação de dependência entre os diversos CÍRCULOS, os primeiros são condicionantes dos subsequentes.

A perquirição a respeito do CÍRCULO 2 depende de uma resposta positiva em relação ao CÍRCULO 1.

Mas a Constituição brasileira, no conceito de terras tradicionalmente ocupadas, não se satisfaz com os dois CÍRCULOS referidos.

Ela instituiu, também, o CÍRCULO 3, que se constitui nas áreas

.....
'IMPRESINDÍVEIS À PRESERVAÇÃO DOS RECURSOS AMBIENTAIS NECESSÁRIOS A SEU BEM ESTAR'

.....
Observe-se que, como ocorre com o CÍRCULO 2, há, por parte deste CÍRCULO 3, uma relação de dependência com os anteriores.

Só se poderá perquirir sobre o CÍRCULO 3 quando, e somente quando, já se tiver uma resposta positiva em relação aos CÍRCULOS 1 e 2.

Neste CÍRCULO 3 parte-se de uma base objetiva e constatável empiricamente - os recursos ambientais.

A essa base se agregam os elementos valorativos que definem a sua extensão.

Por último, chega-se no CÍRCULO 4:

.....
'TERRAS ... NECESSÁRIAS À ... REPRODUÇÃO FÍSICA E CULTURAL SEGUNDO ... USOS, COSTUMES E TRADIÇÕES DO GRUPO INDÍGENA'.

.....
Tal como se passa com os demais, este último CÍRCULO depende dos CÍRCULOS anteriores e sua perquirição se fará após os anteriores.

Com isso, pode-se afirmar, com absoluta tranquilidade interpretativa, que o advérbio TRADICIONALMENTE, que está na raiz do conceito de TERRAS OCUPADAS PELOS ÍNDIOS , não está relacionado, no texto da Constituição brasileira, com elemento histórico, mas sim, com a forma tradicional de ocupação.

O advérbio TRADICIONALMENTE nada tem com o conceito de posse imemorial, mas, sim, com o conceito de formas tradicionais de ocupação.

O juízo histórico, entretanto, é fundamental para a elucidação dos quatro CÍRCULOS, principalmente do CÍRCULO 3 e do CÍRCULO 4.

Este é o quadro institucional brasileiro no que diz respeito ao tratamento constitucional do tema.

Verifica-se, que, com força constitucional, a posse indígena distancia-se do conceito de posse do Direito Civil”. (ACO 312 QO, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, j. 27.2.2002 e DJ 27.10.2006).

A questão de demarcação de terras indígenas restou, igualmente, debatida nesta Corte Suprema, na Pet 3.388, Rel. Min Ayres Britto, Pleno, DJe 25.9.2009, cuja ementa descreve:

“AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO

CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

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. 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 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 amesquinde 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 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 compostura 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 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, assecutorio de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado 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 aborígene; 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 aborígene, 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 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. 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 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 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 codivisão 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 malsã 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 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 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJe 24.9.2009, Republicação DJe 30.6.2010; grifo nosso).

Na ata de julgamento da citada Pet 3.388, ficou registrado o seguinte:

"II) por maioria de votos, julgar a ação parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente. Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do

procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar (§ 6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses 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 igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; g) 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; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a

responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) 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 aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse 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 imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; **r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada**; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); t) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.” (Pet 3.388, Plenário, ata de julgamento, DJe 31.3.2009; grifo nosso).

Ao julgar o RE 1.017.365, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 27.9.2023 e DJe 15.2.2024, situando-se no tema 1.031 da sistemática da repercussão geral, o STF fixou as seguintes teses, reinterpretando o art. 231 da CF, a saber:

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

II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou

da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88;

V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF;

VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de terras indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento;

VII – É dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas somente diante da absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de

demarcação, devendo ser ouvida, em todo caso, a comunidade indígena, buscando-se, se necessário, a autocomposição entre os respectivos entes federativos para a identificação das terras necessárias à formação das áreas reservadas, tendo sempre em vista a busca do interesse público e a paz social, bem como a proporcional compensação às comunidades indígenas (art. 16.4 da Convenção 169 OIT);

VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento;

IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado;

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

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

XII – A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos

povos indígenas;

XIII – Os povos indígenas possuem capacidade civil e postulatória, sendo partes legítimas nos processos em que discutidos seus interesses, sem prejuízo, nos termos da lei, da legitimidade concorrente da FUNAI e da intervenção do Ministério Público como fiscal da lei.” (RE 1.017.365, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 27.9.2023 e DJe 15.2.2024).

Está claro que o Supremo Tribunal Federal promoveu a superação de seu posicionamento anterior, agora em sede de repercussão geral e no exercício do controle difuso de constitucionalidade, afastando o marco temporal em 5 de outubro de 1988 reconhecido no julgamento da Pet 3388, operando-se *overruling* (alteração do precedente anterior, mesmo que o anterior tenha sido despedido de força vinculante).

Tendo como pano de fundo os influxos da jurisprudência mais recente desta Corte, bem ainda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estão postos os arcabouços jurídicos sobre os quais serão analisadas todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade em tela.

3) Propostas autocompositivas como alternativa de solução pacífica do conflito e concretização do pensamento de possibilidades na jurisdição constitucional

Cumpramos registrar que inauguramos na ADO 25, aperfeiçoamos na ADPF 984 e na ADI 7.191, avançamos no RE 1.366.243 (tema 1.234 da sistemática da repercussão geral) e atingimos novo patamar nestas ações de controle concentrado de constitucionalidade, consistente em uma das facetas mais formidáveis da interpretação constitucional: o pensamento do possível na pluralidade democrática e na exegese constitucional.

O Parlamento brasileiro, *locus* constitucionalmente adequado para promover debates políticos dessa envergadura, não parece ter produzido

resultado que tenha pacificado os interesses subjacentes ao tema com a edição da Lei 14.701/2023, traduzindo o conjunto destas demandas (ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583 e ADI 7.586) o espelho dessa desarmonia institucional, social, política e cultural.

Nestas ações de controle de constitucionalidade, existem pedidos de declaração de constitucionalidade e também de inconstitucionalidade da citada Lei 14.701/2023, demonstrando a aridez e a dificuldade de os canais institucionais tradicionais solucionarem os impasses jurídicos que subsistem desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, isso tudo após a exegese conferida por esta Corte no tema 1.031 da sistemática da repercussão geral.

Nesse sentido, designei Comissão Especial, no âmbito da qual foram conduzidas as discussões sobre as relações jurídicas estatal e social abarcando direitos humanos fundamentais dos indígenas e não indígenas das localidades onde moram, respeitando a pluralidade jurídica envolvendo suas leis, valores, costumes e perspectivas de uso do solo e das riquezas naturais e eventuais desdobramentos daí decorrentes.

Do que ressoa de todas as ações de controle de constitucionalidade persistem graves violações de direitos fundamentais pelo Estado brasileiro, envolvendo tanto os direitos dos indígenas quanto dos não indígenas, compreendendo que o tema merecia uma reengenharia da tessitura político-jurídica, mediante nova tentativa de pacificação social, por meio de consensos mínimos interpretativos, condizente com a pluralidade de regramentos que se entrecruzam, potencializando conflitos sociais latentes.

Trazendo uma leitura jurídico-filosófica da concepção pluralista acerca da ponderação de interpretações, quando se está diante de aparente conflito entre princípios comparáveis entre si, registre-se o magistério de António Manuel Hespanha, *in verbis*:

“A técnica da ponderação parte do princípio de que existem na ordem jurídica – mesmo na de um Estado-Nação –

princípios distintos, mas comparáveis entre si (comensuráveis), todos com pretensões a uma vigência máxima (ou seja, pretendendo uma sua otimização). Esses princípios devem ser objeto de um juízo de mútua ponderação (*Abwägung, Ausgleich*).

As diferenças entre uma teoria e outra são muito pequenas, embora haja versões muito diferentes de cada uma delas. Quer a teoria da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação, quer as técnicas de ponderação, assumem que as regras da argumentação ou da ponderação são contextuais (locais, *problem oriented, case sensitive*). **Seja como for, isto não dispensa de critérios de valoração dos argumentos, ou de ponderação dos princípios. Isto é, 'escalas de medida' da força de cada argumento, ou de cada princípio.**

O que a concepção pluralista traz a mais é o facto de que estes critérios passam a ser contextuais num sentido suplementar. Já não se trata apenas de argumentar ou de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso. **Sendo muito provável que cada uma destas ordens jurídicas tenha lógicas específicas de avaliação dos argumentos.** O argumento do 'interesse público' é muito forte na ordem jurídica estadual, mas pode ser quase irrelevante na *lex mercatória* ou numa ordem jurídica setorial (do desporto, v.g.); a igualdade dos sexos **pode ter, em ordens jurídicas de comunidades com raízes culturais diferentes, não apenas uma hierarquia diferente, mas concretizações normativas também diferentes.** Então, a ponderação dos argumentos há de ser feita **não** com base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente:

- assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores;
- assente numa tradição já estabelecida de concretização/interpretação;
- assente na opinião de um grupo limitado de especialistas

ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido;

- assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial ou por uma corrente judicial, por uma decisão judiciária hierarquicamente superior.

O fundamento da interpretação/concretização há de, antes, consistir num juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto. Ou seja, a interpretação boa há-de ser a que capitalize a experiência alargada de concretizações passadas e que estabilize duradouramente a resolução de conflitos naquele domínio, cumprindo, portanto, os objetivos do direito.

Isso tem consequências imediatas na interpretação das normas jurídicas. A mais importante de todas é a de que todos os elementos de contextualização da norma a interpretar devem ser tidos em conta, e não apenas aqueles a que se referia a doutrina clássica da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional, teleológico). Assim, o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador:

- expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;

- experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;

- tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;

- dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam". (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico

e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. p. 274/276; grifo nosso).

Desse modo, a pacificação da solução conflituosa não se realiza com *“base numa decisão autoritária sobre o sentido, tomada pelo intérprete, meramente assente na sua visão do mundo ou numa alegada escala objetiva de valores”* ou *“assente na opinião de um grupo limitado de especialistas ou de burocratas sobre o sentido da norma, com exclusão de outras sensibilidades ou práticas correntes sobre esse sentido”* (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013. p. 320).

Defende o professor que, nesse caso, a interpretação deve ser permeada pelo *“juízo sobre a capacidade que o sentido adotado tenha de promover um consenso alargado e durável (embora sempre aberto e não definitivo), abrangendo todos os grupos ou interesses afetados naquele caso concreto”* (Idem, ibidem, p. 320).

Portanto, conclui Hespanha que *“o sentido da norma deve ser fixado em função de elementos que permitam encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador”*, contemplando: 1) *“as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;”* 2) *“as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma;”* 3) *“a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador;”*; e 4) *“dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”*. (HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático. São Paulo: Annablume, 2013, p. 320).

Esses quatro pontos destacados pelo renomado professor foram os objetivos da Comissão Especial, que restou criada nestas ações.

Quanto ao primeiro ponto (*“as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais*

naquele domínio”), considero oportuno rememorar que o Min. Nelson Jobim, na ACO 312 QO, Pleno, j. 27.2.2002 e DJ 27.10.2006, manifestou-se sobre a necessidade de observar faticamente a existência de 4 (quatro) círculos concêntricos para reconhecimento da tradicionalidade da terra indígena, quais sejam: (i) habitação permanente; (ii) utilização das terras para atividades produtivas; (iii) preservação dos recursos naturais necessários, compreendendo que se agregam três juízos de valor: imprescindibilidade, necessidade e bem-estar; e (iv) círculo exterior da reprodução física e cultural.

Em relação ao segundo ponto do jurisconsulto português (*“as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma”*), considero indene de dúvidas que cabe ao Poder Legislativo a incumbência de conformar, em âmbito infraconstitucional, os ditames constitucionais, dentre os quais certamente se insere a própria proteção dos povos tradicionais brasileiros, sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, e seus parágrafos, da Constituição Federal).

No próprio julgamento do RE 1.017.365 (tema 1.031), diversos Ministros fizeram menção a essa salutar competência do Congresso Nacional. Nessa linha, fiz referência, em meu voto, às diversas iniciativas legislativas que tramitavam à época no Congresso Nacional acerca do tema discutido, o que qualifiquei como relevante debate a título de *“diálogo institucional que não poderá ser tido como interferência entre os Poderes”*.

No particular, friso, mais uma vez, a atenção ao exíguo lapso temporal transcorrido entre o julgamento do RE 1.017.365 (tema 1.031 da sistemática da repercussão geral), concluído em 27.9.2023, e a edição da Lei 14.701/2023, de 23.10.2023, cujas partes vetadas foram promulgadas em 27.12.2023.

Entendi, em junho de 2024, que o debate, a sociedade, os Entes Federativos e demais instituições públicas e privadas estavam

amadurecidos para a abertura dialógica e colaborativa, sendo aquele o momento de fomentarmos soluções eficazes, efetivas e céleres, que, ao mesmo tempo, assegurassem o destencionamento social e institucional, além de propiciarem a coesão em torno de pontos mínimos de toda a população brasileira (indígena e não indígena), na medida de suas necessidades e proporcionais às possibilidades do Estado e da sociedade, além de condizentes com a capacidade institucional do Poder Judiciário em analisar a compatibilidade constitucional e convencional da Lei 14.721/2023.

Naquela ocasião, antevi que deveria ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões fáticas imbrincadas trazidas pelos interessados. Não é por outro motivo que Colin Diver defende, por exemplo, a nomeação de *experts* para auxiliar os Tribunais na fase de implementação, inclusive para fins de supervisão quanto ao grau de cumprimento da decisão (DIVER, Colin. *Judge as political powerbrokers: superintending structural change in public institutions*. In: *Virginia Law Review*, v. 65, p. 105, 1979).

A doutrina norte-americana também entende ser possível a indicação de monitores responsáveis pela medição dos níveis de implementação das decisões judiciais (BUCKHOLZ, Robert E. et alli. *The remedial process in institutional reform litigation*. In: *Columbia Law Review*, v. 78, n. 784, p. 828, 1978).

Na Colômbia e na Índia, as Cortes de tais países também adotaram a prática de nomeação de comissões de acompanhamento ou comissões sociojurídicas responsáveis por realizar inspeções judiciais, além de coletar informações e evidências sobre questões essenciais para a execução das decisões. (GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. *Access to justice in India: The jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 351).

Nessa terceira linha de estabilização acima descrita por Hespanha, (*“a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador”*), o enfrentamento adequado do tema impunha abordagem que contemplasse toda a complexidade histórico-social-interpretativa pela relação do Estado brasileiro com os povos tradicionais indígenas, mas circunscrevendo ao período posterior à Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988 (incluindo o Anteprojeto Afonso Arinos), passando pela promulgação da Constituição Federal de 1988, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pela Convenção OIT 169 *“sobre Povos Indígenas e Tribais”*, pelos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os pontos de partida para os debates que restaram travados na Comissão Especial foram estes: buscar consensos sobre medidas administrativas, propostas legislativas (incluindo anteprojeto de alterações legislativas a ser enviado ao Parlamento), além de procedimentos administrativo-decisórios e executivos, envolvendo o cumprimento da Constituição Federal, mais notadamente o art. 231 da CF, em sua integralidade, atingindo o quarto ponto do professor Hespanha (*“dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”*).

Evidentemente, é cediço que problemas complexos não se resolvem com soluções simplistas ou desinteligência entre as esferas de governos federal, estaduais, distritais e municipais ou entre diferentes matizes da sociedade brasileira, demandando uma reorganização jurídica, por meio de governança colaborativa (Ansell e Gash, 2008), em torno do tema, mais notadamente pelo alargamento dos debates e das soluções, cumprindo uma das metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 ONU, mais notadamente a *“tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis”* (objetivo-meta 16.7

dos ODS).

Diante dos embates técnico-jurídicos e das relações jurídicas imbrincadas entre os Entes Federativos e a população brasileira indígena e não indígena, essa ambiência dialógico-colaborativa foi trilhada, no caso dos autos, utilizando-se a junção das técnicas de mediação e de conciliação, como métodos autocompositivos que traduziam uma simbiose necessária para a condução das tratativas voltadas à solução dos conflitos.

1) A primeira etapa envolveu o esclarecimento acerca do papel dos métodos autocompositivos e seu objetivo, das regras, limites e faculdades de cada interveniente, além do registro sobre o teor dos debates, os quais serão eminentemente jurídicos, deixando os debates políticos para o campo do Poder Legislativo;

2) A segunda, correspondeu ao aprofundamento dos seguintes textos jurídicos: debates da Assembleia Nacional Constituinte 1987/1988 (incluindo o Anteprojeto Afonso Arinos - Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/arquivos-1/AfonsoArinos.pdf. Acesso em: 4.9.2025), passando pela promulgação da Constituição Federal de 1988, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pela Convenção OIT 169 *“sobre Povos Indígenas e Tribais”*, pelos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mais notadamente, a ACO 312 QO e o RE 1.017.365 (tema 1.031 da sistemática da repercussão geral);

3) E a última etapa perpassou por debates e propostas de alteração da Lei 14.721/2023 diante das questões jurídicas debatidas nas fases anteriores e da redação do art. 231 da CF, de acordo com a atual interpretação conferida pelo STF, em sede de repercussão geral (tema 1.031 da RG), e de direito comparado, incluindo quaisquer outros temas que surgiram nos debates, que fossem direta ou indiretamente interligados com os anteriores, ainda que não expressamente referidos,

mas que envolvessem o rearranjo nacional dos temas em discussão em todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade sob minha relatoria (ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583 e ADI 7.586).

Por sua vez, os **debates** circunscreveram-se sobre os seguintes objetivos:

(i) *“encontrar o seu sentido contextualmente mais estabilizador”* do art. 231 da CF, da Convenção 169 da OIT e da jurisprudência do STF, contemplando: 1) *“as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;”* (indígenas e não indígenas); 2) *“as experiências da prática de interpretação/concretização daquela[s] norma[s]”* supracitadas; 3) *“a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador”* envolvendo também os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e 4) *“dados normativos da constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam”*. (HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 320).

(ii) apresentar propostas de solução para o impasse político-jurídico em todas as ações de controle concentrado, sob minha relatoria, sem prejuízo de abarcarem outras demandas em curso nesta Corte, após aquiescência dos respectivos relatores; e

(iii) propor aperfeiçoamentos legislativos para a Lei 14.701/2023, sem prejuízo de outras medidas legislativas que se fizerem necessárias, voltados à superação do impasse e novo diálogo institucional.

Compreendi que era chegado o momento, portanto, de deflagrar

processo de diálogo interfederativo, intercultural e colaborativo com a sociedade, que propiciasse a construção de solução consensual para a questão das relações jurídica, social e espacial entre cidadãos brasileiros indígenas e não indígenas, de modo a buscar a coesão e a estabilidade das relações jurídicas ao longo dos anos, voltado a assegurar consensos mínimos sobre vários direitos fundamentais em jogo, no afã de promover a pacificação social e a coesão entre todas as etnias do povo brasileiro.

Enfatizo que todos os atores envolvidos na temática indígena foram chamados para tentar solucionar questões que estão há centenas de anos perpassando pelos escaninhos da Administração Pública, no âmbito de pacificação social, bem ainda da Justiça.

Participaram na condição de observadores da Comissão Especial: a Procuradoria-Geral da República (PGR); o Conselho Nacional de Justiça (CNJ); o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e 1 (um membro) para cada entidade já admitida: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) (eDOC 19); FAMASUL - Federação de Agricultura e Pecuária do Estado do Mato Grosso do Sul (eDOC 30); FAEP - Federação de Agricultura e Pecuária do Estado do Paraná (eDOC 37); Associação Juízes para a democracia (eDOC 112); FAMATO - Federação de Agricultura e Pecuária do Estado de Mato Grosso (eDOC 129); Defensoria Pública da União (eDOC 135); Sindicato Rural de Caarapó/MS (eDOC 183); Movimento de Defesa da Propriedade e Dignidade e Justiça Social (eDOC 189); Sindicato Rural de Porto Seguro (eDOC 225); Aprosoja Brasil – Associação Brasileira dos Produtores de Soja (eDOC 241); Associação de Direitos Humanos em Rede – CONECTAS Direitos Humanos (eDOC 20); Instituto Socioambiental – ISA (eDOC 27); Laboratório do Observatório do Clima - Observatório do Clima (eDOC 33); Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira – COIAB (eDOC 52); Comissão Guarani Yvyrupa – CGY (eDOC 58); Centro de Trabalho Indigenista – CTI (eDOC 63); Povo Indígena XOKLENG, da Terra Indígena Ibirama La-klãnõ (eDOC 75); Conselho Indigenista Missionário – CIMI (eDOC 79); Conselho Nacional

de Direitos Humanos – CNDH (eDOC 109); e Associação das Comunidades Indígenas Tapeba – ACITA (eDOC 131).

Neste feito, ao longo do andamento processual, salientei – e agora reitero – que a via autocompositiva pressupõe espaço de diálogo para manter as negociações efetivas e factíveis, sendo imperioso existir disponibilidade e compromisso para evitar que, no final, sem maiores digressões, haja a resposta tão somente de que inexistente possibilidade de acordo, sem maiores considerações factuais.

Frise-se que o Conselho da Justiça Federal, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, aprovou o Enunciado 88, o qual dispõe:

“As técnicas de autocomposição são compatíveis com o exercício da jurisdição constitucional, inclusive na fase pré-processual, podendo ser aplicadas em ações de competência da Suprema Corte”. (Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1712>. Acesso em: 6.9.2025).

Alertei também que essa controvérsia, profunda em suas origens e sistêmica em suas consequências, não seria resolvida apenas com uma decisão judicial. Pelo contrário, o próprio dissenso engendrado pelo julgamento do tema 1.031 da repercussão geral evidenciou que dilemas estruturais dessa natureza dificilmente são solucionados unicamente pela atuação jurisdicional, ainda que bem intencionada.

Nessa linha, o enfrentamento adequado do tema impunha uma abordagem que contemplasse todo o processo administrativo demarcatório, desde a fase de qualificação da reivindicação dos indígenas até a indenização dos proprietários não indígenas (passando pela judicialização), abrangendo todas as situações anteriores e posteriores ao processo demarcatório, incluindo a autossustentabilidade das comunidades indígenas após a finalização

do processo administrativo.

Pontuei que era chegado o momento, portanto, de deflagrar processo de diálogo interfederativo e colaborativo com a sociedade, que propiciasse a construção de solução autocompositiva para a questão do conflito fundiário indígena.

A complexidade do tema impunha a instauração de instância de diálogos verdadeiramente interfederativa e representativa, tanto sob o ângulo das instituições públicas e privadas quanto dos interesses potencialmente colidentes entre indígenas e não indígenas. Nesse sentido, reputei pertinente designar Comissão Especial, no âmbito da qual foram conduzidas as discussões sobre os diversos temas, em uma ambiência dialógica, participativa e inclusiva.

Aqui, registro que, infelizmente, esse esforço voltado à autocomposição não parece ter sido a tônica de alguns representantes indicados pelos interessados que estiveram à mesa, atuando estritamente sob o ângulo político, unicamente voltados à divulgação em redes sociais e em desrespeito à condução dos trabalhos, tentando manietar os conciliadores/mediadores em uma monopolização das falas.

Neste ponto, enfatizo que, em uma atitude de deferência à APIB, autorizei que as indicações dos 5 (cinco) representantes dos indígenas fossem realizadas por aquela entidade, tal como solicitado pela própria APIB. No entanto, tal articulação indígena e os 5 (cinco) representantes por ela indicados optaram por retirarem-se da mesa de negociações, apesar dos insistentes pedidos de permanência, atuando conforme lhes convém, na forma do art. 2º, § 2º, da Lei 13.140/2015, o que não impediu a continuidade da autocomposição, nem deslegitima a permanência dos trabalhos.

Dito de forma clara: os interesses dos indígenas não podem ser monopolizados por quem não se mostrou aberto ao diálogo, razão pela qual revoguei, em parte, a decisão do eDOC 248, (unicamente no tópico III, item 2, subitem a, alínea “v”), determinando que o Ministério dos Povos Indígenas, atualmente titulado por uma legítima representante dos

povos indígenas, indicasse 5 (cinco) representantes indígenas, sendo 1 (um) de cada região do país, para participarem da Comissão Especial na condição, o que foi realizado na sequência.

Por fim, consigno que a vaga da Comissão Especial reservada à própria APIB, enquanto autora de uma das ações de controle concentrado, **não foi alterada**. A posição na mesa permaneceu disponibilizada à entidade, caso desejasse retornar à Comissão, todavia manteve-se ausente durante o restante das reuniões. O direito de participar, falar e votar foi-lhe assegurado, contudo exerceu uma escolha legítima de sua autodeterminação associativa de abster-se da participação efetiva, mas não condizente com as alegações de desrespeito ao art. 6º da Convenção 169 da OIT.

As audiências sempre foram públicas, transmitidas simultaneamente e ao vivo por meio de *link* disponibilizado pela Secretaria Judiciária desta Corte. Todos sabiam o assunto que estava sendo ali debatido. Várias entidades associativas indígenas transmitiam as reuniões em suas comunidades a centenas de pessoas indígenas e não indígenas, em cada uma das 23 (vinte e três) audiências.

Registro que recebi, pessoalmente e também por meio dos juízes conciliadores/mediadores, inúmeros indígenas de várias etnias, por diversas ocasiões em meu gabinete, inclusive representantes da APIB, sempre os ouvindo em suas ponderações e argumentos fáticos e jurídicos.

Considero oportuno enfatizar que o direito de consulta prévia, livre e informada, nos termos do art. 6º da Convenção 169 da OIT, não contempla a possibilidade de invocar a ausência proposital como causa impeditiva da continuidade dos debates em ocasiões nas quais deliberadamente optou por não exercer aquele direito de ser ouvido, virando as costas para quem franqueava a sua participação – apesar dos convites incessantes a retornar aos debates –, nem deslegitima a atividade e o resultado da Comissão Especial.

Chega a ser contraditória a conduta de quem, v.g. questiona o plano transitório da União, por ausência de oitiva prévia das comunidades

indígenas, por violação ao citado art. 6º da Convenção 169 da OIT, mas, nas oportunidades em que poderia debater sobre as regras de transição nas audiências da Comissão Especial, fez-se ausente. É a aplicação do brocardo “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Pois bem.

Durante as reuniões, foram ouvidos experts (eDOC 509 a eDOC 551), especialistas em antropologia [Professora Doutora Andréa Luisa Zhouri Laschefski, Presidente da Associação Brasileira de Antropologia; Professora Doutora Fernanda Antônia da Fonseca Sobral, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC); Professora Doutora Mercedes Maria da Cunha Bustamante, representante da Academia Brasileira de Ciências; Professora Doutora Maria Manuela Ligeti Carneiro da Cunha, ex-Presidente da ABA; Professor Doutor Ruben George Oliven, ex-Presidente da ABA e representante da Academia Brasileira de Ciências; Professora Doutora Bruna Franchetto; Professor Doutor Paulo José Brando Santilli; Deputada Federal Célia Xakirabá – eDOC 618 a eDOC 627, observadores, além de inúmeros representantes das comunidades indígenas, realizando diversas sessões temáticas voltadas a compreender as nuances e as dificuldades de cada envolvido (eDOC 629 a 632).

Os discursos e debates encontram-se documentados nos autos, seja nas 23 (vinte e três) atas de audiências, que perduraram de 5.8.2024 (eDOC 372) a 23.6.2025 (eDOC 773), seja nos registros em vídeo (eDOC 509 até eDOC 551; eDOC 618 a 627; e eDOC 629 a 632).

Assento que todos que quiseram falar, no tempo e modo permitidos, tiveram oportunidade de manifestar-se, espontânea ou voluntariamente, indígenas ou não indígenas, nas vinte e três reuniões que ocorreram ao longo de 10 (dez) meses.

Entre todas as autocomposições que realizei nesta Corte, acima citadas neste voto (ADO 25, ADPF 984 e ADI 7.191, RE 1.366.243 e MS 25.463), a participação social nas reuniões da Comissão Especial nestas

ações de controle concentrado de constitucionalidade atingiu níveis superlativos. Certamente, foram as reuniões em que mais houve participação, no sentido quantitativo, de pessoas físicas ou representantes de pessoas jurídicas que intervieram, assistiram às discussões ou debateram os assuntos que permeavam os temas em cada uma das 23 sessões autocompositivas.

Sendo assim, considero que a defesa dos legítimos interesses das comunidades indígenas foi assegurada na Comissão Especial, assim como da parcela da população brasileira não indígena, inexistindo qualquer conflito de constitucionalidade ou convencionalidade pela manutenção das tratativas, debates e pelo alcance do resultado do processo autocompositivo, a despeito da ausência deliberada da APIB e contrariedade de outras entidades representativas que haviam solicitado a intervenção na condição de *amici curiae*.

Como produto da Comissão Especial, houve consenso pela disposição normativa dos seguintes dispositivos da Lei 14.701/2023, a saber (eDOC 773):

“Minuta de consolidação dos pontos objeto de consenso na Comissão Especial

‘Art. 1º. A Lei 14.701, de 20 de outubro de 2023, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 1º. Esta Lei regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas, além do art. 109, inciso IX, da Constituição Federal.’ (NR)

‘Art. 2º. São princípios orientadores desta Lei:

I - o reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas e das tradições indígenas;

II - o respeito às especificidades culturais de cada comunidade indígena e aos respectivos meios de vida;

III - a liberdade, especialmente de consciência, de crença e de exercício de qualquer trabalho, profissão ou atividade econômica;

IV - a igualdade material;

V - a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade dos direitos indígenas;

VI - o direito à consulta livre, prévia, informada de boa-fé e culturalmente adequada quando houver medidas legislativas ou administrativas que tenham o potencial de afetar as terras, povos e comunidades indígenas;

VII - a atuação coordenada e sistemática dos Poderes Públicos com vistas a proteger os direitos dos povos indígenas e de seus integrantes e a garantir o respeito pela sua integridade física, cultural e social; e

VIII - o reconhecimento do uso e da gestão territorial e ambiental em Terras Indígenas previstos em política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas.

§ 1º. O procedimento de consulta referido no inciso VI:

I - quando tratar de medidas legislativas, observará o disposto nos regimentos internos dos órgãos do Poder Legislativo;

II - quando tratar de medidas administrativas, observará o disposto em regulamento.

§ 2º. O Estado brasileiro deve assegurar a não aproximação por terceiros aos indígenas isolados, uma vez que eventual iniciativa de contato deve partir

exclusivamente desses povos, em atenção ao princípio da autodeterminação e ao direito ao isolamento.’ (NR)

‘Art. 5º. A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos estados e dos municípios em que se localize a área pretendida, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil, desde o início da fase instrutória do processo administrativo demarcatório.

§ 1º. O grupo indígena envolvido, representado segundo sua própria escolha, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 2º. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, bem como permitida a indicação de profissional para os grupos multidisciplinares e fundiário, na forma do regulamento.

§ 3º. Desde a abertura da fase instrutória até a conclusão do processo de demarcação, todos aqueles previstos no *caput* deste artigo poderão ter acesso a todo o acervo documental e atos constantes no processo administrativo.

§ 4º. Para fins meramente informativos, os estados em colaboração com os municípios, notificados no início da fase instrutória, informarão, em atuação externa ao processo de demarcação, por quaisquer meios admitidos em direito, os proprietários ou possuidores inseridos nos municípios cujas áreas são objeto de estudo, de forma privada, sendo vedado o compartilhamento da informação com terceiros.

§ 5º. A ausência da comunicação prevista no § 4º não ensejará a nulidade de qualquer ato do processo de

demarcação, tampouco qualquer responsabilidade estatal.

§ 6º. O procedimento demarcatório será público, desenvolver-se-á em fases e seus atos decisórios serão amplamente divulgados e disponibilizados para consulta em meio eletrônico.

§ 7º. É facultado a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, aos laudos, às suas conclusões e fundamentação, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011.

§ 8º. O órgão indigenista oficial disponibilizará, em meio eletrônico, por meio de sua página, os seguintes dados, sem prejuízo de eventuais solicitações pelos canais de transparência pública:

I - lista de reivindicações fundiárias indígenas;

II - lista de procedimentos de demarcação em curso;

III - acesso aos processos de demarcação em curso, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e da Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011; e

IV - Relatórios Circunstanciados de Identificação e Delimitação (RCID) de terras indígenas delimitadas.

§ 9º. No processo de demarcação, poderá ser solicitada a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos multidisciplinares e fundiários." (NR)

"Art. 7º. As associações de partes interessadas podem representar os seus associados, desde que autorizadas em

assembleias gerais convocadas para esse fim, ingressando espontaneamente no processo administrativo demarcatório no estágio em que se encontrar.' (NR)

"Art. 16. São áreas indígenas reservadas as destinadas pela União à posse e à ocupação por comunidades indígenas, de forma a garantir sua subsistência digna e a preservação de sua cultura.

§ 1º. As áreas indígenas reservadas poderão ser formadas por:

I - terras devolutas da União discriminadas para essa finalidade;

II - áreas públicas pertencentes à União;

III - áreas particulares desapropriadas por interesse social;

IV - compensação territorial de empreendimento;

V - arrecadação e destinação de terras públicas;

VI - aquisição pela União, a título gratuito ou oneroso, de imóvel público ou particular; ou

VII - doação para a União de imóvel de ente federativo ou de particular.

§ 2º. As reservas, os parques e as colônias agrícolas indígenas constituídos nos termos da Lei nº 6.001, de 19 dezembro de 1973, serão considerados áreas indígenas reservadas nos moldes desta Lei.

§ 3º. As áreas indígenas reservadas são de propriedade da União e a sua gestão fica a cargo da comunidade indígena, sob a supervisão do órgão federal indigenista.

§ 4º. (VETADO).

§ 5º. O Órgão Indigenista Federal poderá representar administrativamente a União Federal nos processos de constituição das áreas reservadas.’ (NR)

‘Art. 17. Aplica-se às terras indígenas reservadas o mesmo regime jurídico de uso e gozo adotado para terras indígenas tradicionalmente ocupadas, nos moldes do Capítulo m desta Lei e da legislação própria.’ (NR)

‘Art. 18. São consideradas áreas indígenas adquiridas as havidas pela comunidade indígena mediante qualquer forma de aquisição permitida pela legislação civil, tal como a compra e venda ou a doação à comunidade indígena.

§ 1º. Aplica-se às áreas indígenas adquiridas o regime jurídico da propriedade privada coletiva, salvo manifestação expressa da comunidade indígena em sentido contrário, inclusive para formação de reservas indígenas.

§ 2º. As terras de domínio indígena constituídas em prol das comunidades indígenas nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, serão consideradas áreas indígenas adquiridas nos moldes desta Lei.

§ 3º. O disposto no *caput* e nos §§ 1º e 2º não se aplica às terras adquiridas pelas comunidades indígenas a título de compensação, doação ou permuta em substituição à perda do usufruto exclusivo das terras indígenas demarcadas e reservadas, nos termos do art. 231 da Constituição Federal.

§ 4º. A propriedade privada do território não afasta o regime protetivo das comunidades indígenas como usufruto coletivo desta, inclusive a título de políticas públicas.

§ 5º. As terras indígenas dominiais assim declaradas no regime anterior à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, são consideradas terras tradicionalmente ocupadas, atraindo o regime protetivo equivalente às elencadas no art. 4º desta Lei.

§ 6º. Às áreas urbanas e rurais não coletivas adquiridas por indígenas aplica-se o regime de direito privado.’ (NR)

‘Art. 19. As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes.

Parágrafo único. Cabe a cada comunidade indígena, por meio de suas próprias formas de tomada de decisão e solução de divergências, escolher a forma de gestão territorial e ambiental, de ocupação e de aproveitamento econômico dos territórios por elas ocupados, em conformidade com as disposições desta lei, com a política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas, além de outras políticas públicas aplicáveis, observado o protagonismo indígena.’ (NR)

‘Art. 23. A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas.

§ 1º. Em caso de sobreposição de unidade de conservação e de terra indígena, será adotado regime de gestão compartilhada entre a comunidade indígena e o órgão ambiental gestor da unidade de conservação.’ (NR)

‘Art. 24. É autorizado o ingresso de não indígenas em áreas indígenas nas seguintes hipóteses:

I - por particulares autorizados pela comunidade indígena;

II - por agentes públicos justificadamente a serviço de um dos entes federativos;

III - pelos responsáveis pela prestação dos serviços públicos ou pela realização, manutenção ou instalação de obras e equipamentos públicos;

IV - por pesquisadores autorizados pela Funai e pela comunidade indígena; ou

V - por pessoas em trânsito, em caso de existência de rodovias ou outros meios públicos de passagem.

§ 1º. No caso do inciso IV do *caput* deste artigo, a autorização será dada por prazo determinado e deverá conter os objetivos da pesquisa, vedado ao pesquisador agir fora dos limites autorizados.

§ 2º. No caso do inciso II do *caput* deste artigo, o ingresso deverá ser reportado à Funai e à comunidade indígena, informados seus objetivos e sua duração.

§ 3º. O ingresso, o trânsito e a permanência de não indígenas não podem ser objeto de cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas, ressalvadas as atividades econômicas regularmente exercidas. ' (NR)

'Art. 25. Ressalvadas as hipóteses previstas na legislação, é vedada a cobrança de quantias de qualquer natureza pela utilização de equipamentos e instalações públicas em terras indígenas.'

'Art. 26. É facultado o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade indígena, admitidas a cooperação e a contratação de terceiros não indígenas.

§ 1º. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja a posse direta pela comunidade indígena.

§ 2º. É permitida a celebração de contratos que visem à cooperação entre indígenas e não indígenas para a realização de atividades econômicas em terras indígenas, desde que:

I - os resultados da atividade gerem benefícios para toda a comunidade indígena;

II - a posse direta dos indígenas sobre a terra seja mantida, ainda que haja contratação de não indígenas no exercício da atividade;

III - a comunidade indígena, mediante os próprios meios de tomada de decisão, aprove a celebração contratual; e

IV - a celebração dos contratos seja comunicada à Funai, no prazo de até 30 (trinta) dias.

§ 3º. Os litígios decorrentes da execução dos contratos previstos no § 2º serão processados e julgados pela Justiça Federal.

§ 4º. Constatada irregularidade na celebração ou na execução contratual, os órgãos de fiscalização requererão judicialmente a realização de ajustes ou o encerramento da contratação ou da cooperação com não indígenas.’ (NR)

‘Art. 27. É permitido o turismo em terras indígenas, organizado pela própria comunidade indígena, admitida a celebração de contratos para a captação de investimentos de terceiros, desde que respeitadas as condições estabelecidas no § 2º do art. 26 desta Lei, nos termos do regulamento.’ (NR)

‘Art. 34. É vedada qualquer forma de discriminação na concessão de financiamento público e privado em áreas indígenas, cuja contratação seja realizada pela própria comunidade ou cooperativas indígenas, em autodeterminação dos povos, sendo vedado exigir autorização da Funai ou garantia sobre a terra, que não seja o resultado da produção ou da atividade econômica.’

‘Art. 35. Durante o processo judicial, qualquer indígena tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito de ser assistido gratuitamente por intérprete, se não compreender o vernáculo ou não falar a língua oficial brasileira;

b) manifestar sua liberdade de criar, difundir e distribuir as suas expressões culturais tradicionais, bem como de ter acesso a elas, de modo a favorecer o seu próprio desenvolvimento.’

‘Art. 36. Compete aos órgãos do Poder Judiciário:

I - viabilizar, quando necessária, a realização de perícias antropológicas, as quais devem respeitar as peculiaridades do processo intercultural;

II - garantir a intervenção indígena nos processos que afetem seus direitos, bens ou interesses, em respeito à autonomia e à organização social do respectivo povo ou comunidade, promovendo a intimação do povo ou comunidade afetada para que manifeste eventual interesse de intervir na causa;

III - promover a intimação da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai) e do Ministério Público Federal nas demandas envolvendo direitos de pessoas ou comunidades indígenas, assim como intimar a União, a

depender da matéria, para que manifestem eventual interesse de intervir na causa; e

IV - assegurar, quando necessária, a adequada assistência jurídica à pessoa ou comunidade indígena afetada, mediante a intimação da Defensoria Pública.

§ 1º. Em razão de inexistir o regime tutelar, o conjunto de ações destinadas à participação e ao reconhecimento da capacidade processual indígena, bem ainda ao dimensionamento adequado das atribuições dos órgãos e entes responsáveis por políticas indigenistas, não substituem a legitimidade direta dos indígenas, suas comunidades e organizações para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

§ 2º. A atuação da Funai ou do Ministério Público Federal, que devem ser intimados para intervir no feito, em causas sobre direitos indígenas, não supre a necessidade de manifestação do povo interessado.'

'Art. 37. Os indígenas isolados e de recente contato estão sujeitos a vulnerabilidades específicas, de ordem epidemiológica, territorial, demográfica, sociocultural e política, que aumentam sobremaneira o risco de vida, devendo tal condição ser considerada no âmbito do processo judicial.

Parágrafo único. A política judiciária destinada a esses povos deve atender as diretrizes e estratégias específicas e respeitar os princípios da precaução e da prevenção, de forma a zelar pelo preconizado no caput deste artigo, inclusive a autodeterminação.'

'Art. 38. Havendo indícios de que um processo judicial pode afetar povos ou terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, a Funai deverá ser instada a informar se o caso atinge, ainda que de forma potencial,

os direitos de indígenas isolados ou de recente contato, assim como se existe restrição de uso vigente no referido território.

Parágrafo único. O questionamento mencionado no caput deste artigo poderá ser igualmente feito a organizações indígenas de âmbito local, regional ou nacional.'

'Art. 39. Compete à Justiça Federal processar e julgar as demandas que envolvam quaisquer disputas sobre territórios indígenas, independentemente de haver pedido de demarcação perante o órgão administrativo responsável pela demarcação.'

'Art. 40. Em se tratando de faixa de fronteira (art. 20, II, da Constituição Federal), as Forças Armadas e a Polícia Federal, quando da atuação em terras ocupadas por indígenas, adotarão, nos limites de suas competências, medidas de proteção da vida e do patrimônio do indígena e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo indígenas ou grupos indígenas.'

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação".
(eDOC 773).

Todos os interessados acima citados foram convidados a estar presentes nas reuniões da Comissão Especial nesta Corte, as quais eram públicas e transmitidas em plataforma virtual, de forma síncrona, possibilitando, a quem porventura não pudesse estar presente, que assistisse virtualmente aos debates e pudesse contribuir com sugestões, sendo assegurado o direito de fala a todos os observadores e membros da Comissão Especial, independentemente de estar participando presencialmente ou à distância.

De outro lado, insta salientar que as instituições/representantes convidadas(os) possuem legitimidade adequada para debates, deliberação e aprovação dos itens acima descritos como forma de governança colaborativa do litígio constitucional, tendo em vista que vislumbro a presença dos mesmos requisitos para admissão de *amici curiae*, quais sejam, “além da capacidade de representação de um conjunto de pessoas, a existência de uma preocupação institucional e a capacidade de efetivamente contribuir para o debate”, extraída, *in casu*, a representatividade mais ampla em caso de concorrência de pedidos (RE 817.338 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 25.6.2019).

Assegurou-se o nivelamento das informações e empoderaram-se os envolvidos presentes a buscarem construções coletivas do problema em governança colaborativa, por meio da cocriação de soluções gestadas coletiva e democraticamente.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse contexto, inequivocamente, demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade jurídica, econômica e social experimentada.

Hoje não há como negar a comunicação entre norma e fato (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (MARENHOLZ, Ernst Gottfried, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, in: *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54)).

Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae* brief permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos), no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades.

A propósito, referindo-se ao caso *Webster versus Reproductive Health*

Services (...), que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em *Roe versus Wade* (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia – possivelmente o número mais expressivo já registrado – por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto (cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge- Massachussetts. 2. ed., 1996, p. 45).

Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de qualificação da prestação jurisdicional da Corte Suprema.

Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito.

A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às intervenções de eventuais interessados, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48).

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, a jurisdição constitucional passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão socioeconômica que possam vir a ser apresentados pelos participantes dessa nova ambiência colaborativa voltada à governança judicial do conflito perante a Corte.

Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional e com a pacificação social, verdadeiro escopo do Direito, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição.

É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa ou ato governamental, mas pode acolher os encaminhamentos sugeridos pelos interessados em autocomposição no curso da jurisdição constitucional como uma alternativa mais viável, do ponto de vista político, social e econômico, do que adotar o caminho tradicional do julgamento heterocompositivo, que traduz a lógica de vencedores e vencidos.

Há que se reconhecer, todavia, que não existe uma ordem abstratamente preponderante de princípios constitucionais capazes de orientar o enfrentamento das colisões jurídicas entre direitos fundamentais nos conflitos fundiários envolvendo a temática indígena.

Para que se compreenda o documento que foi gerado pela Comissão Especial, considero importante esclarecer as nuances dos pontos que foram acordados em consenso: trata-se um documento que deve ser considerado por esta Corte na análise da constitucionalidade dos dispositivos questionados, assim como pelo Poder Legislativo como uma vertente do pensamento do possível diante dos imbrincados temas que estão interligados além da própria temática indígena.

Todos os membros da Comissão Especial compreenderam ser necessário reconstruir alguns pilares dos conflitos fundiários que ocasionam mortes e invasões no campo como etapa necessária para conseguir chegar a um consenso sobre as disposições normativas questionadas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Esta é uma proposta de solução do litígio que me parece extremamente inovadora do ponto de vista de técnica de enfrentamento de processo estrutural na jurisdição constitucional. É certo que as

sugestões ali extraídas compreendem-se no contexto de, por meio do pensamento sistêmico, adotar soluções factíveis técnica, financeira, operacional e socialmente, que sejam gestadas em um ambiente mais democrático, participativo e plural.

Foram debatidas propostas de enfrentamento direto do âmago dos problemas destacados por indígenas e não indígenas durante as reuniões, além da oitiva da sociedade civil e demais órgãos públicos e instituições privadas envolvidos no enfrentamento do conflito fundiário, seja na seara administrativa, seja na jurisdicional.

Em síntese, a discussão enfrentou problemas identificados por todos os intervenientes em 4 (quatro) eixos: (i) revisão das fases do processo de administração de demarcação, o que promoveu maior participação de estados e municípios envolvidos, além de possibilitar adequadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa de todos os interessados indígenas e não indígenas; (ii) diminuição do acirramento dos conflitos no campo; (iii) autossustentabilidade indígena; e (iv) conformação e operacionalização das teses fixadas no tema 1.031 da sistemática da repercussão geral.

Evidentemente, a legitimidade para determinar medidas voltadas ao Poder Judiciário deve partir desse mesmo órgão, por força da Separação de Poderes (art. 2º da CF), sendo a Comissão Especial, criada nesta Corte Constitucional, integrante da lógica intrínseca da própria jurisdição constitucional como método consensual de solução de litígios. Entretanto, considero que as medidas ali destacadas e propostas são primordiais para o enfrentamento da *quaestio juris*, motivo pelo qual proponho o acolhimento das sugestões, no que se trata das determinações ao Judiciário, na forma de decisão judicial.

Evidentemente, é cediço que problemas complexos não se resolvem com soluções simplistas ou desinteligência entre as esferas de governos federal, estaduais, distrital e municipais ou entre diferentes matizes da sociedade brasileira, demandando uma reorganização jurídica, por meio de governança colaborativa (ANSELL, C.; GASH, A. *Collaborative*

governance in theory and practice. Journal of Public Administration Research and Theory, 2008, v. 18, n. 4, p. 543-571), em torno do tema, mais notadamente pelo alargamento dos debates e das soluções, cumprindo uma das metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 ONU, mais notadamente a “*tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis*” (objetivo-meta 16.7 dos ODS).

Para fins de interpretação autêntica e para que não parem dúvidas, o documento produzido pela Comissão Especial, **obtido mediante consenso de todos os participantes presentes**, não equivale a concordar (naquilo coincidente) ou discordar (naquilo divergente) com a constitucionalidade dos dispositivos questionados na Lei 14.701/2023, mas traduzir o pensamento de possibilidades naquele grupo, diante das variáveis sopesadas, sobre as quais se debateu e refletiu, mediante resultado obtido em cocriação.

Todos os intervenientes indígenas e não indígenas, sociedade civil organizada além de poderes e órgãos públicos tinham um desafio gigantesco de superar entraves centenários sociais e institucionais, interna e externamente, sendo a autocomposição uma ferramenta catalisadora de boas iniciativas e divisor de águas na relação entre os participantes, o que enaltece todo o trabalho desenvolvido durante 10 (dez) meses de intensos debates entre todos os intervenientes, incluindo membros da Comissão Especial e observadores.

Considerando: i) que os termos da proposta foram firmados por participantes legítimos representativos de interesses que identificam uma coletividade difusa (indígenas e não indígenas), sendo acompanhados por vários observadores que foram convidados a participar, os quais estiveram presentes durante as tratativas, bem ainda ii) que as sugestões não violam nenhuma norma constitucional ou legal e que se construiu um resultado cocriativo de técnicas autocompositivas em governança colaborativa do conflito constitucional, as quais espelham uma nova forma de resolução de demandas da jurisdição constitucional, vislumbro

que estão presentes os requisitos para considerá-los com uma interpretação possível na exegese constitucional do conflito subjacente. Além disso, envio a proposta ao Parlamento federal, a fim de que sejam adotadas as providências que entender cabíveis.

Evidentemente, na proposta da Comissão Especial desta Corte, pontuo que há dispositivos que estão dispostos de forma idêntica ao previsto na Lei 14.701/2023, significando que todos os interessados concordaram em manter o conteúdo redacional como resultado do consenso obtido após debates sobre inúmeras redações e diversas propostas dos intervenientes presentes, situando-se aquela proposta como o ponto de equilíbrio entre os interesses, o que demonstra o acerto parcial do Parlamento ao editar alguns dos dispositivos normativos questionados.

Antes de finalizar este tópico, faço uma menção especial aos juízes auxiliares Diego Viegas Veras e Lucas Faber de Almeida Rosa, sem olvidar a juíza auxiliar da Presidência do STF, responsável pelo Nusol, Trícia Navarro Xavier Cabral, além de todos os participantes indígenas e não indígenas, instituições intervenientes, observadores, *experts*, expositores e servidores públicos de todos os órgãos estatais envolvidos, pelo exímio trabalho desenvolvido na Comissão Especial, conduzindo essa nova arquitetura da jurisdição constitucional baseada na construção do consenso pela via da autocomposição, de forma pública, cordial e republicana.

4) Análise de mérito das ações de controle concentrado de constitucionalidade

4.1) Art. 4º, I, II, III, IV, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei 14.701/2023

Citem-se os dispositivos questionados em todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade em relação ao art. 4º da Lei 14.701/2023, a saber:

“Art. 4º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente:

I - habitadas por eles em caráter permanente;

II - utilizadas para suas atividades produtivas;

III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;

IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 1º. A comprovação dos requisitos a que se refere o *caput* deste artigo será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos.

§ 2º. A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do *caput* deste artigo, salvo o caso de renitente esbulho devidamente comprovado.

§ 3º. Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

§ 4º. A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo”.

É importante refletirmos sobre os argumentos dos vetos presidenciais sobre os pontos:

“A proposição legislativa estabelece que seriam terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal, eram, simultaneamente: I) habitadas por eles em caráter permanente; II) utilizadas para suas atividades produtivas; III) imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV) necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Ademais, estabelece que a comprovação dos requisitos mencionados seria devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos e que a ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracterizaria o seu enquadramento como terras habitadas em caráter permanente, ressalvado o caso de renitente esbulho devidamente comprovado. Ainda, define como renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada, situação que excepciona quanto à cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, que inviabilizaria o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas

geográficas.

Ademais, a proposição legislativa, ao apresentar a tese do marco temporal e seus desdobramentos, incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público por usurpar direitos originários previstos no caput do art. 231 da Constituição Federal, haja vista que tal tese já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 27 de setembro de 2023, que estabeleceu a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, decisão essa que rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas”. (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 8.9.2025).

Por sua vez, transcreva-se o art. 231 da Constituição Federal:

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

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

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

existentes.

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

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

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

§ 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

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

Penso que, neste ponto, especificamente em relação à (in)existência de marco temporal indígena em 5 de outubro de 1988, subsiste uma relação entre poderes fortemente influenciada pela teoria dos diálogos institucionais, na medida em que a aprovação da Lei 14.701/2023 insere-se na tentativa de revisar a interpretação constitucional conferida por esta

Corte no tema 1.031 da sistemática da repercussão geral.

O que legitima o exercício do *judicial review* é a especialização em questões jurídicas, pois o objeto (*Gegenstand*) e os efeitos são notadamente políticos, tal como ensina o sempre reverenciado juiz constitucional alemão Dieter Grimm:

“Dessa forma, o que é político na jurisdição constitucional? Certamente seu objeto (*Gegenstand*). Tribunais Constitucionais tem a tarefa de fazer valer as prescrições da Constituição - aquele Direito que se reporta à organização e ao exercício do poder político (*politischer Herrschaft*). A Constituição define não somente a estrutura política básica de um país, mas também dirige e limita a ação política. Decisões políticas apenas podem reivindicar validade se forem compatíveis com a Constituição. Por isso, os objetos do controle de constitucionalidade são, obrigatoriamente, ações ou omissões políticas - e via de regra ações dos órgão de cúpula do Estado, inclusive daqueles cuja legitimação deriva diretamente do povo, por meio de eleições”. (GRIMM, Dieter. **Jurisdição Constitucional e Democracia**: ensaios escolhidos. São Paulo: Editora Contraconcorrente, 2023, p. 33).

Portanto, a análise do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, equivale à prevalência da Constituição sobre os poderes constituídos quando estes atuam em descompasso com os limites impostos pela própria Lei Maior e pelo papel contramajoritário das Cortes Constitucionais, no caso o direito natural à própria existência dos indígenas, na medida em que a imposição de determinado limite temporal distante no tempo equivale à vulneração de seu *status* protetivo constitucional, ao exigir que a comunidade indígena comprove que estava na posse tradicional da área objetivo de reivindicação em 5 de outubro de 1988 ou que houvesse renitente esbulho “*devidamente*

comprovado”. Essa escolha subverte a lógica histórica para repassar uma inversão do ônus probatório, traduzindo prova quase impossível quando comparada com a inação do Estado, que não cumpriu o mandamento constitucional de finalizar todos os procedimentos demarcatórios até 5/10/1993 (5 anos após a promulgação da Constituição – art. 67 do ADCT).

O que deve prevalecer nesses diálogos institucionais entre os Poderes é que, na arena jurídica, apenas o Direito Constitucional e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos (com caráter supralegal ou constitucional, neste último caso se aprovados com quórum de Emenda Constitucional) são decisivos para o deslinde das controvérsias, ficando as questões políticas circunscritas ao objeto do controle e aos seus efeitos, que inevitavelmente alterarão as escolhas do Parlamento e do Governo, sem que ocorra a interferência indevida ou intromissão do Poder Judiciário sobre aqueles outros Poderes.

O mesmo magistrado do Tribunal Constitucional da Alemanha, acima citado, vaticina que:

“Portanto, não pode haver quaisquer dúvidas sobre o significado político do controle de constitucionalidade. Invocando a Constituição, Tribunais Constitucionais podem tanto impedir quanto exigir o agir político. **Eis o ponto: não se trata de transgressão de fronteiras.** Um Tribunal Constitucional que se esquivar de casos políticos trai a sua missão. Não existe jurisdição constitucional apolítica”. (GRIMM, Dieter. **Jurisdição Constitucional e Democracia**: ensaios escolhidos. São Paulo: Editora Contraconcorrente, 2023, p. 34; grifo nosso).

Esta Corte não pode se esquivar de sua missão constitucional, nem a sua atuação, nestas ações de controle concentrado de constitucionalidade, pode ser considerada como afronta ao Poder Legislativo!

Por isso, compreendi que o tema merecia amadurecimentos

institucionais e diálogos francos, diretos e públicos, por meio de métodos autocompositivos conduzidos sob as mesmas luzes das balizas dispostas no tópico 3 deste voto, para demonstrar que, como sociedade contemporânea, não podemos ficar reféns de institutos jurídicos, na tentativa de modificar o eixo para aquilo que se busca como efeito das escolhas políticas: o que se esconde por trás da opção de um marco longínquo ou situação de fato pretérita é na verdade uma faceta de assegurar que os conflitos precisam ter um fim e as pessoas precisam de segurança jurídica para viver em paz, cumprindo um dos objetivos da nossa Carta de 1988:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Nossa sociedade não pode conviver com chagas abertas séculos atrás que ainda dependem de solução nos dias de hoje, demandando espírito público, republicano e humano de todos os cidadãos brasileiros (indígenas e não indígenas) e principalmente de todos os Poderes para compreender que precisamos escolher outras salvaguardas mínimas para conduzir o debate sobre o conflito no campo, sem que haja a necessidade de fixação de marco temporal em 5 de outubro de 1988, situação de difícil comprovação para comunidades indígenas que foram historicamente desumanizadas com práticas estatais ou privadas de retirada forçada,

mortes e perseguições.

Exatamente por isso, a saída encontrada por esta Corte no tema 1.031 reveste-se dessa tentativa de demonstrar que a inversão pode ser exigida de forma inversa, com maior facilidade probatória, para aqueles proprietários que serão atingidos pela atuação estatal.

Assentado o papel desta Corte Constitucional na análise da legislação ora questionada, tenho como inconstitucionais a expressão “*na data da promulgação da Constituição Federal*” no *caput* do art. 4º, e a redação dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei 14.701/2023, por conflitarem com a posição desta Corte fixada no tema 1.031 da repercussão geral e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, exigindo a presença de marco temporal de 5 de outubro de 1988 ou a comprovação de renitente esbulho, caracterizado por expulsão forçada que só pode ser comprovada mediante ação judicial possessória ou conflito de fato persistente até a data da promulgação da Constituição, conforme passo a expor.

Primeiramente, eis a tese fixada no item III do tema 1.031 da RG:

“III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;”.

A CIDH tem se manifestado contrariamente quanto à adoção da tese do marco temporal em 5/10/1988, por ser contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos seguintes termos:

“66. No entender da CIDH, a tese do marco temporal desconsidera os inúmeros casos nos quais povos indígenas haviam sido violentamente expulsos dos territórios que

ocupavam tradicionalmente e, apenas por essa razão, não o ocupavam em 1988. Nesse sentido, a Comissão considera a tese como contrária às normas e padrões internacionais e interamericanos de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas”.

Em relação à impertinência de exigir a comprovação de renitente esbulho por parte dos indígenas, por absoluta desproporcionalidade fático-jurídica, assiste razão aos requerentes da ADI 7.582, oportunidade na qual apontam que:

“Até 5 de outubro de 1988 os indígenas estavam sob a tutela da União e sequer podiam propor ações na justiça. Muitas comunidades eram - e ainda são - de recente contato e não tinham conhecimento da “metafísica dos costumes” dos não-indígenas, a fim de buscar a tutela do poder judiciário em defesa de seus direitos. Além disso, exigir “efetivo conflito possessório”, persistente até 5 de outubro de 1988, materializado em “circunstâncias de fato” é desconhecer profundamente a assimetria de forças entre indígenas e aqueles que os expulsaram de suas terras, como polícias militares, fazendeiros fortemente armados e até mesmo a Força Aérea Brasileira (FAB), para nos atermos aos exemplos mais comuns”.

Em relação aos debates ocorridos na Comissão Especial sobre o preenchimento dos requisitos do art. 231 da CF ser observado “simultaneamente” ou isoladamente, insta salientar que a atual disciplina normativo-constitucional já exige a presença dos requisitos cumulativamente, de sorte que resta superada qualquer inconstitucionalidade na expressão simultaneamente, considerando-a sinônimo de cumulativamente na parte final do art. 4º da Lei 14.701/2023.

As condições constitucionais do art. 231 da CF repassam pela análise e comprovação dos círculos concêntricos evidenciados pelo Min. Nelson Jobim, na ACO 312 QO acima citada, para reconhecimento da tradicionalidade da terra indígena, quais sejam: (i) habitação permanente; (ii) utilização das terras para atividades produtivas; (iii) preservação dos recursos naturais necessários, compreendendo que se agregam três juízos de valor: imprescindibilidade, necessidade e bem-estar; e (iv) círculo exterior da reprodução física e cultural.

O Supremo Tribunal Federal, ao decidir o RE 1.017.365, fixou o seguinte entendimento nos itens III e IV do tema 1.031 da RG, a saber:

“III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;

IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88”.

Em sede doutrinária, tive oportunidade de registrar que:

“A proteção jurídica que a Constituição confere aos índios (arts. 231 e 232) tem forte repercussão no direito de propriedade (pública ou privada), pois reconhece a eles direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens).

(...)

Assim, torna-se essencial à garantia da propriedade, nesse

tema, haver adequada definição de institutos jurídicos e respeito à segurança jurídica, ao se discutirem questões como: a conceituação de terras indígenas, o respeito a um devido processo legal administrativo de demarcação, a adoção de critérios objetivos e subjetivos bem definidos e regulamentados para o reconhecimento de área indígena, a precisão do regime jurídico dos bens integrantes da área demarcada (consideradas as frequentes superposições de afetações públicas), o respeito ao princípio federativo etc.

Ainda que o texto constitucional estabeleça algumas balizas gerais, a matéria envolve grande complexidade fática e jurídica e inúmeras controvérsias e dificuldades interpretativas (inclusive no que diz respeito às repercussões relativas à garantia da propriedade).

(...)

O fato de as terras indígenas virem a integrar território estadual e municipal demonstra a relevância de que também aos Estados e Municípios (na condição de unidades políticas) seja assegurado, de forma efetiva e não meramente formal ou burocrática, o exercício da garantia de ampla defesa e do contraditório em processos demarcatórios (que não se resume apenas a um simples direito de manifestação no processo, mas a uma ‘pretensão à tutela jurídica’, como bem anotava Pontes de Miranda).

É que a demarcação de terras indígenas não pode ser vista, em termos federativos, como uma competência da União a ser exercida contra os Estados e Municípios. A afetação do território de uma unidade federada (que pode restringir a disponibilidade sobre o território ou, em última análise, sobre a propriedade e o domínio público e privado) precisa ter realmente um referencial jurídico sério, pois, a despeito de não significar a extinção ou amesquinamento de uma unidade federada, certamente caracteriza uma repercussão direta na própria estrutura e equilíbrio da Federação.

Assim, tendo em vista que toda a competência

estabelecida pela Constituição tem que ser exercida em conformidade com o princípio da fidelidade à federação (*Bundestreue*) – decorrência lógica do princípio federativo –, é fundamental que os procedimentos administrativos de demarcação incluam a participação dos Estados e Municípios, em todas as suas fases” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025, p. 293/294).

É cediço que todo o processo de ocupação territorial brasileiro, desde a chegada dos portugueses em 1500, é permeado dessa vergonhosa forma de apropriação do território inicial e integralmente indígena, na maioria das vezes realizada, historicamente, por meio de violência, intimidação e mortes. **Essa realidade – dura e nefasta – não pode ser tolerada e repetida hodiernamente.**

Mas, a pretexto de promover uma reparação às comunidades tradicionais, não se pode desconsiderar o vetor de segurança jurídica presente em nossa sociedade democrática contemporânea, até para que seja preservado o direito à propriedade e à posse privadas.

Esse conflito entre direitos fundamentais foi, por diversas vezes, enfrentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual tem assentado que:

“144. Quando a propriedade comunal indígena e a propriedade privada particular entram em contradições reais ou aparentes, a própria Convenção Americana e a jurisprudência do Tribunal oferecem as diretrizes para definir as restrições admissíveis ao gozo e ao exercício destes direitos, a saber: a) devem estar estabelecidas por lei; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais, e d) devem ser feitas com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.

[...]

147. Ao desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, poder-se-ia estar afetando outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e a própria sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros.

148. Ao contrário, **a restrição que se faça ao direito à propriedade privada de particulares pode ser necessária para alcançar o objetivo coletivo de preservar as identidades culturais em uma sociedade democrática e pluralista no sentido da Convenção Americana; e proporcional, caso seja feito o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados, de acordo com o artigo 21.2 da Convenção.**

149. **Isto não significa que, sempre que estejam em conflito os interesses territoriais particulares ou estatais e os interesses territoriais dos membros das comunidades indígenas, prevaleçam os últimos sobre os primeiros.** Quando os Estados estiverem impossibilitados, **por razões concretas e justificadas**, de adotar medidas para devolver o território tradicional e os recursos comunais dos povos indígenas, a compensação que se conceda deve ter como orientação principal o significado que possui a terra para elas (pars. 131, 135 e 139 supra).

150. A este respeito, o artigo 16.4 da Convenção nº 169 da OIT, ao referir-se ao retorno dos povos indígenas aos territórios dos quais foram deslocados, afirma que:

‘Quando o retorno não for possível, [...], esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam, pelo menos, iguais àqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas’.

151. A escolha e a entrega de terras alternativas, o pagamento de uma justa indenização ou ambos não ficam sujeitos a critérios meramente discricionários do Estado, devem ser, de acordo com uma interpretação integral da Convenção nº 169 da OIT e da Convenção Americana, a partir de um consenso com os povos interessados, conforme seus próprios procedimentos de consulta, valores, usos e direito consuetudinário.

[...]

217. Em função do exposto acima, o Estado deverá identificar esse território tradicional e entregá-lo de maneira gratuita à Comunidade Yakye Axa, em um prazo máximo de três anos contados a partir da notificação da presente Sentença. **Caso o território tradicional se encontre em mãos privadas, o Estado deverá avaliar a legalidade, necessidade e proporcionalidade da expropriação ou não dessas terras com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática, conforme o exposto nos parágrafos 144 a 154 desta Sentença.** Para tanto, deverá levar em conta as particularidades próprias da Comunidade indígena Yakye Axa, bem como seus valores, usos, costumes e direito consuetudinário. Caso, por motivos objetivos e fundamentados, a reivindicação do território ancestral dos membros da Comunidade Yakye Axa não seja possível, o Estado deverá entregar-lhe terras alternativas, que serão escolhidas em consenso com a Comunidade, conforme suas próprias formas de consulta e decisão, valores, usos e costumes. Em um ou outro caso, a extensão das terras deverá ser suficiente para garantir a manutenção e o desenvolvimento da forma de vida própria da Comunidade.

218. Para dar cumprimento ao indicado no parágrafo anterior, o Estado, caso seja necessário, deverá criar um fundo destinado exclusivamente à aquisição das terras a serem entregues à Comunidade Yakye Axa, em um prazo máximo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença,

fundo que será destinado tanto para a compra da terra de proprietários particulares ou para o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados em caso de expropriação, segundo corresponda.

[...]

XIV

PONTOS RESOLUTIVOS

242. Portanto,

A CORTE,

DECLARA QUE:

[...]

Por sete votos a um,

2. O Estado violou o Direito à Propriedade, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa, nos termos dos parágrafos 123 a 156 da presente Sentença.

[...]

E, POR UNANIMIDADE, DISPÕE QUE:

[...]

8. O Estado deverá criar um fundo destinado exclusivamente à aquisição das terras a serem entregues aos membros da Comunidade indígena Yakye Axa, em um prazo máximo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 218 da mesma". (CIDH, *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, Sentença de 24.8.2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_por.docx. p. 80-81, 101, 106-107. Acesso em: 4.9.2025; grifo nosso).

A solução encontrada pela CIDH, no caso acima, passa pelo reconhecimento da tradicionalidade da posse indígena sobre a área e, caso esta seja sob a esfera de domínio ou posse privada e presente situação de proteção ao interesse público ou social, no momento do reconhecimento, *“deverá avaliar a legalidade, necessidade e proporcionalidade da expropriação ou não dessas terras com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática”*, inclusive com a criação de *“fundo que será destinado tanto para a compra da terra de proprietários particulares ou para o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados em caso de expropriação, segundo corresponda”*.

Em suma, o reconhecimento da tradicionalidade indígena com demarcação de território deve ser solucionada de forma alternativa quando houver razões que: a) sejam estabelecidas por lei; b) estejam baseadas em situação fática que demonstre a necessidade de resguardo do interesse público ou social; c) afigurem-se proporcionais em sentido estrito; e d) visem a alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática.

Ou seja, segundo a CIDH, a posição do Estado deve sair da esfera do mero reconhecimento da tradicionalidade indígena e esvaziamento da propriedade privada para assegurar ao não indígena uma reparação econômica pelo esvaziamento do direito de propriedade ou de posse, sob pena de violação ao art. 21.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de forma, reversa àquele (*“2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.”*).

Em outro julgado mais recente (Sentença de 5 de fevereiro de 2018), referente a disputa territorial ocorrida no território nacional, caso *Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil*, mesmo em situação envolvendo o reconhecimento estatal da demarcação indígena sobre a terra objeto de diversas demandas judiciais e analisando a legislação brasileira, inclusive a proteção constitucional do art. 231 da Constituição Federal de 1988, a

CIDH registrou:

“195. Com respeito à sentença de reintegração de posse favorável a Milton do Rego Barros Didier e Maria Edite Barros Didier, caso a negociação em curso informada pelo Estado, para que recebam uma indenização por benfeitorias de boa-fé não prospere, conforme a jurisprudência da Corte, o Estado deverá avaliar a possibilidade de sua compra ou a expropriação dessas terras, por razões de utilidade pública ou interesse social.

196. Caso, por motivos objetivos e fundamentados, não seja, definitivamente, material e legalmente possível a reintegração total ou parcial desse território específico, o Estado deverá, de maneira excepcional, oferecer ao Povo Indígena Xucuru terras alternativas, da mesma qualidade física ou melhor, as quais deverão ser contíguas a seu território titulado, livres de qualquer vício material ou formal e devidamente tituladas em seu favor. O Estado deverá entregar as terras, escolhidas mediante consenso com o Povo Indígena Xucuru, conforme suas próprias formas de consulta e decisão, valores, usos e costumes. Uma vez acordado o exposto, essa medida deverá ser efetivamente executada no prazo de um ano, contado a partir da notificação de vontade do Povo Indígena Xucuru. O Estado se encarregará das despesas decorrentes do referido processo bem como dos respectivos gastos por perda ou dano que possam sofrer em consequência da concessão dessas terras alternativas.” (CIDH, *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros Vs. Brasil*. Sentença de 5.2.2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. p. 49. Acesso em: 4.9.2025; grifo nosso).

Nas notas de rodapé 198, 199 e 200, a CIDH reafirmou o contido no *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, ao registrar que deveria ser observado o parágrafo 217 daquela sentença, a saber:

“198 Cf. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, par. 217; e Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras, par. 324. d.

199 Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, par. 217; e Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras, par. 325.

200 Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, par. 217; e Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras, par. 325.” (CIDH, *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros Vs. Brasil*. Sentença de 5.2.2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. p. 49. Acesso em: 30.8.2023; grifo nosso).

Evidentemente, mesmo nos casos de reconhecimento da tradicionalidade indígena, a CIDH entende que, “*Caso o território tradicional se encontre em mãos privadas, o Estado deverá avaliar a legalidade, necessidade e proporcionalidade da expropriação ou não dessas terras com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática*” (Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, parágrafo 217).

Está claro que a Corte Interamericana de Direitos Humanos e atualmente o Supremo Tribunal Federal afastam qualquer marco temporal para reconhecimento da tradicionalidade da posse indígena, razão pela qual, compreendendo-se como ultrapassada essa discussão, padece de vício de constitucionalidade material a expressão “*na data da promulgação da Constituição Federal*” do art. 4º da Lei 14.701/2023, por conflitar com a exegese conferida por esta Corte, ao reinterpretar o art. 231 da Constituição Federal, assim como os §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da mesma lei.

O enfoque debatido na autocomposição da Comissão Especial nestes autos repassou pelo motivo pelo qual o Parlamento insiste na existência do marco temporal indígena em 5 de outubro de 1988, identificando-se

que é necessário promover a segurança jurídica para todos os envolvidos, não podendo existir, no âmbito rural, incerteza de investimentos e dificuldades de obter empréstimos financeiros perante bancos.

Todavia, a imposição de marco temporal pretérito e distante no tempo (5/10/1988), de forma retroativa para quem não possui cultura de resguardo de documentação formal, não guarda proporcionalidade com o fim almejado: conferir segurança jurídica.

Isso porque, tal escolha legislativa esvazia desarrazoadamente o comando constitucional do art. 231 da CF, introduzindo praticamente prova impossível para quem tinha clara deficiência técnico-jurídica de defesa de seus interesses jurídicos àquela época (antes de 5/10/1988).

Tal circunstância fático-jurídica não é verificada hodiernamente, mas era uma realidade triste na década de 1980, que não pode ser esquecida na tarefa de interpretação constitucional.

De outro lado, a resposta encontrada por esta Corte, ao decidir o tema 1.031 da RG, parece mais consentânea com a ponderação proporcional consistente em definir quem possui melhores instrumentos jurídicos para conferir a comprovação de fatos e defesa administrativa e judicial, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis o que decidido no item V do citado tema 1.031 da RG:

“V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em

dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF”.

Vê-se, pois, que, exclusivamente para fins indenizatórios (sem repercutir sobre o reconhecimento da tradicionalidade indígena – item II da tese), foi invertido o ônus probatório quanto à presença, em 5/10/1988, de indígenas, cabendo ao proprietário ou ao possuidor comprovar que não existia ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho naquele marco jurídico (5/10/1988).

Isto é, comprovando o proprietário ou possuidor que não existia ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho em 5/10/1988, o STF declarou *“válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena”* e assegurou: (i) o direito daquele ser indenizado, pela União, de forma prévia e justa das benfeitorias necessárias e úteis; (ii) em relação à terra nua, o direito àquele ser reassentado, pela União, ou ter o pagamento *“em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF”*.

Sem maiores delongas e de acordo com o que debatido na Comissão Especial nestas ações de controle concentrado de constitucionalidade, tem-se que: se não for assegurada a posse tradicional indireta indígena sobre parcela do território titulada por não indígena, haverá o descumprimento do item II do tema 1.031 da RG. De outro lado, se não for assegurada a posse direta do proprietário ou possuidor de boa-fé na forma do item V do tema 1.031, haverá esvaziamento do direito de

retenção e da possibilidade de indenizá-lo. Rememore-se o item II do tema 1.031 da RG:

“II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas, nas utilizadas para suas atividades produtivas, nas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e nas necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do § 1º do artigo 231 do texto constitucional”.

Dito de outro modo: no histórico da tentativa de solução autocompositiva nesta Corte, percebeu-se que, empiricamente, apesar de o laudo antropológico reconhecer a tradicionalidade indígena de uma área ininterrupta maior, há inúmeros proprietários ou possuidores não indígenas de áreas menores incluídas naquela maior, com títulos emitidos ou reconhecidos pelo Estado brasileiro anteriores a 5/10/1988, existindo a necessidade de resguardar-se a confiança e o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF), de forma proporcional ao direito de reconhecimento da tradicionalidade indígena sobre a totalidade do território (art. 231 da CF).

Em outras palavras, **e unicamente para fins de interpretar a ocupação tradicional do item V da tese 1.031 da RG,** pontue-se que deve ser bifurcada a ocupação tradicional em direta e indireta, possibilitando o reconhecimento de domínio ou posse direta do não indígena sobre parcela do território que seja titulado ou possuído por si, mantendo-se a posse tradicional indígena direta sobre o restante da área objeto de demarcação não titulada ou possuída por não indígena.

Parece-me que a solução viável constitucionalmente é interpretar, tão somente para fins de análise indenizatória do item V do tema 1.031 (não repercutindo sobre a tradicionalidade indígena do item II da tese do tema 1.031 do STF), que a posse tradicional indígena subdivide-se em

posse tradicional direta e indireta.

A previsão legal da diferenciação entre a posse direta e indireta está prevista no art. 1.197 do Código Civil, a saber:

“Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

Tenho que, para mim, a única forma de compatibilizar os itens da repercussão geral, envolvendo a posse tradicional indígena sobre determinado espaço do território nacional e o direito de retenção por área titulada ou possuída de boa-fé, é assegurar a posse indireta tradicional indígena e posse direta do não indígena que demonstre título de propriedade, domínio ou posse sobre parcela daquela, possibilitando o cumprimento das obrigações sequenciais e sucessivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), salvo se houver a escolha dos indígenas pela destinação de outras áreas ou não for optado por indenização em dinheiro, na forma do art. 16.4 da Convenção 169 da OIT.

Importante frisar que essa interpretação foi encampada pela União, ao propor em sua proposta de regramento transitório, que seja paga indenização ao proprietário ou possuidor, na forma do art. 4º do plano transitório (eDOC 775).

Sendo assim, reinterpretando o item V das teses do tema 1.031 da RG à luz do que acima registrado, declaro a inconstitucionalidade da expressão “*na data da promulgação da Constituição Federal*”, do *caput* do art. 4º, bem da redação dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei 14.701/2023.

De outro lado, não antevejo qualquer inconstitucionalidade do § 1º do art. 4º da Lei 14.701/2023, por ser necessária a comprovação dos requisitos do art. 231 da CF, por meio de análise fundamentada e baseada em critérios objetivos, a ser realizada pelo órgão indigenista (Funai).

4.2) Art. 4º, §7º, da Lei 14.701/2023

Veja-se o dispositivo questionado neste subitem:

“§ 7º. As informações orais porventura reproduzidas ou mencionadas no procedimento demarcatório somente terão efeitos probatórios quando fornecidas em audiências públicas, ou registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo”.

Quanto aos argumentos do veto presidencial ao § 7º do art. 4º do Projeto de Lei 2.903/2023, consta o seguinte:

“A proposição legislativa estabelece que as informações orais porventura reproduzidas ou mencionadas no procedimento demarcatório somente teriam efeitos probatórios quando fornecidas em audiências públicas ou registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo.

Entretanto, em que pese a boa intenção do legislador, a proposição contraria o interesse público ao criar novas exigências no bojo dos estudos técnicos que subsidiam o procedimento, afrontando o art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal”.
(Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 17.9.2025).

Destaque-se que o art. 16 da LRF promana que:

“Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias”.

Alega-se, ainda, nestas ações de controle concentrado de constitucionalidade que a norma tem o intuito de *“invalidar o trabalho antropológico realizado durante o processo de demarcação”*.

Não diviso qualquer violação ao art. 16 da LRF, na medida em que os estudos técnicos não conduzem ao aumento de despesa, devendo ser realizados de acordo com o orçamento já estabelecido anualmente pela Funai, inexistindo qualquer incremento de gastos que vulnere aquela norma.

Igualmente, não há reserva de administração em dispor como deve se desenvolver a gravação para fins de comprovação posterior, não havendo qualquer empecilho ao se dispor de forma diversa do que contido no Decreto 1.775/1996.

A circunstância de o referido decreto ter sido declarado constitucional pelo STF no MS 21.649, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. 1º/6/2000 e DJe 15/12/2000 e outros julgados, não lhe confere indenidade de ser alterado por outro decreto posterior, de forma direta ou indireta, ou mesmo lei em sentido formal e material.

A necessidade de instituição de regras de organização e procedimento quanto à demarcação, em vez de conflitar com o art. 231 da CF, alcança o imperioso advento de normas que intentem alterar o regramento infraconstitucional, conformando diversos princípios

constitucionais, entre eles o do contraditório e da ampla defesa.

O trabalho da equipe multidisciplinar, que possui a responsabilidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação, não é vulnerado ou sobrecarregado com a necessidade de o laudo antropológico exigir que as informações colhidas sejam realizadas em audiências públicas, ou registradas eletronicamente, com a devida transcrição em vernáculo.

O texto do § 7^a do art. 4^o da Lei 14.701/2023 é plurissêmico e alternativo, de forma que cumpre o comando legal se o registro das informações for realizado pela equipe multidisciplinar, de forma eletrônica, em áudio e vídeo ou mesmo a realização de audiências públicas. A norma não exige que seja em audiência pública e registrado em áudio e vídeo.

A norma não interfere em nada nos métodos e técnicas próprios da ciência antropológica, demandando apenas que sejam comprovados de determinada forma prevista em lei.

As próprias requerentes da ADI defendem que *“os relatórios circunstanciados de antropólogos e peritos judiciais são produzidas a partir de conversas, ou seja, oralmente - e na língua materna de cada povo, sendo elementos fundamentais para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação da terra”*. Não vislumbro dificuldade alguma de que tais conversas sejam gravadas e posteriormente ocorra a transcrição ao vernáculo para fins de elaboração do laudo antropológico, em nada interferindo a colheita oral das informações ou tampouco deslegitimando os usos, costumes e tradições dos indígenas.

Entretanto, parece-me transbordar da razoabilidade a exigência que o registro seja em áudio e vídeo, obrigatoriamente, de maneira que, inexistindo condições de colher em vídeo, haveria ilegalidade do laudo antropológico, diante da dificuldade de colher as informações das comunidades indígenas que possuam restrições de veiculação de suas imagens ou a informalidade que possibilita o registro apenas em áudio.

Para evitar essa abertura de nulidades que pode causar atraso nas demarcações, considero ser suficiente declarar a inconstitucionalidade da interpretação que exija as duas formas (áudio e vídeo) no § 7º do art. 4º da Lei 14.701/2023, além de não ser possível incidir sobre os laudos antropológicos já finalizados, documentados e entregues à Funai antes da entrada em vigor da Lei 14.701/2023, sob pena de vulneração ao art. 5º, XXXVI, da CF.

Sendo assim, penso ser suficiente a declaração de inconstitucionalidade, com redução de texto, da interpretação que exija o registro em “áudio e vídeo” no § 7º do art. 4º da Lei 14.701/2023, devendo ser compreendido como alternativo, ou seja, “áudio ou vídeo”, além de a novel exigência não ser oponível aos laudos antropológicos que tenham sido finalizados, documentados e entregues à Funai até a entrada em vigor da Lei 14.701/2023.

4.3) Arts. 5º e 6º da Lei 14.701/2023

Eis as normas questionadas quanto aos arts. 5º e 6º da Lei 14.701/2023:

“Art. 5º. A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos Estados e dos Municípios em que se localize a área pretendida, bem como de todas as comunidades diretamente interessadas, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas.

Parágrafo único. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Art. 6º. Aos interessados na demarcação serão

assegurados, em todas as suas fases, inclusive nos estudos preliminares, o contraditório e a ampla defesa, e será obrigatória a sua intimação desde o início do procedimento, bem como permitida a indicação de peritos auxiliares”.

Dispõem os incisos X, XXII, XXIV, LIV e LV do art. 5º da CF de 1988, respectivamente:

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

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

(...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e

ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (grifo nosso).

É importante citar os argumentos dos vetos presidenciais sobre os pontos (art. 5º e 6º, respectivamente), a saber:

Art. 5º. “A proposição legislativa que estabelece a demarcação contaria obrigatoriamente com a participação dos Estados e dos Municípios em que se localizasse a área pretendida e de todas as comunidades diretamente interessadas, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público ao prever nova etapa para o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, criando, para os entes federados, obrigação de participação no procedimento sem, contudo, indicar os termos e as etapas processuais nos quais a participação deveria se dar.

Ademais, cabe apontar que atualmente há previsão de manifestação dos Estados, Municípios e demais interessados no procedimento, nos termos do Decreto nº 1.775, de 1996 e da Portaria nº 2.498/11 do Ministério da Justiça”.

Art. 6º. “A proposição legislativa estabelece que aos interessados na demarcação seriam assegurados, em todas as suas fases, inclusive nos estudos preliminares, o contraditório e a ampla defesa, e que seria obrigatória a sua intimação desde o início do procedimento e permitida a indicação de peritos auxiliares.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por criar exigência incompatível com a sequência do procedimento demarcatório, uma vez que os não indígenas afetados pela demarcação apenas serão identificados ao final dos estudos a cargo do grupo técnico especializado, sendo inexequível proceder à sua identificação prévia. (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 24.9.2025).

Argumenta-se, na ADI 7.582, que tais normas “*têm por finalidade obstruir os processos administrativos de demarcação de Terras Indígenas para inviabilizar sua finalização*”, o que afrontaria o disposto no art. 231 da CF.

Defende-se, ainda, que “*a forma de participação dos interessados no processo administrativo de demarcação não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, conclusão firmada no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro de inúmeros precedentes, em casos semelhantes, a respeito de tal questão*”, ao fundamento de que:

“Calha acentuar que a ‘participação efetiva’ de estados e municípios não pode ser entendida como o direito dos estados, municípios ou demais interessados participarem da elaboração dos estudos antropológicos. Isso porque, numa análise primeira, essa possibilidade invadiria a intimidade e a privacidade dos indígenas e importaria em tolerar a presença de estranhos dentro da Terra indígena. Em segundo, porque permitiria que os indígenas pudessem ser intimidados por pessoas contrárias à demarcação em um momento em que devem ter liberdade para se exprimirem livremente, a violar seus direitos à dignidade, liberdade e liberdade de expressão. Em terceiro, porque essa possibilidade pode dar margem para ameaças e conflitos durante a elaboração dos laudos antropológicos, ou após, sendo necessário uma estrutura com

policiais e forças de segurança absolutamente intimidadora.

De se destacar que, muitas vezes, o grupo técnico vai conversar com pessoas idosas, grupo de mulheres, pessoas não falantes da língua portuguesa, que vivem na zona rural e com usos, costumes e tradições radicalmente distintos dos não-indígenas. Admitir que os estudos antropológicos possam ser acompanhados por representantes dos estados, municípios, invasores, detentores de títulos, peritos, assistentes técnicos e demais interessados, assim como gravados e filmados, seria transformar um momento de avaliação técnica do Grupo disciplinar em uma caravana intimidadora, onde os indígenas não estariam livres para se manifestar e construir a necessária relação de diálogo com o GT de identificação da Terra Indígena. Ora, o momento de elaboração dos estudos técnicos não pode ser um momento de inquirição e de intimidação dos indígenas e da comunidade indígena.

Assim, deve ser dada interpretação conforme a Constituição ao dispositivo com o fim de garantir que no âmbito do processo de demarcação serão assegurados aos indígenas a inviolabilidade de sua intimidade e vida privada (Artigo 5º, inciso X), bem como sua organização social, 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 (Artigo 231, caput, da Constituição da República), sendo a forma de participação de Estados e Municípios a que está estabelecida no Decreto nº 1.775/1996

(...)

A possibilidade contraria o princípio da eficiência administrativa, porquanto todo processo administrativo tem tempo e modo para o exercício do contraditório. Permitir que os interessados possam questionar todos os atos e a qualquer tempo tem como consequência inviabilizar a finalização do

processo de demarcação e aniquilar direitos a duração razoável do processo. Assim, o dispositivo viola o Artigo 5º, inciso LXXVIII, e Artigo 37, *caput*, da Constituição da República.”. (exordial da ADI 7.582, p. 66/71, grifo nosso).

Por sua vez, na ADI 7.583, aduz-se que a participação de estados e municípios, *“sem qualquer limite ou adequação quanto à fase da tramitação, implica projetar duração do processo administrativo fora do que se possa considerar razoável, eliminando meios que garantam a celeridade de sua tramitação, com expressa violação ao disposto acima referido”*. Sustenta-se idêntico raciocínio para a *“obrigatoriedade da participação de TODAS as comunidades diretamente interessadas, bem como a manifestação de INTERESSADOS e de ENTIDADES DA SOCIEDADE CIVIL, sem previsão de que demonstrem seus respectivos interesses jurídicos em relação ao processo de demarcação de terra tradicionalmente ocupada por determinado ou determinados Povos Indígenas”*. E ainda:

“A razoabilidade na tramitação do processo, remete à necessidade de que a participação das pessoas naturais e jurídicas, de direito privado e público, com legítimo interesse jurídico no processo administrativo de demarcação de terra indígena, ocorra nos termos do que atualmente está em vigor, no Decreto nº 1775/96, sem prejuízo de que as partes interessadas possam, encaminhar a Ministro da Justiça e Segurança Pública e ao Presidente da República, Memoriais com suas razões, no exercício do direito constitucional de petição.

No entanto, a intimação desde o início do procedimento, implicará efetiva obstrução ao início dos trabalhos dos Grupos Técnicos Especializados, na medida em que somente após o levantamento fundiário realizado na fase da Identificação e Delimitação da Terra Tradicionalmente Ocupada por Povos e

Comunidades Indígenas é possível conhecer e identificar os eventuais ocupantes não indígenas nos limites das terras objeto do processo demarcatório, ainda assim, quando estes permitem, sendo comum, que as pessoas se recusem a se identificar.

Desta forma, há que se ponderar, com a adoção de técnica de interpretação conforme ao texto constitucional, inscrito no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que a intimação prevista no art. 6º da Lei nº 14.701/2023, somente possa ocorrer, após a conclusão do Relatório Circunstanciado e do Laudo Fundiário, assegurando-se a possibilidade de intimações por aplicativos de comunicação, por mensagens eletrônicas e editais” (exordial da ADI 7.582, p. 17/21).

Por fim, na ADI 7.586, invoca-se que *“é imperativo observar o devido processo legal em sua plenitude. Isso significa que todas as partes interessadas, sejam comunidades indígenas, entidades públicas ou particulares, devem ter oportunidade de se manifestar, apresentar provas, contradizer argumentos e participar efetivamente de todas as fases do processo”*. E mais:

“Assegurar o contraditório e a ampla defesa no processo de demarcação significa garantir que as comunidades indígenas sejam devidamente ouvidas e possam participar ativa e adequadamente do procedimento administrativo e judicial. A efetiva aplicação do contraditório e da ampla defesa nos processos de demarcação contribui para evitar arbitrariedades, assegurando que as decisões levem em conta a visão e os interesses das comunidades indígenas, a promover abordagem justa e inclusiva que reconhece a necessidade de considerar as particularidades culturais e territoriais das comunidades indígenas.

A obrigatoriedade de participação dos Estados e

Municípios, embora tenha ares de promoção do diálogo federativo, não se pode prestar a prejudicar ou retardar injustificadamente o processo demarcatório, indo contra o princípio da eficiência administrativa. Ao colocar, de forma obrigatória e sem uma finalidade específica, vários litisconsorte no processo, a consequência é estiolar a razoável duração do processo.

O Artigo 231 da CF/88 estabelece a competência da União para a demarcação, de modo que não pode pretender o legislador criar condição limitadora do reconhecimento dos direitos indígenas por meio da imposição de procedimento mais lento, custoso e ineficiente. O princípio da eficiência, introduzido na Constituição pela Emenda Constitucional nº 19/98, busca otimizar os processos administrativos. Nesse contexto, autores como Celso Antônio Bandeira de Mello destacam a importância de evitar obstáculos injustificados que possam retardar a efetivação de direitos. A eficiência administrativa é imperativo da gestão pública. A participação estadual e municipal, por importar em excessiva onerosidade e demora, confronta o comando à prevenção de prejuízos e atrasos injustificados nos procedimentos demarcatórios.

Mais ainda, a aplicação do art. 148 do Código de Processo Civil a antropólogos, peritos e outros profissionais especializados nomeados pelo poder público, nos termos do que prevê o art. 10 da Lei 14.701/2023, cria uma equiparação inadequada entre o procedimento administrativo de demarcação e um processo judicial, incompatível com a natureza administrativa desse procedimento.

Em suma, a imposição de restrições à produção de provas e ao procedimento demarcatório, conforme descrito nos dispositivos citados, sofre do vício de inconstitucionalidade, especialmente à luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, da eficiência administrativa, bem

como do respeito às especificidades culturais das comunidades indígenas” (exordial da ADI 7.582, p. 47/52; grifo nosso).

Ainda em sede doutrinária, sobre o debate envolvendo o contraditório e a ampla defesa, tenho defendido que:

“Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. **Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica.**

Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava que ‘com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas’.

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado ‘*Anspruch auf rechtliches Gehör*’ (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

– direito de informação (*Recht auf Information*), que

obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

– direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

– direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

(...)

Entende-se que o direito à defesa e ao contraditório tem plena aplicação não apenas em relação aos processos judiciais, **mas também em relação aos procedimentos administrativos de forma geral**. Observe-se, contudo, que em alguns procedimentos administrativos – inquéritos policiais – ou jurisdicionais – inquéritos judiciais – o contraditório e a ampla defesa podem não existir ou existir de forma atenuada, em razão de colisão com outros direitos fundamentais.

Dessa perspectiva não se afastou a Lei n. 9.784, de 29-1-1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O art. 2º desse diploma legal determina, expressamente, que a Administração Pública obedecerá aos princípios da ampla defesa e do contraditório. O parágrafo único desse dispositivo estabelece que nos processos administrativos serão atendidos, dentre outros, os critérios de ‘observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados’ (inciso VIII) e de ‘garantia dos direitos à comunicação’ (inciso X).

Sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, tanto em tema de punições disciplinares como de restrição de direitos em geral.

(...)

O direito ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, tem âmbito de proteção de caráter normativo, **o que, de um lado, impõe ao legislador o dever de conferir densidade normativa adequada a essa garantia e, de outro, permite-lhe alguma liberdade de conformação.**

Ao regular o direito ao contraditório e à ampla defesa não pode o legislador desequilibrar os interesses e as partes em conflito, estabelecendo os meios necessários para que se atinja o equilíbrio entre estas, garantindo, assim, tratamento paritário entre as partes no processo.

A lei de procedimento administrativo disciplina o direito ao contraditório e à ampla defesa no plano geral (cf. art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784, de 29-1-1999). (...)

(...)

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo). Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.

Daí ter Rogério Lauria Tucci afirmado que a incorporação da garantia do devido processo legal, de forma expressa no texto constitucional de 1988, juntamente com outras garantias específicas, acabou por criar uma situação de superafetação.

De fato, é muito comum entre nós fazer-se referência a uma garantia específica, como a do contraditório e da ampla defesa, ou do juiz natural e do devido processo legal.

Ou, ainda, costuma-se fazer referência direta ao devido processo legal em lugar de referir-se a uma das garantias específicas.

O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral (Auffanggrundrecht) em relação às demais garantias. Assim, em muitos casos, tem-se limitado o Tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes. Há outras situações em que o devido processo legal assume características autônomas ou complementares". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025, p. 410, 425/426, 432/433 e 528/529; grifo nosso).

De pronto, afirme-se que, a despeito de o *‘processo administrativo destinado à demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por povos e comunidades indígenas, regulado no Decreto nº 1775/96, já contempla[r] fases específicas, que se adequam ao previsto no acima referido inciso LXXVIII do art. 5º da CF’*, isso não significa a sua imutabilidade, nem a impossibilidade de seu aperfeiçoamento institucional-normativo, a cargo do Presidente da República (superveniência de outro decreto que o revogue expressa ou tacitamente, disciplinando diversamente ou tornando incompatível a manutenção da disposição anterior) ou do Congresso Nacional (lei ordinária).

Há disposições expressas sobre o tema do contraditório e da ampla defesa no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal, no Estatuto dos Funcionários Públicos Federais (art. 153 da Lei 8.112/1990), na Lei 9.784/1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), no Decreto 70.235/1972 (regula o procedimento administrativo fiscal, o qual foi recepcionado pela

Constituição Federal de 1988 com *status* de lei ordinária, sendo alterado posteriormente por tal espécie de diploma legal), entre outros complexos normativos, de sorte que a sua previsão reforçada e esmiuçada em lei material, em contrariedade ao decreto presidencial que discipline a matéria diversamente, mesmo que este tenha sido chancelado pelo STF, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, não inquina de qualquer inconstitucionalidade aquela lei ordinária, no caso a Lei 14.701/2023.

Em outras palavras, ao Decreto 1.775/1996 continua sendo aplicável a regra disposta no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro (LINDB) de que *“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”*, nada obstante esta Corte tenha assentado a constitucionalidade das disposições concernentes ao contraditório e à ampla defesa previstas naquele decreto, mormente por a Lei 14.701/2023 revelar-se instrumento normativo superior na escala hierárquica piramidal formulada por Hans Kelsen.

Nas audiências da Comissão Especial registradas nestes autos, o debate sobre as teses suscitadas sobre o ponto girava em torno do momento em que o não indígena deveria participar do procedimento demarcatório.

Em uma das posições, defendia-se que os demais Entes Federativos e os cidadãos não indígenas envolvidos na área de demarcação somente poderiam participar ativamente da etapa de produção probatória, de forma diferida, ou seja, após a elaboração do RCID (Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação) pela Funai, oportunidade em que se franquearia o acesso aos documentos produzidos e a possibilidade de realizar a ampla defesa, nos moldes previstos no atual Decreto 1.775/1996, sendo inconstitucional por esse acesso indiscriminado e antecipado, por tumultuar o andamento da marcha processual-administrativa e vulnerar a proteção conferida aos indígenas no art. 231 da CF.

De outro lado, objetava-se que a ausência de participação no processo administrativo demarcatório, desde o seu nascedouro, violaria o contraditório e a ampla defesa, na medida em que esse direito seria exercido unicamente *post facto* acerca da abertura, produção e instrução processual-administrativo (após a realização do RCID), devendo ser considerada constitucional a escolha legislativa em tela disposta na Lei 14.701/2023.

No ponto, oportuno registrar que, na Comissão Especial nos autos de todas as ações ora apregoadas, após amplos debates, foi colhido o consenso (unanimidade) da seguinte proposta de encaminhamento sobre o ponto, como solução da controvérsia constitucional:

“Art. 5º. A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos estados e dos municípios em que se localize a área pretendida, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil, desde o início da fase instrutória do processo administrativo demarcatório.

§ 1º. O grupo indígena envolvido, representado segundo sua própria escolha, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 2º. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, bem como permitida a indicação de profissional para os grupos multidisciplinares e fundiário, na forma do regulamento.

§ 3º. Desde a abertura da fase instrutória até a conclusão do processo de demarcação, todos aqueles previstos no *caput* deste artigo poderão ter acesso a todo o acervo documental e atos constantes no processo administrativo.

§ 4º. Para fins meramente informativos, os estados em colaboração com os municípios, notificados no início da fase instrutória, informarão, em atuação externa ao processo de demarcação, por quaisquer meios admitidos em direito, os proprietários ou possuidores inseridos nos municípios cujas áreas são objeto de estudo, de forma privada, sendo vedado o compartilhamento da informação com terceiros.

§ 5º. A ausência da comunicação prevista no § 4º não ensejará a nulidade de qualquer ato do processo de demarcação, tampouco qualquer responsabilidade estatal.

§ 6º. O procedimento demarcatório será público, desenvolver-se-á em fases e seus atos decisórios serão amplamente divulgados e disponibilizados para consulta em meio eletrônico.

§ 7º. É facultado a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, aos laudos, às suas conclusões e fundamentação, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011.

§ 8º. O órgão indigenista oficial disponibilizará, em meio eletrônico, por meio de sua página, os seguintes dados, sem prejuízo de eventuais solicitações pelos canais de transparência pública:

I - lista de reivindicações fundiárias indígenas;

II - lista de procedimentos de demarcação em curso;

III - acesso aos processos de demarcação em curso, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de

Proteção de Dados Pessoais e da Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011; e

IV - Relatórios Circunstanciados de Identificação e Delimitação (RCID) de terras indígenas delimitadas.

§ 9º. No processo de demarcação, poderá ser solicitada a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos multidisciplinares e fundiários".

Ou seja, adotou-se o caminho intermediário das posições debatidas na Comissão Especial nesta Corte, de modo a **todos** terem aceitado franquear a participação dos demais Entes Federativos envolvidos na área objeto de demarcação **desde o início da fase instrutória do processo administrativo demarcatório**.

Tanto é que se assegurou aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, sendo permitida a indicação de profissional para os grupos multidisciplinares e fundiário, na forma do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo Federal.

O grupo indígena envolvido, representado segundo sua própria escolha, deverá participar do procedimento em todas as suas fases. Desde a abertura da fase instrutória até a conclusão do processo de demarcação, os estados e os municípios em que se localize a área pretendida, bem ainda os interessados e as entidades da sociedade civil poderão ter acesso a todo o acervo documental e aos atos constantes no processo administrativo. Além disso, será franqueada a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos multidisciplinares e fundiários.

Também foi convencionado que o procedimento demarcatório será público, desenvolvendo-se em fases, e seus atos decisórios serão amplamente divulgados e disponibilizados para consulta em meio eletrônico pelo órgão indigenista oficial, o qual manterá a publicidade,

em seu sítio eletrônico, dos seguintes dados, sem prejuízo de eventuais solicitações pelos canais de transparência pública: (i) lista de reivindicações fundiárias indígenas; (ii) lista de procedimentos de demarcação em curso; (iii) acesso aos processos de demarcação em curso, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e da Lei de Acesso à Informação; e (iv) Relatórios Circunstanciados de Identificação e Delimitação (RCID) de terras indígenas delimitadas.

E, para fins meramente informativos quanto à questão da participação efetiva dos cidadãos não indígenas, em atuação externa ao processo de demarcação, permitiu-se aos estados, em colaboração com os municípios – que devem ser notificados no início da fase instrutória –, informarem, por quaisquer meios admitidos em direito, os proprietários ou possuidores inseridos nos municípios cujas áreas são objeto de estudo, de forma privada, sendo vedado o compartilhamento da informação com terceiros.

Essas foram as formas encontradas de compatibilizar os interesses envolvidos e procurar a interpretação mais pacificadora do ponto de vista social e jurídico, evitando, por um lado, que terceiros indiscriminadamente pudessem interferir na colheita das informações e nas interações com a comunidade indígena, e, por outro, evitando que os não indígenas somente tivessem acesso ao conteúdo probatório após a sua produção, encontrando-se o sentido contextualmente mais estabilizador de todos os direitos constitucionais debatidos, contemplando *“as expectativas de todos os grupos de agente envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio;”* (indígenas e não indígenas) e observando *“as experiências da prática de interpretação/concretização daquela[s] norma[s]”* e *“a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador”*. (HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p. 320).

Todavia, não diviso qualquer inconstitucionalidade nos dispositivos ora questionados da Lei 14.701/2023, por situarem-se em opção legitimamente possível de ser acolhida pelo Legislador, sem que tenha ocorrido qualquer desrespeito a outro direito fundamental.

Dito de outro modo: o momento do exercício do contraditório e da ampla defesa, se não inviabilizar o núcleo estruturante do *facultas agendi* do titular do direito constitucional invocado, pode ser objeto de conformação legislativa, desde que não conflite com outro direito fundamental de igual ou maior envergadura e dimensão axiológica.

Consequentemente, **até que o Poder Legislativo se debruce sobre o teor das conclusões da Comissão Especial**, considero ser suficiente interpretar as expressões “*desde o início do procedimento*” e “*desde o início do processo administrativo demarcatório*”, dispostas nos arts. 5º e 6º da Lei 14.701/2023, como a abertura da fase instrutória (quando o processo administrativo é aberto pela Funai).

Isso porque, segundo a Funai, a abertura do processo administrativo seria equivalente à etapa de identificação e delimitação, a saber:

“O registro de uma terra indígena é a última das 5 etapas que passam por diferentes instâncias administrativas do Governo Federal, entre as quais, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), a Secretaria do Patrimônio da União (SPU) e registros imobiliários da comarca competente. Confira o passo a passo:

1ª etapa: Identificação e delimitação

A primeira etapa é realizada pela Funai e consiste no estudo da área reivindicada por indígenas para identificar e delimitar o território. Esse estudo é feito por uma equipe técnica multidisciplinar composta por antropólogos, ambientalistas, historiadores - quando necessário - engenheiros agrônomos, entre outros. Neste estudo são consideradas a história e a

territorialidade dos povos indígenas, bem como sua ocupação para verificar se a reivindicada área atende à reprodução física e cultural daquele povo, conforme previsto na Constituição Federal.

Nessa primeira etapa, o Decreto nº 1775/96 garante a todos os interessados na área a possibilidade do contraditório desde o início do procedimento de regularização fundiária. E a Portaria nº 2.498/11-MJ determina não apenas a necessidade de informação, como também a participação dos entes federados em todo o processo, com destaque ao levantamento fundiário propriamente dito.

(...)

Depois que o relatório de identificação e delimitação é publicado nos Diários Oficiais da União e dos estados onde a terra indígena se encontra, abre-se um prazo de 90 dias para a apresentação de contestações administrativas. Após a manifestação, a Funai tem mais 60 dias para responder.

2ª etapa: Declaração

Passado o prazo de contestações administrativas e respostas da Funai, o relatório é remetido ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, a quem cabe avaliá-lo, podendo aprovar, reprovar ou pedir novas diligências. Essa é a segunda etapa do procedimento demarcatório: a emissão ou não de portaria declaratória pelo MJSP de que aquela terra pertence ao povo indígena que a está reivindicando.

3ª etapa: Demarcação física

Se a terra indígena em questão for declarada pelo MJSP, o processo retorna à Funai para que realize a demarcação física da área, colocando os marcos, as placas e fazendo alguns ajustes que possam ser necessários.

4ª etapa: Homologação

Feita a demarcação física, o processo é encaminhado novamente ao Ministério da Justiça para conferência e, depois, à Presidência da República para homologação.

5ª etapa: Registro na SPU e conselhos de imóveis

Após a homologação, a Funai procede com o registro da terra indígena na Secretaria do Patrimônio da União e nos cartórios de registros de imóveis, por ser uma terra pública de usufruto exclusivo dos povos indígenas”. (Disponível em: [https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2024/abril-indigena-entenda-as-etapas-de-demarcacao-de-terras-indigenas#:~:text=Ap%C3%B3s%20a%20homologa%C3%A7%C3%A3o%2C%20a%20Funai%20\(%20Funda%C3%A7%C3%A3o,p%C3%ABlica%20de%20usufruto%20exclusivo%20dos%20povos%20ind%C3%ADgenas](https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2024/abril-indigena-entenda-as-etapas-de-demarcacao-de-terras-indigenas#:~:text=Ap%C3%B3s%20a%20homologa%C3%A7%C3%A3o%2C%20a%20Funai%20(%20Funda%C3%A7%C3%A3o,p%C3%ABlica%20de%20usufruto%20exclusivo%20dos%20povos%20ind%C3%ADgenas). Acesso em: 24.9.2025).

Por outro lado, não diviso qualquer inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei 14.701/2023, tendo em vista que a participação efetiva dos entes federativos não parece transbordar dos direitos e garantias dos indígenas. Pelo contrário. A participação dos Entes Federativos que estejam envolvidos na área objeto da demarcação pode servir de medida de otimização do mandamento constitucional do contraditório e da ampla defesa de todos os envolvidos (indígenas e não indígenas).

Portanto, tenho como suficiente que se confira interpretação conforme à Constituição Federal às expressões “*desde o início do procedimento*” e “*desde o início do processo administrativo demarcatório*”, dispostas nos arts. 5º e 6º da Lei 14.701/2023, como a abertura da fase instrutória (quando o processo administrativo é aberto pela Funai e inicia-se a 1ª etapa, ou seja, o início da fase de “*Identificação e delimitação*” - o que equivale à abertura da fase instrutória estabelecida no acordo da Comissão Especial), até que sobrevenha alteração legislativa da Lei

14.701/2023.

4.4) Arts. 9º e 11 da Lei 14.701/2023

Rezam os citados artigos ora questionados:

“Art. 9º. Antes de concluído o procedimento demarcatório e de indenizadas as benfeitorias de boa-fé, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação.

§ 1º. Consideram-se de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que seja concluído o procedimento demarcatório.

§ 2º. A indenização das benfeitorias deve ocorrer após a comprovação e a avaliação realizada em vistoria do órgão federal competente.

[...]

Art. 11. Verificada a existência de justo título de propriedade ou de posse em área considerada necessária à reprodução sociocultural da comunidade indígena, a desocupação da área será indenizável, em razão do erro do Estado, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal”.

Os vetos presidenciais apostos aos dispositivos em tela estão fundamentados da seguinte forma, respectivamente:

Art. 9º: “A proposição legislativa estabelece que, antes de

concluído o procedimento demarcatório e de indenizadas as benfeitorias de boa-fé, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, não haveria qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exercessem posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação. Estabelece, ainda, que seriam consideradas de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que o procedimento demarcatório fosse concluído e que a indenização das benfeitorias deveria ocorrer após a comprovação e a avaliação realizada em vistoria do órgão federal competente.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por permitir aos ocupantes não indígenas a permanência, uso e gozo das terras indígenas para além da data de expedição da Portaria declaratória de limites, ato administrativo que formaliza o reconhecimento estatal do direito de uma comunidade indígena à terra que deverá ser demarcada, nos termos do Decreto nº 1.775, de 1996. Ao ampliar as hipóteses de benfeitorias classificadas como de boa-fé, o dispositivo pode gerar incentivo à ocupação e à realização de benfeitorias após a expedição da Portaria declaratória, ampliando eventuais custos com pagamento de indenizações a cargo da União.

Além disso, conquanto não se desconheça que aos não indígenas é sim devido o justo ressarcimento do dano sofrido pela titulação indevida, é de se reconhecer que o §6º do art. 231 da Constituição Federal e as teses fixadas no precedente vinculante exarado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 1017365 exigem que a indenização das benfeitorias seja derivada de ocupação ou posse de boa-fé pelos não indígenas.

Desse modo, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, pois o art. 9º e seus respectivos parágrafos do Projeto de Lei reproduzem escolha legislativa que contraria a adequada exegese constitucional”.

Art. 11: "A proposição legislativa estabelece que, verificada a existência de justo título de propriedade ou de posse em área considerada necessária à reprodução sociocultural da comunidade indígena, a desocupação da área seria indenizável, em razão do erro do Estado, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Ademais, o dispositivo seria aplicado às posses legítimas cuja concessão pelo Estado pudesse ser documentalmente comprovada.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público ao não limitar a possibilidade de indenização às ocupações de boa-fé. Ao alargar as hipóteses de casos indenizáveis, o dispositivo pode gerar incentivo à ocupação e à realização de benfeitorias após a expedição da Portaria declaratória, ampliando eventuais custos com pagamento de indenizações a cargo da União.

Ademais, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, pois o § 6º do art. 231 da Constituição Federal e as teses fixadas no precedente vinculante exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, em 27 de setembro de 2023, exigem que a indenização das benfeitorias seja derivada de ocupação ou posse de boa-fé pelos não indígenas, ao passo que a omissão da boa-fé na redação do caput do art. 11 do Projeto de Lei e a vagueza conceitual do que seria 'posse legítima', como disposto no respectivo parágrafo único, reproduzem escolha legislativa que contraria a adequada exegese constitucional.

Por fim, ainda que pudesse haver debate sobre a responsabilização no caso de erro de Estado, os termos trazidos pela redação do *caput*, com terminologias imprecisas para o contexto de demarcação de terras indígenas, dariam margem para insegurança jurídica e contencioso judicial sobre o que

poderia se enquadrar no conceito de 'justo título'." (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 8.9.2025).

Rememore-se a tese fixada pelo STF, no item V, do tema 1.031:

"V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição, são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos a justo título ou posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF" (grifo nosso).

Vê-se, pois, que o STF, na parte final do item V das teses do tema 1.031 da RG, estipulou mais uma forma de retenção do possuidor de boa-fé, além daquelas previstas nas normas das legislações cíveis, qual seja, a manutenção dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.204 do CC), incluindo a posse, até o pagamento do valor incontroverso do valor da terra nua e das benfeitorias úteis e necessárias.

Já adianto que esse pagamento em dinheiro pode ocorrer na seara

administrativa (por meio de verba prevista no orçamento) ou na seara judicial, pela via do precatório, na forma do art. 100 da CF, tendo esta Corte assentado historicamente que a expressão em dinheiro, sempre que envolver pagamento por força de decisão judicial, deve ocorrer por meio dessa via específica de pagamento prevista constitucionalmente.

O orçamento público, ao cumprir múltiplas funções, obedece a alguns princípios da ciência das finanças públicas, consagrados pela Constituição de 1988, que têm por objetivo garantir não só a legitimidade das decisões políticas como também a transformação em realidade de objetivos e planos de governo.

A elaboração do orçamento público pressupõe um período determinado de tempo, em geral um ano. Historicamente, a regra da anualidade vinculava-se à vigilância do Parlamento sobre os gastos do Executivo. Na Inglaterra, por exemplo, a renovação anual das autorizações para cobrança de impostos vigorou antes mesmo do surgimento do orçamento.

Segundo Renê Stourn (Sebastião de Sant'Arma e Silva, Os princípios orçamentários, Rio de Janeiro, FGV, 1962, p. 37), um ano seria o período máximo de tempo que os parlamentares poderiam delegar seus poderes e o mínimo necessário aos governos para execução do orçamento.

No Brasil, a anualidade do orçamento sempre foi observada, passando a ser exigida a complementação com projeções plurianuais de investimentos a partir da Lei 4.320, de 1964, regra mantida pela Carta de 1988 (art. 165).

Obviamente que o surgimento de alguns dos princípios orçamentários está ligado à natural celeridade que a tramitação da lei orçamentária requer, sem que sua eficácia seja comprometida.

Nesse sentido, por exemplo, o princípio da exclusividade, que veda a inclusão na lei de dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa (§ 8º do art. 165 da Constituição), ou a fixação de prazo para tramitação no Congresso e entrada em vigor da lei orçamentária.

A diversidade da atividade estatal, tanto na alocação de recursos

como na promoção de ajustamentos na distribuição da renda, ou, ainda, na função estabilizadora que, modernamente, tem assumido importância crucial para a administração pública, determina que a alteração por via judicial dos recursos alocados em determinada rubrica orçamentária seja precedida de análise cuidadosa, em vista das consequências graves e de difícil solução que dela poderão advir.

Ressalte-se, por exemplo, a prestação de serviços públicos na área de saúde, segurança ou educação ou o impacto dos gastos do governo sobre os fluxos de comércio.

A lei orçamentária não representa apenas uma exposição contábil, senão importante instrumento de administração nas etapas de programação, execução e controle, principalmente no campo da política econômica e financeira, que deve ser respeitado pelo Poder Judiciário.

Ademais, impera no regime orçamentário o princípio da legalidade estrita, estabelecendo o §5º do art. 165 da Constituição Federal, que a lei orçamentária anual compreende o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social.

No que diz respeito aos pagamentos advindos de indenização por força de decisão ou acordo judiciais, o dispêndio público deve observar o rito previsto no art. 100 da CF (precatório ou requisição de pequeno valor).

A norma constitucional parte do pressuposto de ser imprescindível que o Poder Público conforme-se no plano orçamentário para quitar dívida vencida reconhecida judicialmente.

A *mens legis* constitucional refere-se ao cumprimento de sentença advindo de obrigação de pagar, submetendo-se à regra do precatório/RPV qualquer desembolso extraorçamentário para fazer frente ao conteúdo da coisa julgada ou acordo advindo de concordância com pagamento de valores advindos de decisões judiciais, a exemplo do que fixado na parte final do item V da tese do tema 1.031 desta Corte.

Por conseguinte, o pagamento em dinheiro deve ser compreendido na seara administrativa, por meio de verba prevista no orçamento após a

finalização do procedimento demarcatório e, na seara judicial, pela via do precatório ou RPV, sendo inconstitucional obrigar o pagamento das benfeitorias *“após a comprovação e a avaliação realizada em vistoria do órgão federal competente”*, sem que tenha ocorrido a finalização de todas as etapas administrativas do procedimento demarcatório.

Outrossim, sobre o exercício do direito de retenção, o Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável por interpretar as normas infraconstitucionais, no REsp. 1.628.385, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22/8/2017, DJe 29/8/2017, registrou que:

“A situação prevista no referido dispositivo legal [artigo 1.219 do Código Civil] é, segundo a doutrina, uma das raras hipóteses de autotutela permitidas no ordenamento jurídico pátrio, em que o particular pode exercer pessoalmente a tutela de seus interesses, sem a necessidade da intervenção do Estado-Juiz”.

Concluiu-se, nessa linha de sentido, que *“(...) tal modalidade de solução de conflitos, por pressupor a imposição unilateral da vontade de uma das partes envolvidas é, em regra, vedada’ se não tiver fundamento fático e previsão normativa”*.

Em regra, o direito de retenção incide sobre benfeitorias, da forma prevista no art. 1.219 do Código Civil:

“Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”.

Identicamente sobre locação de coisas ou sobre prestação de serviço de transporte, entre outras hipóteses, citem-se artigos do Código Civil, respectivamente:

“Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.

Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.

[...]

Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador.

[...]

Art. 742. O transportador, uma vez executado o transporte, tem direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso”.

Ou seja, até que tal condição ocorra (pagamento da indenização, na esfera administrativa, ou expedição do precatório, na via judicial), não pode haver eliminação de **todos** os direitos inerentes à propriedade, sob pena de aniquilação dos direitos protegidos pela lei (art. 1.228 do Código Civil) até a edição do ato administrativo de homologação, sendo constitucional assegurar a inexistência de *“qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação”*.

Existiria inconstitucionalidade se o legislador tivesse assegurado a manutenção de todos os direitos do art. 1228 do CC, pois a livre disposição do bem imóvel (alienação ou constrição) poderia levar à diminuição do nível protetivo previsto no art. 231 da CF, em prejuízo à medida da marcha processual-administrativa e ao próprio direito intrínseco ao território tradicional indígena.

Compreende-se haver um nível de restrição de direitos dos proprietários e possuidores correlacionado inversamente proporcional à medida do sequenciamento das fases do processo demarcatório, de sorte que se inicia uma diminuição do poder de usar e gozar livremente, no que diz respeito à qualificação da boa-fé para fins de indenizações das benfeitorias, que aumenta à medida que avança a marcha processual-administrativa, culminando com a portaria declaratória do Ministro da Justiça, oportunidade em que se passa a compreender de má-fé para fins indenizatórios das benfeitorias.

Consequentemente, o cidadão não indígena proprietário ou possuidor tem o direito de manter alguns dos poderes inerentes à propriedade, incluindo a posse direta, não podendo dela ser privado sem que ocorra o pagamento do valor incontroverso da terra nua (ou expedição do precatório) e das benfeitorias úteis e necessárias, a depender da situação identificada faticamente.

Em arremate deste tópico, considero constitucionais os arts. 9º, *caput*, e 11 da Lei 14.701/2023, ao passo que considero de boa-fé as indenizações realizadas pelos ocupantes até que sejam declarados os limites da área por portaria do Ministro da Justiça e Segurança Pública, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei 14.701/2023.

4.5) Art. 10 da Lei 14.701/2023

A previsão legal ora vergastada é a seguinte:

“Art. 10. Aplica-se aos antropólogos, aos peritos e a outros profissionais especializados, nomeados pelo poder público, cujos trabalhos fundamentem a demarcação, o disposto no art. 148 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).”

O veto presidencial está manifestado nos seguintes termos:

“A proposição legislativa estabelece que se aplicaria aos antropólogos, aos peritos e a outros profissionais especializados, nomeados pelo poder público, cujos trabalhos fundamentem a demarcação, o disposto no art. 148 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por estabelecer parâmetro inadequado ao cumprimento dos atos administrativos previstos no processo demarcatório.”
(Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 26.9.2025).

Ao determinar-se que o trabalho dos antropólogos, peritos e outros profissionais especializados, nomeados pelo Poder Público, observem as disciplinas previstas no art. 148 do Código de Processo Civil, tenho que a norma ora vergastada apenas registrou que também se estendem àqueles profissionais as situações configuradoras de impedimentos e de suspeição, tal como explicitado no art. 148 do CPC. *Ex vi*:

“Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:

I - ao membro do Ministério Público;

II - aos auxiliares da justiça;

III - aos demais sujeitos imparciais do processo.

§ 1º. A parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos.

§ 2º. O juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão do processo, ouvindo o arguido no prazo de 15 (quinze) dias e facultando a produção de prova, quando necessária.

§ 3º. Nos tribunais, a arguição a que se refere o § 1º será disciplinada pelo regimento interno”.

Por prestarem função pública, ainda que de forma transitória, aplicam-se as disposições de impedimento e suspeição correlatas a qualquer pessoa que atue no processo administrativo de demarcação, de acordo com as situações previstas no art. 18 da Lei 9.874/1999, a saber:

“Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente,

abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.”

A bem da verdade, sequer haveria necessidade de estabelecer-se tal norma de extensão, pois aquele que exerce função pública, ainda que de forma transitória, é considerado, inclusive para efeitos criminais, como servidor público, tal como previsto no art. 327 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública”.

Ora, se para efeitos criminais (*ultima ratio*), o perito ou todo aquele que prestar serviço ou função pública em processo administrativo é considerado servidor público, embora transitoriamente ou sem remuneração, *mutatis mutandis*, na seara administrativa também é considerado como tal para fins de submissão às hipóteses de impedimento e de suspeição.

Consequentemente, desde que sejam consideradas as causas

previstas no art. 18 e o regramento previsto nos arts. 19 a 21, todos da Lei 9.784/1999, inexistente qualquer mácula na necessidade de observância do disposto no art. 148 do CPC, por se tratar de norma de extensão implícita no ordenamento jurídico, razão pela qual afasto a alegação de inconstitucionalidade, neste tópico.

4.6) Art. 13 da Lei 14.701/2023

Dispõe o art. 13 questionado:

“Art. 13. É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas”.

Consta a seguinte justificativa no veto presidencial:

“A proposição legislativa dispõe que seria vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por restringir o poder-dever da Administração de rever seus atos, o que inviabilizaria procedimentos de revisão de casos comprovados de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena.

Além disso, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, por violação ao § 4º do art. 231 da Constituição Federal, ante a imprescritibilidade do direito a terras tradicionalmente ocupadas, e contraria o interesse público, pois a vedação da ampliação de terras indígenas previamente demarcadas não poderia se dar por meio de uma lei ordinária e criaria limite quando o texto constitucional não o

fez.

Ademais, conforme decisão no Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, o redimensionamento não é vedado. Assim, o dispositivo impediria a reparação legal, caso seja comprovado erro no processo administrativo, e acarretaria a diminuição dos direitos dos povos e das comunidades tradicionais. Outrossim, a atual interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance do disposto no art. 231 da Constituição Federal permite, ainda que excepcionalmente, o redimensionamento de terra indígena.

O entendimento da Tese VIII do Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365 é o de que ‘A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição Federal, por meio de procedimento demarcatório até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento’.

(Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 26.9.2025).

Sem maiores delongas, assiste razão ao Presidente da República, em relação a esse argumento esposado em seu veto, haja vista que a proibição de ampliação de delimitação de terras indígenas conflita com o entendimento fixado pelo STF no tema 1.031 (RE 1.0171.365), a saber:

“VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da

Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão deste julgamento”.

O direito à revisão dos atos administrativos, quando se tratar de beneficiário, possui assento constitucional no art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da CF, bem ainda o exercício da própria autotutela administrativa, o qual é assegurado constitucionalmente, estando sedimentado na Súmula 473 do STF, a saber:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Além disso, o instituto da revisão dos atos administrativos possui previsão legal nos arts. 53 a 55 da Lei 9.784/1999, *in verbis*:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

Os contornos do exercício desse poder-dever da Administração, quando presente o direito de postular administrativamente a anulação de atos eivados de vícios de legalidade – que não se apresentem como defeitos sanáveis e sujeitos à convalidação e caso observado o prazo quinquenal –, são corolários do direito previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da CF, desde que respeitados os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI, da CF) e consideradas as consequências práticas da decisão administrativa (art. 20 da LINBD).

Sendo assim, existindo grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites das terras indígenas, é assegurado o direito de petição dos indígenas de requererem a correção da ilegalidade, na forma da jurisprudência pacífica e sedimentada desta Corte, desde que assentada a consequência jurídica de certificação de conformidade relativa dos títulos de áreas externas à primeira demarcação e consideradas as consequências práticas da decisão administrativa (art. 20 da LINBD).

Inexistente qualquer justificativa legislativa razoável para suplantar aquele posicionamento, reputo que se mantêm válidas as conclusões daquele julgamento, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 14.701/2023, por contrariedade ao disposto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, bem ainda, no art. 231 da CF, assegurando ao particular, em

qualquer circunstância, o direito à indenização/relocação, na forma do item V do tema 1.031 da RG, pelo fato de a primeira demarcação ter ocasionado a validação dos títulos de propriedade e de posse que ficaram de fora da primeira delimitação, os quais, com o redimensionamento, passaram a ser alcançados pelo alargamento da delimitação primitiva.

4.7) Arts. 14 e 15 da Lei 14.701/2023

Eis as normas objetadas:

“Art. 14. Os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos serão adequados ao disposto nesta Lei.

Art. 15. É nula a demarcação que não atenda aos preceitos estabelecidos nesta Lei”.

Por sua vez, cite-se a norma constitucional tida como violada:

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

(...)

XXXVI a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Sobre as espécies de retroatividades, tenho me manifestado em sede doutrinária:

“No conhecido voto proferido na ADI 493 destaca Moreira Alves a lição de Mattos Peixoto sobre os três graus de

retroatividade – máxima, média e mínima:

‘Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao ‘status quo ante’), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem excetuar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e fosse aplicada aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, ‘de usuris’, 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa dos juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei n. 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, ‘a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3º)’.

A doutrina portuguesa moderna também adota a distinção da retroatividade em três graus:

a) A retroatividade de grau máximo seria aquela em que a lei nova nem sequer respeitasse as situações definitivamente decididas por sentença transitada em julgado ou por qualquer outro título equivalente (sentença arbitral homologada, transação etc.) ou aquelas causas em que o direito de ação já havia caducado. Ou seja, não seriam respeitadas as *causae finitae*.

b) Na lição de Baptista de Machado, o segundo caso, que podemos chamar de retroatividade média, está representado por aquela situação que, ‘respeitando embora as *causae finitae*, não se detém sequer perante efeitos jurídicos já produzidos no passado, mas que não chegaram a ser objecto de uma decisão judicial, nem foram cobertos ou consolidados por um título equivalente’; nesse sentido, observa-se que tal retroatividade viria a se verificar se, v. g., uma lei nova viesse a reduzir a taxa legal de juros máximos e estabelecesse a sua aplicação retroativa em termos de obrigar a restituir os próprios juros vencidos sob a lei anterior (e em face desta perfeitamente legais).

c) Finalmente, mencione-se a também chamada retroatividade mínima ou normal, que respeita os efeitos de direito já produzidos pela situação jurídica sob a lei anterior; seria o caso se lei nova viesse a estabelecer prazo mínimo mais longo para arrendamento rural e mandasse aplicar esse prazo aos contratos em curso no momento do início de vigência ou, ainda, se a lei nova viesse reduzir o máximo da taxa legal de juros e se declarasse aplicável aos juros dos contratos de mútuo em curso no momento do seu início de vigência, relativamente aos juros que viessem a vencer no futuro.

No Brasil, situação exemplificativa parece ter ocorrido com a redução dos juros do Financiamento Estudantil (Fies) à taxa fixada pelo Conselho Monetário Nacional, operada pela Lei n. 12.202/2010, com incidência retroativa sobre o saldo devedor dos contratos formalizados anteriormente.

Tal como destaca Baptista Machado, o desenvolvimento

da doutrina sobre a aplicação da lei no tempo acaba por revelar especificidades do ‘estatuto contratual’ em face do ‘estatuto legal’. Enquanto este tem pretensão de aplicação imediata, aquele outro estaria, em princípio, submetido à lei vigente no momento de sua conclusão, a qual seria competente para regê-lo até a extinção da relação contratual”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025, p. 312/313).

A incidência retroativa da novel disposição pode atingir atos que tenham sido perfectibilizados à luz do ordenamento jurídico anterior, os quais devem ter os critérios de validade e existência analisados de acordo com o brocardo *tempus regit actum*, de sorte que é caso de se assegurar a garantia de irretroatividade constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, da CF), à luz da teoria do isolamento dos atos processuais.

Portanto, é caso de proceder-se à interpretação conforme ao art. 14 da Lei 14.701/2023, estabelecendo que os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos devem ser adequados à Lei 14.701/2023, **ressalvados os atos administrativos praticados anteriormente à sua vigência**.

4.8) Art. 18, *caput*, e § 1º, da Lei 14.701/2023

Transcrevam-se as normas inquinadas de inconstitucionalidade:

“Art. 18. São consideradas áreas indígenas adquiridas as havidas pela comunidade indígena mediante qualquer forma de aquisição permitida pela legislação civil, tal como a compra e venda ou a doação.

§ 1º. Aplica-se às áreas indígenas adquiridas o regime jurídico da propriedade privada.

§ 2º. As terras de domínio indígena constituídas nos termos da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, serão consideradas áreas indígenas adquiridas nos moldes desta Lei”.

Os vetos presidenciais estão assim embasados, consecutivamente:

Caput do art. 18: “A proposição legislativa estabelece que seriam consideradas áreas indígenas adquiridas as havidas pela comunidade indígena mediante qualquer forma de aquisição permitida pela legislação civil, como a compra e venda ou a doação.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público dada a imprecisão do dispositivo que remete a disposições já contidas na Lei 6.001, de 1973, o que poderia ensejar interpretações divergentes sobre a proteção jurídica constitucional das terras indígenas prevista no art. 231, da Constituição Federal.

(...)

§1º do art. 18: A proposição legislativa estabelece que se aplicaria às áreas indígenas adquiridas o regime jurídico da propriedade privada.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público dada a imprecisão do dispositivo que remete, no *caput* e no § 2º, a disposições já contidas na Lei 6.001, de 1973, ao mesmo tempo em que dispõe, no § 1º, sobre a aplicabilidade do regime jurídico da propriedade privada à totalidade das áreas indígenas adquiridas, o que poderia ensejar interpretações divergentes sobre a proteção jurídica constitucional das terras indígenas prevista no art. 231, da Constituição Federal”

(...)

§2º do art. 18: “A proposição legislativa estabelece as terras de domínio indígena constituídas nos termos da Lei nº 6.001, de 19 dezembro de 1973, seriam consideradas áreas indígenas adquiridas nos moldes do Projeto de Lei.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público dada a imprecisão do dispositivo que remete, no *caput* e no § 2º, a disposições já contidas na Lei 6.001, de 1973, ao mesmo tempo em que dispõe, no § 1º, sobre a aplicabilidade do regime jurídico da propriedade privada à totalidade das áreas indígenas adquiridas, o que poderia ensejar interpretações divergentes sobre a proteção jurídica constitucional das terras indígenas prevista no art. 231, da Constituição Federal” (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 26.9.2025).

Indo diretamente ao cerne da questão, não diviso qualquer inconstitucionalidade em registrar que, em caso de os indígenas adquirirem terras pela legislação civil, será adotado o regime de propriedade privada coletiva, na medida em que não se aplica o regime de direito público previsto no art. 231 da CF.

Primeiro, porque os indígenas são civilmente capazes para gerir seus próprios bens, individualmente considerados e adquiridos na forma da legislação civil e, portanto, fora do regime jurídico administrativo-constitucional do art. 231 da CF, sem qualquer necessidade de intervenção estatal na sua administração.

Segundo, porque admitir que seja aplicável o regime protetivo do art. 231 da CF (propriedade da União e restrição de disposição e destinação da área) atrai violação ao direito de propriedade dos próprios indígenas (art. 5º, XXII, da CF), na medida em que perderiam os direitos e faculdades conferidos pela legislação civil a qualquer concidadão brasileiro, o que é inaceitável em pleno século XXI.

Para solver as questões levantadas no veto presidencial, considero fundamental separar: as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas; as áreas reservadas; e as áreas adquiridas de forma privada, coletiva ou individualmente, pelos indígenas, apresentando-se a solução conferida pela Comissão Especial como uma possibilidade interpretativa constitucional e convencional.

Assim, devem ser consideradas áreas indígenas reservadas aquelas destinadas pela União à posse e à ocupação por comunidades indígenas, de forma a garantir sua subsistência digna e a preservação de sua cultura, as quais podem ser formadas por: terras devolutas da União discriminadas para essa finalidade; áreas públicas pertencentes à União; áreas particulares desapropriadas por interesse social; arrecadação e destinação de terras públicas; aquisição pela União, a título gratuito ou oneroso, de imóvel público ou particular; ou doação para a União de imóvel de ente federativo ou de particular para essa finalidade específica.

Além disso, apenas as reservas, os parques e as colônias agrícolas indígenas constituídos nos termos da Lei 6.001/1973 devem ser considerados áreas indígenas reservadas, as quais são de propriedade da União, e a sua gestão deve ficar a cargo da comunidade indígena, sob a supervisão do órgão federal indigenista.

Evidentemente, por se tratar de áreas reservadas, são aplicáveis os mesmos regimes jurídicos de uso e gozo adotado para terras indígenas tradicionalmente ocupadas, atraindo a mesma disciplina protetiva do art. 231 da CF.

Acresça-se que, no caso da situação prevista no artigo 16.4 da Convenção 169 da OIT, as terras adquiridas pelas comunidades indígenas a título de compensação, doação ou permuta em substituição à perda do usufruto exclusivo das terras indígenas demarcadas e reservadas, devem estar submetidas ao mesmo regramento do art. 231 da CF.

Outrossim, pontue-se que as terras indígenas dominiais, assim declaradas no regime anterior à Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, devem ser consideradas terras tradicionalmente ocupadas, atraindo o

regime protetivo equivalente ao do art. 231 da Constituição Federal.

Todavia, diferentemente das áreas reservadas (as quais pressupõem o reconhecimento e atuação estatal fenomênica), deve ser aplicado o regime jurídico da propriedade privada coletiva às áreas indígenas adquiridas pela comunidade indígena mediante qualquer forma de aquisição permitida pela legislação civil, tal como a compra e venda ou a doação à comunidade indígena, exceto se houver manifestação expressa da própria comunidade indígena em sentido contrário, inclusive para formação de reservas indígenas.

Isso também se aplica às terras de domínio indígena constituídas em prol das comunidades indígenas nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

Esclareça-se que o reconhecimento da propriedade privada do território, no caso de aquisição privada, não afasta o regime protetivo das comunidades indígenas como usufruto coletivo desta, inclusive a título de políticas públicas, não podendo o Estado brasileiro abdicar de suas obrigações constitucionais e legais correlatas aos indígenas.

Por fim, registre-se que também deve ser aplicado às áreas urbanas e rurais não coletivas, adquiridas por indígenas, o regime de direito privado, sob pena de *capitis diminitio* do regime de autonomia civil e capacidade postulatória dos indígenas pós 1988 (art. 232 da CF), o que é inaceitável diante da plenitude de independência jurídica dos indígenas para gerir seus bens privados, individualmente considerados.

Desse modo, diviso a constitucionalidade do regime privado das terras adquiridas, sem qualquer interferência estatal, pelas próprias comunidades indígenas, desde que o ato de transferência do domínio não guarde correlação ao reconhecimento da tradicionalidade ou instituição de reserva indígena.

Finalizo este tópico, declarando a constitucionalidade do *caput* do art. 18 da Lei 14.701/2023 e a necessidade de dar interpretação conforme à Constituição aos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, para registrar que unicamente se consideram constitucionais quando o ato de transferência

do domínio indígena não guarde correlação com o reconhecimento da tradicionalidade ou instituição de reserva indígena, ainda que sob forma substitutiva ou compensatória daquela tradicionalidade, a exemplo das reservas, dos parques e das colônias agrícolas indígenas constituídos nos termos da Lei 6.001/1973; das terras adquiridas pelas comunidades indígenas a título de compensação, doação ou permuta em substituição à perda do usufruto exclusivo das terras indígenas demarcadas e reservadas; e das terras indígenas dominiais, assim declaradas no regime anterior à Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, situações nas quais serão aplicáveis ao regime do art. 231 da CF.

4.9) Art. 20, *caput* e parágrafo único, arts. 21, 22, 23, *caput* e §§ 1º e 2º, e art. 24, § 3º, art. 25, 26, *caput*, §§ 1º e 2º, art. 27, *caput* e parágrafo único, todos da Lei 14.701/2023

Em razão da similaridade das causas de pedir, citem-se os dispositivos que serão analisados em conjunto:

“Art. 20. O usufruto dos indígenas não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional.

Parágrafo único. 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 serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.

Art. 21. Fica assegurada a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em área indígena, no âmbito de suas atribuições, independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal

competente.

Art. 22. Ao poder público é permitida a instalação, em terras indígenas, de equipamentos, de redes de comunicação, de estradas e de vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e educação.

Art. 23. O usufruto dos indígenas em terras indígenas superpostas a unidades de conservação fica sob a responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas, observada a compatibilidade do respectivo regime de proteção.

§ 1º. O órgão federal gestor responderá pela administração das áreas das unidades de conservação superpostas a terras indígenas, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, considerados os seus usos, tradições e costumes, e poderá, para tanto, contar com a consultoria do órgão indigenista federal competente.

§ 2º. O trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor.

Art. 24. O ingresso de não indígenas em áreas indígenas poderá ser feito:

[...]

§ 3º. O ingresso, o trânsito e a permanência de não indígenas não podem ser objeto de cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

Art. 25. São vedadas a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza ou a troca pela utilização das estradas, dos equipamentos públicos, das linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocados a

serviço do público em terras indígenas.

Art. 26. É facultado o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade indígena, admitidas a cooperação e a contratação de terceiros não indígenas.

§ 1º. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que elimine a posse direta pela comunidade indígena.

§ 2º. É permitida a celebração de contratos que visem à cooperação entre indígenas e não indígenas para a realização de atividades econômicas, inclusive agrossilvipastoris, em terras indígenas, desde que:

I - os frutos da atividade gerem benefícios para toda a comunidade indígena;

II - a posse dos indígenas sobre a terra seja mantida, ainda que haja atuação conjunta de não indígenas no exercício da atividade;

III - a comunidade indígena, mediante os próprios meios de tomada de decisão, aprove a celebração contratual;

IV - os contratos sejam registrados na Funai.

Art. 27. É permitido o turismo em terras indígenas, organizado pela própria comunidade indígena, admitida a celebração de contratos para a captação de investimentos de terceiros, desde que respeitadas as condições estabelecidas no § 2º do art. 26 desta Lei.

Parágrafo único. Nas terras indígenas, é vedada a qualquer pessoa estranha às comunidades indígenas a prática de caça, pesca, extrativismo ou coleta de frutos, salvo se relacionada ao turismo organizado pelos próprios indígenas, respeitada a legislação específica”.

Houve oposição de veto presidencial em relação a alguns dos dispositivos: parágrafo único do art. 20, além dos arts. 21, 22, 23 (integral), sem olvidar o § 3º do art. 24, o art. 25, os §§ 1º e 2º do art. 26 e o art. 27 do projeto de lei, que culminou com a edição da Lei 14.701/2023, sob os seguintes fundamentos:

Parágrafo único do art. 20: “A proposição legislativa estabelece que 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 seriam implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público ao dispensar de consulta às comunidades indígenas, em descumprimento à Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, bem como à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), os casos de instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, expansão estratégica da malha viária, exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e resguardo das riquezas de cunho estratégico, com potencial restritivo ao usufruto exclusivo indígena nessas terras.

Ainda, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade já que o dispositivo não cumpriria a exigência constitucional formal, visto que tais temas devem ser regulamentados por meio de lei complementar e não de lei ordinária, conforme o previsto no § 6º do art. 231 da Constituição Federal.

Além disso, viola o § 3º do mencionado art. 231, que dispõe que a exploração hídrica e mineral em terras indígenas somente pode ocorrer mediante lei específica, com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades indígenas e garantidas a elas participação nos resultados da lavra. Ou seja, a oitiva dos indígenas é condição prevista na própria Constituição Federal, motivo pelo qual é inconstitucional a expressão ‘independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas’.”

Art. 21: “A proposição legislativa estabelece que ficaria assegurada a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em área indígena, no âmbito de suas atribuições, independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público devido ao caráter demasiadamente amplo da expressão ‘no âmbito de suas atribuições’. Cabe mencionar que a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em Terras Indígenas já possui lastro na legislação vigente, nos termos do Decreto nº 4.412, de 2002, que prevê que, no exercício das atribuições constitucionais e legais das Forças Armadas e da Polícia Federal em terras indígenas, os órgãos devem adotar ‘medidas de proteção da vida e do patrimônio do índio e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo índios ou grupos indígenas’.”

Art. 22: “A proposição legislativa estabelece que ao poder público seria permitida a instalação, em terras indígenas, de equipamentos, de redes de comunicação, de estradas e de vias

de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e educação.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público devido à ampliação de hipóteses e atores institucionais com autorização para instalação e construção de um rol abrangente de equipamentos, vias e bens com potencial impacto sobre a proteção das terras e direitos assegurados aos povos indígenas. Além disso, o dispositivo afronta o teor da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais ao não prever consulta prévia aos povos e comunidades potencialmente afetados pelas intervenções previstas no *caput*.”

Art. 23(integral): “A proposição legislativa estabelece que o usufruto dos indígenas em terras indígenas superpostas a unidades de conservação ficaria sob a responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas, observada a compatibilidade do respectivo regime de proteção, órgão este que responderia pela administração das áreas das unidades de conservação superpostas a terras indígenas, com a participação das comunidades indígenas, que deveriam ser ouvidas, considerados os seus usos, tradições e costumes, e poderia, para tanto, contar com a consultoria do órgão indigenista federal competente. Estabelece, ainda que o trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas deveria ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público ao submeter o usufruto indígena à tutela do órgão ambiental nos casos de sobreposição de terras indígenas a unidades de conservação, quando já há reconhecimento no ordenamento jurídico atual da compatibilidade entre os direitos dos povos indígenas e a

proteção ao meio ambiente, por meio da gestão compartilhada desses territórios.

Ainda, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade, pois é assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas nas áreas de proteção ambiental. O julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, com repercussão geral reconhecida e decisão vinculante, finalizado pelo Supremo Tribunal Federal em 27 de setembro de 2023, que assim dispôs: 'XII - A ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional ao meio ambiente, sendo assegurados o exercício das atividades tradicionais dos indígenas'. O dispositivo, portanto, colocaria os indígenas sob tutela da União, os submeteria ao órgão ambiental e violaria seus usos e costumes.

Além disso, são regimes protetivos constitucionais que naturalmente se compatibilizam o das unidades de conservação e o das áreas protegidas - neste inseridas as terras indígenas.

Por fim, o § 2º do art. 23 do Projeto de Lei imporia um dever de aceitação ao trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas na área indígena sobreposta à unidade de conservação e tornaria impositivo aos indígenas a admissão de visitas em terras de ocupação tradicional, o que também viola o art. 231 da Constituição Federal."

§ 3º do art. 24: "A proposição legislativa estabelece que o ingresso, o trânsito e a permanência de não indígenas não poderiam ser objeto de cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público ao impedir a cobrança de tarifas por atividades econômicas desenvolvidas por povos indígenas, como o turismo de base comunitária já realizado em

diferentes regiões do país conforme Instrução Normativa nº 03/2015 do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Art. 25: “A proposição legislativa estabelece que seriam vedadas a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza ou a troca pela utilização das estradas, dos equipamentos públicos, das linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocados a serviço do público em terras indígenas.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público devido à incompletude e imprecisão redacional do dispositivo, prejudicando a compreensão de seu escopo, do público potencialmente afetado pela medida, além dos critérios e procedimentos necessários para sua aplicação, gerando insegurança normativo-legal em diversas áreas dos setores público e privado.

Ademais, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade pois, ao versar sobre cobrança pelo uso de bens públicos, trata da ocupação, do domínio e da posse das terras indígenas, utilizadas para estradas, linhas de transmissão de energia ou outras instalações de infraestrutura, sem a necessária via de lei complementar exigida pelo § 6º do art. 231 da Constituição Federal.

Outrossim, o dispositivo veda a cobrança na hipótese de perda do usufruto exclusivo indígena pela instalação de equipamentos a serviço do público em terras indígenas. Trata-se de afronta ao § 2º do art. 231 da Constituição Federal, na medida em que afeta o direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo das terras indígenas e impede expressamente qualquer possibilidade de compensação financeira.

Ainda, por estabelecer possível despesa pública sem a

correspondente estimativa de impacto orçamentário-financeiro, nos termos do art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, e por estabelecer circunstância em que se cria encargo financeiro a ser possivelmente suportado por entes públicos concedentes de serviços públicos, em violação ao disposto no § 7º do art. 167 da Constituição Federal.”

Art. 26: “A proposição legislativa estabelece que seria permitida a celebração de contratos que visassem à cooperação entre indígenas e não indígenas para a realização de atividades econômicas, inclusive agrossilvipastoris, em terras indígenas, desde que: I - os frutos da atividade gerassem benefícios para toda a comunidade indígena; II - a posse dos indígenas sobre a terra fosse mantida, ainda que houvesse atuação conjunta de não indígenas no exercício da atividade; III - a comunidade indígena, mediante os próprios meios de tomada de decisão, aprovasse a celebração contratual; e IV - os contratos fossem registrados na Fundação Nacional dos Povos Indígenas - Funai.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público ao resguardar apenas a posse indígena nas terras indígenas, deixando de contemplar o direito ao usufruto exclusivo, potencialmente afetado pelo desenvolvimento de atividades econômicas realizadas em conjunto com não indígenas”.

Art. 27: “A proposição legislativa estabelece que seria permitido o turismo em terras indígenas, organizado pela própria comunidade indígena, admitida a celebração de contratos para a captação de investimentos de terceiros, desde que respeitadas as condições estabelecidas no § 2º do art. 26 do Projeto de Lei. Também estabelece que, nas terras indígenas, seria vedada a qualquer pessoa estranha às comunidades

indígenas a prática de caça, pesca, extrativismo ou coleta de frutos, salvo se relacionada ao turismo organizado pelos próprios indígenas, respeitada a legislação específica.

Em que pese a boa intenção do legislador, em decorrência do veto do § 2º do art. 26, por arrastamento, a proposição legislativa contraria o interesse público ao resguardar apenas a posse indígena nas terras indígenas, deixando de contemplar o direito ao usufruto exclusivo, potencialmente afetado pelo desenvolvimento de atividades econômicas realizadas em conjunto com não indígenas.” (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 26.9.2025)

Neste tópico, cabe reafirmar o disposto no § 2º do art. 213 da CF, no sentido de que as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos indígenas o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes, rememorando o contido no item X das teses do tema 1.031 desta Corte.

Consequentemente, em razão da autodeterminação dos indígenas, cada comunidade indígena, por meio de suas próprias formas de tomada de decisão e solução de divergências, deve escolher a forma de gestão territorial e ambiental, de ocupação e de aproveitamento econômico dos territórios por elas ocupados, em conformidade com a política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas, além de outras políticas públicas aplicáveis, sempre observado o protagonismo indígena.

Nesta senda, reforça-se que ocupação tradicional das terras indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, tal como descrito no item XII da tese do tema 1.031 do STF, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas.

Em caso de sobreposição de unidade de conservação e de terra indígena, parece-me que o modelo constitucional a ser adotado é o regime de gestão compartilhada entre a comunidade indígena e o órgão

ambiental gestor da unidade de conservação, sendo caso de declarar-se inconstitucional o *caput* e o § 1º do art. 23 da Lei 14.701/2023, no que repassa a exclusividade ao órgão federal gestor das áreas protegidas superpostas em unidades de conservação.

Ademais, como visto no tópico 2.1 deste voto, a jurisprudência da CIDH assegura o direito dos povos indígenas à propriedade coletiva sobre seus territórios tradicionais, com fundamento no artigo 21 da Convenção 169 da OIT.

Entretanto, como preconizado no referido dispositivo e reiterado pela CIDH, o direito à propriedade não é absoluto e comporta restrições, desde que observados determinados requisitos, reportando-me ao escrito naquele item 2.1.

Para além da observância do exame de proporcionalidade e vedação à negação de subsistência, a CIDH determina que qualquer atividade realizada no território tradicional seja submetida à consulta prévia dos povos que ali vivem.

É necessário distinguir a obrigação estatal de realizar consulta prévia de uma eventual obrigação de obter o consentimento da comunidade. O fato de a jurisprudência da CIDH e de o próprio texto da Convenção Interamericana reconhecerem a possibilidade de restrição do direito de propriedade já é um forte indicativo de que a obtenção de consentimento não é *conditio sine qua non* para a implementação de atividades econômicas no território indígena.

Prevaleceu na jurisprudência interamericana da CIDH o entendimento de que a restrição do direito de propriedade dos povos indígenas em prol da emissão de concessões ou da realização de atividades econômicas em suas terras estava condicionada à observância de três garantias principais: (i) a participação efetiva, por meio de processo de consulta prévia, livre e informada, da comunidade nos projetos que se pretende conduzir; (ii) a realização prévia de Estudo de Impacto Ambiental e (iii) o compartilhamento de benefícios.

Como solução autocompositiva juridicamente constitucional e

convencional diante das variáveis envolvidas, deve-se compreender como autorizado o ingresso de não indígenas em áreas indígenas nas seguintes hipóteses: (i) por particulares, desde que autorizados pela comunidade indígena; (ii) por agentes públicos justificadamente a serviço de um dos entes federativos; (iii) pelos responsáveis pela prestação dos serviços públicos ou pela realização, manutenção ou instalação de obras e equipamentos públicos; (iv) por pesquisadores autorizados pela Funai e pela comunidade indígena; ou (v) por pessoas em trânsito, em caso de existência de rodovias ou outros meios públicos de passagem.

No caso dos pesquisadores, a autorização ocorrerá por prazo determinado e deverá conter os objetivos da pesquisa, sendo vedado àqueles agirem fora dos limites autorizados.

Já na hipótese dos agentes públicos a serviço de um dos Entes Federativos, o ingresso deverá ser reportado à comunidade indígena e à Funai, informados seus objetivos e sua duração.

É de bom alvitre destacar que o ingresso, o trânsito e a permanência de não indígenas **não** podem ser objeto de cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas, ressalvadas as atividades econômicas regularmente exercidas.

E mais: ressalvadas as hipóteses previstas na legislação, é proibida a cobrança de quantias de qualquer natureza pela utilização de equipamentos e instalações públicas em terras indígenas.

No que diz respeito à exploração econômica, penso que deve ser facultado o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade indígena e de acordo com seus usos, costumes e tradições culturais, admitidas a cooperação e a contratação de terceiros não indígenas.

Em tal compreensão, aponto que inexistente necessidade de que tal autorização decorra tão somente após o advento da lei complementar exigida no § 6º do art. 231 da CF, a qual somente é exigida, a meu sentir, para atividade econômica que **não** seja realizada pela própria

comunidade indígena, segundo seus usos, costumes e tradições culturais.

Essa abertura possui assento no art. 23 da Convenção 169 da OIT, a saber:

“Artigo 23

1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua autossuficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades.

2. A pedido dos povos interessados, deverá facilitar-se aos mesmos, quando for possível, assistência técnica e financeira apropriada que leve em conta as técnicas tradicionais e as características culturais desses povos e a importância do desenvolvimento sustentado e equitativo.” (grifo nosso).

Todavia, registre-se que as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja a posse direta pela comunidade indígena.

Por outro lado, deve ser permitida a celebração de contratos que visem à cooperação entre indígenas e não indígenas para a realização de atividades econômicas em terras indígenas, desde que observadas algumas salvaguardas mínimas, quais sejam: (i) **os resultados da atividade gerem benefícios para toda a comunidade indígena**; (ii) seja mantida a posse direta dos indígenas sobre a terra, ainda que haja contratação de não indígenas para o exercício da atividade; (iii) a comunidade indígena, mediante os próprios meios de tomada de decisão, aprove a celebração contratual; e (iv) o contrato deve ser comunicado à

Funai, no prazo de até 30 (trinta) dias após sua ocorrência.

Caso seja constatada irregularidade na celebração ou na execução contratual, os órgãos de fiscalização requererão judicialmente, perante a Justiça Federal, a realização de ajustes ou o encerramento da contratação ou da cooperação com não indígenas.

Pelos mesmos motivos acima identificados para o exercício das atividades econômicas, permite-se o desenvolvimento de turismo em terras indígenas, desde que seja (i) organizado pela própria comunidade indígena, devendo ser permitida a celebração de contratos para a captação de investimentos de terceiros; e (ii) respeitada a autodeterminação dos indígenas.

É digno de discorrer, neste estágio, sobre a (des)necessidade de oitiva prévia das comunidades indígenas no que diz respeito às atividades estatais ou autorizativas destas, de caráter exploratório das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Sobre estas últimas, extrai-se a necessidade do advento da lei complementar a que se refere o § 6º do art. 231 da CF, sem a qual não é possível admitir qualquer interferência pública ou privada, sem que advenha a iniciativa da participação da própria comunidade indígena, por meio de sua autodeterminação e de acordo com seus usos, costumes e tradições.

A jurisprudência interamericana tem construído os limites e condições para o exercício do direito à consulta prévia, a partir do julgamento do caso *Saramaka vs. Suriname*, em 2007. Naquela oportunidade, a CIDH reconheceu o dever do Estado de consultar os povos indígenas a respeito de todos os projetos e medidas que eventualmente afetassem seu território. (CIDH. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_por.pdf. Acesso em: 10.9.2025).

O direito à consulta prévia foi sendo aperfeiçoado ao longo dos anos.

Recentemente, a CIDH estabeleceu que tal direito está relacionado ao direito da comunidade de obter acesso à informação, com fundamento no art. 13 do Pacto de San José, como assentado no caso *Comunidad Maya Q'eqchi Agua Caliente vs. Guatemala* (2023).

A CIDH também tem realizado importante aproximação dos direitos dos povos indígenas em relação aos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, como visto no caso *Comunidad Nostra Tierra "Lhaka Honhat" vs. Argentina*, no qual a CIDH declarou a violação dos direitos à água, à alimentação e ao meio ambiente saudável por parte do Estado argentino.

Assento que não diviso qualquer inconstitucionalidade no art. 21 da Lei 14.701/2023, o qual, a bem da verdade, apenas reiterou o disposto no Decreto 4.412/2002.

Consequentemente, declaro a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 20 da Lei 14.701/2023, por violação ao direito à consulta prévia das comunidades indígenas envolvidas, à exceção da atuação das Forças Armadas, e à necessidade de previsão em lei complementar, **bem ainda à interpretação conforme à Constituição ao art. 20, caput, e art. 22 da Lei 14.701/2023 para assentar a necessidade de haver expressa motivação, com base no postulado da proporcionalidade, da presença, no ato administrativo, de fundamentos fáticos que amparem a interferência estatal no uso e gozo da posse coletiva indígena e assegurado o direito de consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas envolvidas.**

Apenas enfatizo que a aquiescência da comunidade indígena não é *conditio sine qua non* para a implementação de atividades econômicas no território indígena, desde que condicionada à observância de três garantias principais: (i) a participação efetiva, por meio de processo de consulta prévia, livre e informada, da comunidade nos projetos que se pretendem conduzir; (ii) a realização prévia de Estudo de Impacto Ambiental e (iii) o compartilhamento de benefícios.

Igualmente, reputo inconstitucionais o art. 23, *caput*, e seu § 1º, bem

ainda a expressão “*nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor*”, constante do § 2º do art. 23, possibilitando que ocorra o trânsito de visitantes e pesquisadores em áreas indígenas nas seguintes hipóteses: (a) por particulares, desde que autorizados pela comunidade indígena; (b) por agentes públicos justificadamente a serviço de um dos entes federativos; (c) pelos responsáveis pela prestação dos serviços públicos ou pela realização, manutenção ou instalação de obras e equipamentos públicos; (d) por pesquisadores autorizados pela Funai e pela comunidade indígena; (e) por pessoas em trânsito, em caso de existência de rodovias ou outros meios públicos de passagem; ou (f) para desenvolvimento de turismo em terras indígenas, desde que: (f.i) seja organizado pela própria comunidade indígena, devendo ser permitida a celebração de contratos para a captação de investimentos de terceiros; e (f.ii) respeitada a autodeterminação dos indígenas.

Por fim, a única possibilidade interpretativa dos arts. 26 e 27 da Lei 14.701/2023 que se sobressai constitucional e convencional é condicionar que os resultados de tais atividades sejam voltados à obtenção de benefícios para toda a comunidade indígena.

4.10) Art. 29 da Lei 14.701/2023

Eis a redação do dispositivo questionado:

“Art. 29. As terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas e o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no inciso XVI do *caput* do art. 49 e no § 3º do art. 231 da Constituição Federal, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, vedada a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros”.

Por sua vez, cite-se o veto presidencial:

“A proposição legislativa estabelece que 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 no inciso XVI do caput do art. 49 e no § 3º do art. 231 da Constituição Federal, e a renda indígena gozam de plena isenção tributária, vedada a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros.

Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público e incorre em vício de inconstitucionalidade, por ampliar a renúncia fiscal por parte da União, para além das hipóteses já previstas na Lei 6.001, de 1973, sem a devida estimativa de impacto orçamentário e financeiro, incorrendo em afronta ao Art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e ao art. 14 da LRF, bem como violando os art. 131 e art. 132 da Lei nº 14.436, de 9 de agosto de 2022.” (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm. Acesso em: 30.9.2025).

Cumprido destacar que a previsão de isenção tributária sobre rendas e bens do patrimônio dos indígenas encontra assento no art. 60 da Lei 6.001/1973, a saber:

“Art. 60. Os bens e rendas do Patrimônio Indígena gozam de plena isenção tributária”.

Interpretando tal dispositivo, o STF, na Pet 3.388, assegurou, no que diz respeito à questão tributária, o seguinte:

“[...]

q) as terras sob ocupação e posse 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 imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros. [...]”.
(Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, ata de julgamento, DJe 31.3.2009; grifo nosso).

Percebe-se, pois, que a redação ora questionada do art. 29 da Lei 14.701/2023 é idêntica ao entendimento do STF firmado naquele precedente, no ponto que **não** houve qualquer mutação no citado RE 1.017.365 (tema 1.031 do STF).

Para ser admissível a impugnação, em relação ao art. 29 da Lei 14.701/2023, era necessário que fosse impugnado o dispositivo original do art. 60 da Lei 6.001/1973, considerando que reflete a exegese conferida por esta Corte sobre esta última norma, o que ampara a presunção de constitucionalidade da novel disposição normativa, a qual, em verdade, somente reproduz o entendimento do STF.

Ou seja, eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 29 não produziria efeitos, subsistindo o art. 60 da Lei 6.001/1973, que, com a interpretação conferida pelo STF, coincide com o previsto naquele artigo, o que denota que ambos fazem parte de um mesmo complexo normativo.

Assim, não é possível conhecer da presente ação direta no que questiona tal dispositivo, pois esta não impugnou todo o complexo normativo, de forma que, caso a declaração de inconstitucionalidade ocorresse, esta não produziria efeitos, dado que o art. 60 da Lei 6.001/73, de acordo com a interpretação do STF, persistiria.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.932/99. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR (CF, ARTIGO 192, II). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INICIAL DEFICIENTE QUANTO À ANÁLISE DOS TEXTOS IMPUGNADOS. NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES. 1. **Impugnação isolada apenas de partes de um sistema legal, interligadas ao seu conjunto, torna inviável o conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade, dado que, reconhecida a inconstitucionalidade parcial de alguns preceitos, os outros perdem o seu sentido.** 2. Não se conhece da ação direta de inconstitucionalidade, se a inicial deixa de proceder ao cotejo analítico de todas as suas disposições, tendo em vista os dispositivos constitucionais apontados como violados. Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece.” (ADI 2.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 14.4.2000, DJ 7.3.2003, grifo nosso);

“Agravos regimentais em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Associação que não representa os interesses de uma categoria econômica ou profissional única. heterogeneidade na composição de associados. Ilegitimidade ativa. 3. **Ausência de impugnação de todo o complexo normativo. Impossibilidade.** 4. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. 5. Agravo regimental julgado improcedente.” (ADI 6.927-AgR, de minha relatoria, Tribunal Pleno, j. 5.12.2022, DJe 18.1.2023, grifo nosso);

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CUMULADA COM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 1º, § 2º, DA LEI Nº 7.433/1985, ART. 289 DA LEI Nº 6.015/1973 E ART. 30, XI, DA LEI Nº 8.935/1994. DEVER DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DE FISCALIZAR O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS INCIDENTES EM ATOS DE SUA COMPETÊNCIA. ALEGADA COBRANÇA ANTECIPADA DO IMPOSTO DE

TRANSMISSÃO DE IMÓVEIS (ITBI). INVOCADO O PRECEDENTE FORMADO NO ARE 1.294.969/SP (TEMA Nº 1124 DA REPERCUSSÃO GERAL). AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO. AÇÃO NÃO CONHECIDA. 1. É firme a linha decisória deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ausência de impugnação da integralidade do complexo normativo torna o provimento judicial pretendido ineficaz e, por isso mesmo, destituído de utilidade, de modo a afastar a caracterização do interesse de agir da parte autora. 2. Tal *ratio* aplica-se não apenas na hipótese de identidade mas também conexão ou dependência normativa, a evitar a quebra da organicidade do sistema jurídico. *‘Não se admitem, em sede de controle normativo abstrato, impugnações isoladas ou tópicas, sob pena de completa desarticulação e desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas’* (ADI 2422-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 10.5.2012, DJe 30.10.2014). 3. Os preceitos questionados, ao estabelecerem o poder-dever de exigir a comprovação do recolhimento de tributo para a prática do ato notarial ou registral, estão imbricados com a responsabilidade tributária dos notários e registradores. 4. Evidenciada a simbiose normativa, a não contestação do art. 134, VI, do Código Tributário Nacional, que estabelece referida responsabilidade tributária, implica ausência de impugnação de todo o complexo normativo. 5. Ação não conhecida.” (ADI 7.086, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 21.6.2022, DJe 29.6.2022; grifo nosso).

Verifica-se, assim, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme e clara no sentido de que a ausência de impugnação do complexo normativo caracteriza ausência do interesse de agir do partido requerente da ADI 7.586, no ponto.

Caso conhecida esta ação neste ponto, *ad argumentantum tantum*, não diviso qualquer inconstitucionalidade, por violação ao art. 113 do ADCT ou ao art. 14 da LRF, tendo em vista que não houve alargamento ou

incremento da isenção tributária já decidida por esta Corte naquele caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol, ao interpretar-se o ordenamento jurídico posto, inclusive a isenção contida no art. 60 da Lei 6.001/1973.

4.11) Arts. 31 e 32 da Lei 14.701/2023

Por fim, mencionem-se os últimos dispositivos questionados nas ações de controle concentrado ora debatidas:

“Art. 31. O *caput* do art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IX: (Promulgação partes vetadas)

'Art. 2º

.....

IX - a destinação de áreas às comunidades indígenas que não se encontravam em área de ocupação tradicional em 5 de outubro de 1988, desde que necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.'

Art. 32. O inciso IX do *caput* do art. 2º de Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação: (Promulgação partes vetadas)

'Art. 2º

.....

IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição Federal, a posse permanente

das terras tradicionalmente ocupadas em 5 de outubro de 1988, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”.

As normas acima identificadas alteraram dispositivos contidos nas Leis 4.132/1962 e 6.001/1973 para, no primeiro caso (art. 30), possibilitar que, caso não sejam identificados os critérios para fins de reconhecimento da tradicionalidade indígena, a situação advinda do conflito deve ser resolvida pela desapropriação para fins de interesse público; e, no segundo caso (art. 31), garantir aos indígenas e a suas comunidades a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas, *“reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”*.

Na primeira situação, a solução encontrada (desapropriação), espelha o entendimento desta Corte, tal como decidido no seguinte julgado:

“Agravos regimentais em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. **3. Desapropriação por interesse social (Lei 4.123/1962), para fins de assentamento de colônia agrícola indígena. Possibilidade. 4. Inteligência dos arts. 26 a 29 da Lei 6.001/1980. Distinção entre assentamento de comunidade indígena e demarcação de terras em razão** de posse imemorial. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (MS 33.069 AgR, de minha relatoria, 2ª Turma, DJe 26.11.2019; grifo nosso).

Entretanto, o legislador, novamente, retoma o tema envolvendo o marco temporal identificado em 5 de outubro de 1988, o qual considero ultrapassado, conforme fundamentado ao longo deste voto, com base em

jurisprudência desta Corte e da CIDH.

Diante do que fundamentado no tópico 4.1 deste voto, para evitar tautologia, reporto-me aos fundamentos ali contidos para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em 5 de outubro de 1988”, presente nas alterações procedidas no art. 2º, IX, da Lei 4.132/1962 e no art. 2º, IX, da Lei 6.001/1973, pelos arts. 31 e 32 da Lei 14.701/2023.

5) Formas de superação da omissão inconstitucional quanto ao art. 67 do ADCT

Neste tópico, pontuo que, diante do que aprovado na Comissão Especial e até que sobrevenha legislação à luz daquele acordo, com amparo na necessidade de previsão de normas de organização e de procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*), creio que devemos considerar aqueles encaminhamentos para fins de superação da omissão inconstitucional reiterada de cumprimento do art. 67 do ADCT, transformando-as em ações concretas, na forma do § 2º do art. 103 da CF.

Sobre o tema, tive oportunidade de registrar em sede doutrinária:

“Nos últimos tempos vem a doutrina utilizando-se do conceito de direito à organização e ao procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à Justiça, direito de proteção judiciária, direito de defesa).

Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais.

Isso se aplica de imediato aos direitos fundamentais que

têm por objeto a garantia dos postulados da organização e do procedimento, como é o caso da liberdade de associação (art. 5º, XVII), das garantias processuais-constitucionais da defesa e do contraditório (art. 5º, LV), do direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), das garantias processuais-constitucionais de caráter penal (inadmissibilidade da prova ilícita, o direito do acusado ao silêncio e à não autoincriminação etc.).

Também se poderia cogitar aqui da inclusão, no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, do direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17, § 3º) na medida em que se trata de prestações dirigidas tanto à manutenção da estrutura organizacional dos partidos (e até mesmo de sua própria existência como instituições de importância vital para a democracia) quanto à garantia de uma igualdade de oportunidades no que concerne à participação no processo democrático.

Ingo Sarlet ressalta que o problema dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento. Na verdade, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado nesse sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo.

Assim, quando se impõe que certas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de normas de procedimento.

É o que ocorre, *v. g.*, quando se impõe que determinados atos processuais somente poderão ser praticados com a

presença do advogado do acusado. Ou, tal como faz a Constituição brasileira, quando estabelece que as negociações coletivas só poderão ser celebradas com a participação das organizações sindicais (art. 8º, VI).

Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025, p. 636/637; grifo nosso).

E o estabelecimento de normas de organização e de procedimento quanto à finalização dos procedimentos demarcatórios encontra-se em quadro de proteção deficiente, tanto aos indígenas quanto aos não indígenas, não conseguindo resolver inúmeros pedidos que estão pendentes de análise na Funai, há décadas sem qualquer previsibilidade de finalização, descumprindo reiterada e enfaticamente o art. 67 do ADCT e trazendo incertezas para toda a população brasileira envolvida nos conflitos rurais.

Como o próprio Estado brasileiro (União) encontra-se em mora na sua obrigação constitucional e inadiável de demarcar os territórios indígenas (art. 231 da CF e art. 67 do ADCT), e persiste, de outro lado, a necessidade de assegurar a confiança legítima na regularidade jurídica de incontáveis transações imobiliárias que foram chanceladas pelos poderes públicos, com inúmeras consequências sobre as vidas e os patrimônios de milhões de pessoas, a saída que resguarda maior segurança jurídica é a reafirmação do precedente desta Corte no tema 1.031 do STF, com estabelecimento de regras adicionais de transição objetivas, que possibilitem controle por esta própria Corte, diante da omissão inconstitucional exacerbada.

As normas atualmente previstas no regramento dos procedimentos demarcatórios encontram-se em franca proteção deficiente dos direitos dos indígenas e não indígenas de por fim aos conflitos no campo,

situando-se a irradiação do direito material sobre os problemas identificados no processo de demarcação, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito de proteção extraído do comando do art. 67 do ADCT.

A dinâmica das audiências ocorridas na Comissão Especial possibilitou compreender que existem certas medidas que podem auxiliar no enfrentamento das causas do conflito no campo:

- 1) Divulgação de lista de reivindicações pela Funai, de acordo com a ordem de antiguidade;
- 2) Maior participação social e interfederativa no procedimento demarcatório;
- 3) Prazo para finalização da parte administrativa, com cessão de mão de obra para operacionalizar os processos demarcatórios pendentes de análise na Funai, com força tarefa a ser comandada pelo Ministério dos Povos Indígenas em interlocução com outros órgãos estatais de quaisquer esferas de poder, inclusive interfederativa;
- 4) Reafirmação das teses do tema 1.031 da sistemática da repercussão geral, com explicitações, observações e medidas de operacionalização;
- 5) Garantia do direito à retenção até que ocorra o pagamento administrativo incontroverso ou emissão do precatório; e
- 6) Regras transitórias
 - 6.1) Regime de transição para os processos de demarcação em andamento e para as reivindicações territoriais indígenas apresentadas à Funai. Durante os

trabalhos da Comissão, a Funai informou que a maior parte das reivindicações territoriais já foram formuladas pelos povos indígenas. Os representantes do Congresso Nacional, por sua vez, pleitearam a formação de um quadro que assegurasse previsibilidade e segurança jurídica aos processos demarcatórios em curso. Construiu-se a seguinte solução:

6.2) Publicação pela Funai de lista com todos os pedidos e processos de demarcação instaurados, inclusive reivindicações territoriais indígenas que ainda não foram autuadas, no prazo de 60 dias, devendo-se respeitar a lista de antiguidade.

6.3) Procedimentalização da fase de compensação/indenização de proprietários ou possuidores com justo título anterior a 5 de outubro de 1988:

a) discriminação das hipóteses de recusa pelo particular da oferta de reassentamento pela União;

b) estabelecimento dos critérios para avaliação da terra nua para fins de indenização, com a adoção da tabela base do Imposto Territorial Rural (ITR); e

c) especificação do direito de retenção pelos não indígenas, previsto no tema 1.031, a partir da distinção entre posse direta e posse indireta.

6.3) Normatização do uso e gestão das terras indígenas:

a) Garantia do usufruto exclusivo pela comunidade indígena das riquezas do solo, dos rios e lagos existentes em suas terras;

b) Estabelecimento do procedimento de consulta

prévia, livre e informada dos povos indígenas para adoção de medidas administrativas e legislativas que afetem suas terras;

c) Regulamentação do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, especificando as hipóteses de interesse público que justificam a ocupação não indígena das terras indígenas, precedidas de consulta prévia e condicionadas à inexistência de alternativa técnica e locacional: I – atividades de segurança nacional e proteção sanitária; II – obras de infraestrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, sistema viário, saneamento, energia, telecomunicações, radiodifusão e a exploração de recursos minerais estratégicos; e III – atividades e obras de defesa civil; e

d) Exigência de licenciamento ambiental para atividades degradantes em terras indígenas.

6.4) Regulamentação da atividade econômica em terras indígenas:

6.5) Proibição do arrendamento em terras indígenas, mas autorização de celebração de parcerias com não indígenas, desde que não haja restrição da posse direta pela comunidade indígena e observados os demais requisitos previstos em lei;

6.6) Autorização do turismo em terras indígenas;

6.7) Vedação à discriminação ou proibição de financiamento público e privado em áreas indígenas realizadas pela própria comunidade ou cooperativas indígenas, em autodeterminação dos povos, sendo vedado exigir autorização da Funai ou garantia sobre a terra, que

não seja o resultado da produção ou da atividade econômica;

6.8) Criação do Programa Nacional de Incentivo aos Serviços Ecológicos desenvolvidos em Territórios Indígenas; e

6.9) Capítulo reservado ao detalhamento das garantias e proteção judiciais para os povos indígenas, com a previsão de protocolo humanizado de reintegração e manutenção da posse, fazendo distinção entre a data da invasão para não ocorrer o incentivo à retomada indígena dos territórios, com a perda da posse do não indígena antes de ser indenizado (o que seria contrário a assegurar “o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso”, estabelecido pela Corte no item V do tema 1.031 da RG).

Fica registrado, de forma expressa, que tais determinações são transitórias para fins de superação da omissão inconstitucional quanto ao art. 67 do ADCT e persistem até que sobrevenha lei formal e material do Parlamento Federal.

5.1) Análise do plano transitório da União para fins de pagamento dos valores a título de indenização

A União apresentou um plano transitório nos autos, consubstanciado na base referencial do art. 4º:

“ARTIGO 4º

DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA PARA O INÍCIO DA MEDIAÇÃO

1. O particular interessado apresentará documentação que

comprove:

(a) a existência de título de propriedade válido, associado a posse direta não indígena, com ocupação ininterrupta anterior a 5 de outubro de 1988; ou

(b) a existência de posse concedida por ato estatal conversível em propriedade na data da declaração da terra indígena, associado à posse direta não-indígena, fundada em domínio ou ato estatal, com ocupação ininterrupta anterior a 5 de outubro de 1988”.

É bem verdade que houve franca contrariedade de diversos interessados/intervenientes quanto ao plano apresentado pela União, de sorte que merece ser escrutinado para fins de solução das situações jurídicas que se prolongam no tempo, sem que tenha ocorrido resolução até hoje.

Apesar de considerar adequada a exigência de ocupação ininterrupta anterior a 5.10.1988, na alínea “a” do item 1 do art. 4º do plano transitório pela União, tenho que, ao se exigir, na alínea “b”, para fins indenizatórios, que a posse seja *“concedida por ato estatal conversível em propriedade na data da declaração da terra indígena, associado à posse direta não-indígena, fundada em domínio ou ato estatal”*, transborda-se do item V do tema 1.031 e de todos os debates ocorridos em Plenário daquele precedente, olvidando-se que existem situações fáticas de exercício da posse que, apesar de não ser conversível em propriedade, ostentam contornos jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico e conteúdo financeiro que confere ao possuidor o direito de ser indenizado caso seja desapossado, independentemente da inexistência de oficialidade da posse conferida por ato estatal.

Pela obviedade, não é possível permitir que ocorra indenização em caso de posse injusta (violenta, clandestina ou precária – art. 1.200 do Código Civil) ou na situação de grilagem, podendo a União negar o

pagamento indenizatório quando identificar que o título apresentado padece de ilegalidade ou exercício de posse injusta.

Além dessa questão, existem outras que são apontadas como empecilho à continuidade das demarcações, consistindo em definir a fórmula de indenização, a forma de pagamento e os entraves identificados para oportunizar o cumprimento das obrigações sequenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, razão pela qual os demais pontos da proposta de plano transitório da União não merecem acolhimento, uma vez que em relação a eles houve franca discordância das partes.

Em relação ao cálculo da terra nua, entendo que devem ser aplicadas, analogicamente, as disposições contidas no art. 10-B do Decreto-Lei 3.365/1941, *in verbis*:

“Art. 10-B. Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

§ 1º. A mediação seguirá as normas da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

§ 2º. Poderá ser eleita câmara de mediação criada pelo poder público, nos termos do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

§ 4º . A arbitragem seguirá as normas da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável”.

Caso o valor da indenização não siga pelo caminho da mediação, deve-se adotar a métrica do valor da terra nua calculada para fins de ITR, de acordo com o tipo e grau de utilização da área objeto de inclusão na

demarcação indígena (considerando-se a divulgação do mês de dezembro do ano anterior ao decreto presidencial de homologação da demarcação).

De igual modo, no que diz respeito à autossustentabilidade indígena por meio do Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) previsto na Lei 14.119/2021, a ata de audiência da vigésima terceira reunião registrou o seguinte (eDOC 773):

"No que concerne à autossustentabilidade das comunidades indígenas, especificamente à estruturação do pagamento de serviços ecossistêmicos desenvolvidos em territórios indígenas, a União regulamentará, no prazo de 90 dias, a Lei 14.119, de 13 de janeiro de 2021, estabelecendo as condições necessárias para imediata celebração de contratos de pagamentos por serviços ambientais a comunidades indígenas.

Caso não publicado o regulamento no prazo acordado, a celebração dos contratos previstos no art.12 da Lei 14.119/2021 com comunidades indígenas será permitida, com a observância dos seguintes parâmetros, que vigorarão até que sobrevenha a regulamentação da União:

I - aprovação do contrato pela comunidade indígena, mediante seus próprios termos do protocolo ou plano de consulta, observado o direito à consulta livre, prévia e informada, conforme estabelecido na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais;

II -previsão contratual que garanta a repartição justa e equitativa e a gestão participativa dos benefícios monetários derivados dos Serviços Ecossistêmicos desenvolvidos, depositados em conta específica indicada pela comunidade indígena, assegurados o direito sobre pelo menos 50% (cinquenta por cento) do faturamento bruto auferido com tais Serviços Ecossistêmicos;

III - existência de cláusula contratual que preveja indenização à comunidade indígena por danos coletivos, materiais e imateriais, decorrentes da parceria para implantação de Serviços Ecossistêmicos em seus respectivos territórios, desde que comprovada conduta dolosa dos não indígenas;

IV - no caso de parcerias entre indígenas e pessoas jurídicas de direito privado, sua matriz ou sede deve estar registrada no Brasil, sendo seu controle obrigatoriamente exercido por, pelo menos, mais de 50% de pessoas físicas ou jurídicas nacionais;

V - as pessoas físicas e jurídicas de direito privado interessadas no desenvolvimento de parcerias junto a comunidades indígenas devem comprovar experiência prévia não inferior a 5 anos na execução de serviços ecossistêmicos;

VI - os recursos decorrentes do pagamento por Serviços Ecossistêmicos desenvolvidos em terras indígenas serão aplicados em conformidade com os planos de gestão territorial e ambiental de terras indígenas, ou documentos equivalentes, sendo a decisão da destinação desses recursos de responsabilidade exclusiva da própria comunidade indígena;

VII - comunicação da celebração dos contratos à Funai e ao Ministério Público Federal, no prazo de até 30 dias; e

VIII - se constatada irregularidade na celebração ou na execução contratual, os órgãos de fiscalização deverão requerer judicialmente a realização de ajustes ou o encerramento da contratação." (eDOC 773, p. 9/10).

A despeito de não ter ocorrido expressa concordância da União com tal abertura constitucional semântica e colmatadora da mora, em seu plano transitório, considero ser medida proporcional e razoável para suplantar a mora inconstitucional na ausência de edição do decreto

regulamentador da Lei 14.119/2021. Como é cediço, a mora inconstitucional impede o acesso das comunidades indígenas aos meios de promover sua autossustentabilidade, e a abertura constitucional mencionada passa então a fazer parte integrante deste voto e a ser adotada como uma das medidas de implementação na fase de cumprimento deste acordo.

Além disso, o tema da autossustentabilidade indígena não se limita à regulamentação do Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) previsto na Lei 14.119/2021.

É necessário garantir, de forma mais ampla, o direito à autossustentabilidade indígena, que reflete um conjunto de medidas aptas à gestão autônoma do território e dos recursos naturais, com desenvolvimento econômico compatível com seus modos de vida, direito de decisão sobre as suas próprias prioridades e estratégias de sobrevivência, bem como respeito aos seus conhecimentos tradicionais e sistemas produtivos.

Tais balizas estão identificadas na Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, tratado internacional do qual o Brasil é signatário desde 2004, reconhece a autossustentabilidade dos povos indígenas com um direito que deve ser efetivado. O tema está garantido em diversos dispositivos:

“Artigo 7º. I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Artigo 13. 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

Artigo 14. 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

Artigo 23. 1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua auto suficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades”.

Não obstante, o Decreto nº 7.747/2012 instituiu “[...] a *Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas - PNGATI*, com o objetivo de garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas, assegurando a integridade do patrimônio indígena, a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações dos povos indígenas, respeitando sua autonomia sociocultural, nos termos da

legislação vigente.” (art. 1º).

Quanto à abrangência, diz o art. 11:

“Art. 11. A PNGATI aplica-se, naquilo que for compatível, às áreas ocupadas por povos indígenas, cujo relatório circunstanciado de identificação e delimitação tenha sido aprovado por portaria da FUNAI, publicada no Diário Oficial da União, ou áreas que tenham sido objeto de portaria de interdição expedida pela FUNAI em razão da localização de índios isolados”.

Portanto, os esforços demarcatórios das terras indígenas devem vir acompanhados do reconhecimento do protagonismo indígena na gestão de seus territórios, bem como de uma política pública capaz de garantir a autossustentabilidade das comunidades indígenas, nos moldes do Decreto nº 7.747/2012.

Diante disso, nas hipóteses do art. 11, do Decreto nº 7.747/2024, deverão os órgãos competentes instituir Planos de Gestão Territorial e Ambiental (PGTA), sendo que cada PGTA deverá refletir a realidade local, definindo ações para o uso sustentável dos recursos naturais, proteção ambiental e fortalecimento cultural.

5.2) Medidas humanitárias para atuar sobre a escalada de tensões no campo

Conforme dito no introito deste voto, é preciso que todos façam um esforço prévio de buscar a paz social, ou seja, demonstrem boa intenção de resolver um conflito, com a desescalada das hostilidades e dos atos de provocação.

É necessário que sejam minimizados os pontos de conflitos, facilitando a busca pela solução consensual em cada uma das

demarcações, além de tentar diminuir os pontos de atrito que estressam o nível psicológico das pessoas, o que as conduzem aos atos de guerra.

Tal conflito social, jurídico e – aqui reforço a necessidade de que se diga com todas as letras – também político aparenta contornos de uma guerra interna entre concidadãos brasileiros.

Novas soluções precisam ser tentadas, para que não repitamos a mesma forma de atuar e assim evitemos que as situações lastimáveis com mortes, invalidez ou lesões perdurem enquanto relação social conflituosa no campo.

Ainda que se trate de invasão em território supostamente tradicional indígena, com ou sem reconhecimento pelo Estado, que atualmente esteja ocupado por não indígenas de boa-fé, a partir do direito de retenção fixado pelo STF no item V do tema 1.031 da RG, tem-se como indevida a atuação de invasão forçada por parte dos indígenas, no que se denomina de “processo de retomada”, devendo todos atuar conforme o Estado democrático de Direito, aguardando-se a definição demarcatória pela União ou a atuação do Poder Judiciário Federal, não se admitindo atuação à margem do ordenamento jurídico, o qual proíbe criminalmente o esbulho possessório (art. 161, § 1º, II, do Código Penal) e o exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal).

Do mesmo modo, é criminoso a atitude de não indígenas em invadir território indígena demarcado e homologado por decreto presidencial (art. 20 da Lei 4.947/1966) ou praticar atos desumanos de crueldade, tortura ou maus-tratos à população indígena (art. 1º da Lei 9.455/1997), ainda que estejam invadindo território reconhecido como particular pelo Estado, devendo-se atuar conforme o Estado democrático de Direito, e não à margem do ordenamento jurídico.

Ou seja, sob qualquer ângulo que se analise o problema, as invasões, as retomadas e a expulsão são atos ilícitos e assim devem ser compreendidos para evitar que a barbárie e o caos se instalem definitivamente e sejam a tônica no campo.

Tal conflito com características de guerra civil ocorre porque o

Estado brasileiro se omitiu historicamente em demarcar e proteger o território, bem como em conferir meios de subsistência aos povos indígenas.

São necessárias ações concretas para diminuir a escalada das tensões no campo, de ambos os lados, a exemplo da atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), no caso de guerras:

“Quando uma disputa leva ao combate, a primeira preocupação do Conselho é acabar com os confrontos o mais rapidamente possível. Em muitas ocasiões, o Conselho emite diretrizes de cessar-fogo que são fundamentais na prevenção de hostilidades mais graves. Também implementa operações de manutenção da paz das Nações Unidas para ajudar a reduzir as tensões em áreas problemáticas, manter forças opostas separadas e criar condições para uma paz sustentável. O Conselho pode decidir sobre medidas de execução, sanções econômicas (como embargos comerciais) ou ações militares coletivas.

[...]

Prevenção de Conflitos

As principais estratégias para evitar que as disputas se transformem em conflitos e para prevenir a ocorrência de conflitos são a diplomacia preventiva e o desarmamento preventivo. A diplomacia preventiva refere-se a medidas tomadas para evitar que surjam conflitos e limitar a sua disseminação. A diplomacia preventiva pode assumir a forma de mediação, conciliação ou negociação.

Diplomacia preventiva

O alerta precoce é um componente essencial da prevenção e as Nações Unidas acompanham cuidadosamente os acontecimentos em todo o mundo para detectar ameaças à paz

e à segurança internacionais, permitindo assim que o Conselho de Segurança e o secretário-geral realizem ações preventivas.” (Disponível em: <https://unric.org/pt/paz-e-seguranca/>. Acesso em: 7.9.2025).

Com base nesse propósito de atuação mundial da ONU, considero que é necessário pensar em medidas diferenciadas e inovadoras, seguindo-se exemplos internacionais de conflitos que ocasionem vidas ceifadas: interrupção ou fim das hostilidades ou de um estado de beligerância.

Enfatizo mais uma vez: houvesse uma definição de todas as situações jurídicas demarcatórias, assim como determina o art. 67 do ADCT, tal situação vexaminosa não estaria ocorrendo em pleno século XXI.

Portanto, em uma atitude de boa-fé e de bom senso ao diálogo, é caso de envidar esforços para evitarem-se invasões em qualquer espécie de territórios, seja por parte dos indígenas, seja por não indígenas, impedindo-se que a tônica de invasões que ocasionam os conflitos possam se aprofundar e ocasionar as lastimáveis mortes, lesões e desespero que têm acontecido Brasil afora.

Como consequência, caso ocorram invasões no campo após o início do presente julgamento, deverá haver a alteração da lista de antiguidade de análise dos requerimentos de demarcações indígenas, com a re colocação do pedido da comunidade indígena invasora para o último lugar da lista elaborada pela Funai, desde que devidamente comprovado aquele fato documentalmente. Fica a Funai obrigada a reformular e a publicar mensalmente a sequência da análise de demarcações administrativas.

5.3) Balizas para decisão sobre as obrigações sequenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos

No ponto, considero oportuno relembrar que o Ministro da Justiça, após aprovação, pela Presidência da Funai, do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), ao editar a portaria de declaração, **deverá proceder às obrigações sequenciais previstas pela CIDH e dispostas no item 2.1 deste voto**, podendo, inclusive, exemplificadamente, adotar os procedimentos realizados no caso Raposa Serra do Sol (Portaria MJ n. 534, de 13 de abril de 2005), oportunidade em que restaram excluídas da área delimitada pela Funai:

I – a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã, Estado de Roraima;

II – os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes;

III – o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima;

IV – as linhas de transmissão de energia elétrica; e

V – os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes”. (Disponível em: https://www.pick-upau.org.br/mundo/raposa_serra_do_sol/raposa_serra_sol_portaria_20534.pdf. Acesso em: 17.9.2025).

Em todas as demarcações em curso que ainda pendam da edição da Portaria declaratória pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, competirá a este, obrigatoriamente, proceder à análise do preenchimento das **obrigações sequenciais previstas pela CIDH**, analisando cada reivindicação à luz da jurisprudência do STF e daquela Corte Interamericana, com a identificação da área reivindicada, passando pela análise quanto à possibilidade de devolução ou desintrusão e concluindo com a titulação das terras pleiteadas ou concessão de território alternativo, observado o mesmo regime protetivo do art. 231 da CF.

5.4) Processo administrativo, inclusive a etapa de pagamento de indenização e demais pontos debatidos na Comissão Especial

Início este tópico, registrando que é necessário conferir concretude às ideias debatidas na Comissão Especial, até que o Parlamento legisle sobre tais pontos ou sejam finalizadas todas as demarcações, razão pela qual, transitoriamente, estabelecem-se as seguintes medidas para fins de suplantar a omissão inconstitucional quanto ao art. 67 do ADCT.

Primeiro, o grupo indígena envolvido, representado segundo sua própria escolha, participará do procedimento em todas as suas fases. Os Entes Federativos terão o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, bem como será permitida a indicação de profissional para os grupos multidisciplinares e fundiário, na forma do regulamento.

Desde a abertura da fase instrutória até a conclusão do processo de demarcação, todos aqueles potencialmente envolvidos na área objeto de reivindicação indígena poderão ter acesso a todo o acervo documental e atos constantes no processo administrativo, para fins de exercício do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, o procedimento demarcatório deverá ser público, desenvolver-se-á em fases e seus atos decisórios serão amplamente divulgados e disponibilizados para consulta em meio eletrônico.

Faculta-se a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, aos laudos, às suas conclusões e fundamentações, ressalvado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e Lei 12.257, de 18 de novembro de 2011.

A Funai disponibilizará, em meio eletrônico, no prazo de até 60 (sessenta) dias, por meio de sua página, os seguintes dados, sem prejuízo de eventuais solicitações pelos canais de transparência pública:

- I - lista de reivindicações fundiárias indígenas;
- II - lista de procedimentos de demarcação em curso;
- III - acesso aos processos de demarcação em curso, ressaltado o sigilo referente a dados pessoais, nos termos da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e da Lei 12.257, de 18 de novembro de 2011; e
- IV - Relatórios Circunstanciados de Identificação e Delimitação (RCID) de terras indígenas delimitadas.

Publicada, pela Funai, a lista com todos os processos de demarcação instaurados e reivindicações territoriais indígenas em avaliação, no prazo de 60 dias, a contar da finalização deste julgamento, deve-se respeitar a lista de antiguidade, considerando a data de protocolo dos pedidos realizados pelos indígenas (e não após a abertura de processo administrativo demarcatório).

Em outras palavras, os pedidos de reivindicação ainda não analisados e os processos administrativos protocolados anteriormente ao início do presente julgamento devem ser incluídos em lista pública de antiguidade de demarcação e serão concluídos em até 10 (dez) anos, impreterivelmente, sob pena de pagamento de indenização mensal, pela União, à população indígena prejudicada pela demora em finalizar os trâmites administrativos.

Dito de outro modo: a Funai deverá divulgar lista pública, por antiguidade, de pedidos de demarcação, considerando a data de seu protocolo pelo grupo indígena, no prazo de até 60 (sessenta) dias após a finalização do julgamento deste processo, publicada em seu sítio eletrônico, republicando-a mensalmente em caso de novos pedidos.

As reivindicações territoriais de grupos indígenas formuladas após o prazo de 1 (um) ano do trânsito em julgado deste processo (ADC 87), serão atendidas na forma de desapropriação por interesse social, salvo descoberta posterior de indígenas isolados, situação na qual se submeterão ao procedimento demarcatório.

A alteração da ordem de antiguidade deverá ser justificada publicamente e divulgada no sítio eletrônico da Funai, somente podendo ser desconsiderada em caso de eventual decisão judicial de paralisação ou finalização da tramitação administrativa, de forma que, descumprida a lista de antiguidade para fins de finalização do processo administrativo demarcatório, o(a) servidor(a) público(a) que der causa ao atraso ou à quebra da ordem cronológica será responsável civil e administrativamente caso comprovada sua responsabilidade.

No processo de demarcação, poderá ser solicitada a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos multidisciplinares e fundiários.

As associações de partes interessadas podem representar os seus associados, desde que autorizadas em assembleias gerais convocadas para esse fim, ingressando espontaneamente no processo administrativo demarcatório no estágio em que se encontrar.

No que diz respeito à forma de pagamento da indenização, após o decreto presidencial homologatório e antes da transcrição no registro imobiliário e da desocupação dos não indígenas proprietários, deverão ser adotadas as seguintes medidas:

a) A União deverá instalar processo dialógico voltado à implementação de medidas compensatórias ou indenizatórias do valor da terra nua e das benfeitorias existentes caso comprovada a posse direta não indígena, ininterrupta e anterior a 5 de outubro de 1988, sobre parcela do polígono demarcado.

b) Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal e inexistindo posse direta e ininterrupta de não indígena anterior a 5 de outubro de 1988, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da Constituição Federal de 1988, podendo o ocupante levantar as voluptuárias, desde que sem detrimento da coisa.

c) Configurada a situação descrita na alínea “a” deste tópico, a União

determinará a realização de avaliação do valor da terra nua, calculado na forma da tabela do ITR (Imposto Territorial Rural) vigente do ano anterior àquele do decreto presidencial e das benfeitorias, devendo, na sequência, notificar o proprietário ou posseiro e apresentar-lhe(s) oferta de compensação ou o pagamento de indenização, contendo:

- c.1) cópia do decreto presidencial;
- c.2) planta ou descrição dos bens e suas confrontações;
- c.3) valor da oferta compensatória, mediante permuta de imóveis urbanos ou rurais ou pagamento em dinheiro (ou precatório); e

- c.4) informação de que o prazo para aceitar ou rejeitar a oferta é de 15 (quinze) dias e de que o silêncio será considerado rejeição.

d) As medidas compensatórias a que se referem a alínea “a” envolvem a realocação dos proprietários ou posseiros em outra área rural ou urbana, avaliada em preço equivalente, com a indenização de valores eventualmente remanescentes ou a compensação financeira suficiente para assegurar o restabelecimento em outro local equivalente ao valor devido.

e) A recusa das medidas compensatórias pelo proprietário ou pelo possuidor poderá ocorrer em qualquer uma das seguintes hipóteses:

- e.1) oferta de imóvel urbano pela União;
- e.2) oferta de imóvel rural pela União fora do raio de 200 km da área demarcada ou fora do estado em que localizado o imóvel do não indígena; ou

- e.3) avaliação dos imóveis envolvidos não for baseada no critério do valor de terra nua calculado para efeito de ITR (Imposto Territorial Rural) do ano anterior ao decreto presidencial.

f) Em caso de recusa pelo proprietário ou pelo possuidor, a União poderá oferecer contraproposta.

g) Verificada a existência de justo título de propriedade ou de posse direta não indígena em área considerada necessária à reprodução sociocultural da comunidade indígena, e não sendo possível o reassentamento, a desocupação da área será indenizável, em razão do

erro do Estado, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, desde que exista comprovação da posse direta não indígena ininterrupta que remonte ao período anterior a 5 de outubro de 1988.

h) Aplica-se o disposto na alínea “a” às posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada.

i) É assegurado o direito de retenção ao não indígena até que concorde com as medidas compensatórias ou ocorra o pagamento da parcela incontroversa da indenização pela terra nua e das benfeitorias pela União, em dinheiro ou precatório, bem ainda por meio de títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, permanecendo na posse direta do imóvel até que sobrevenha a implementação de uma das medidas aqui previstas.

j) Aceita uma das ofertas e realizado o pagamento ou a permuta imobiliária, com o pagamento de eventual diferença em dinheiro, será lavrado acordo, o qual será título hábil para a transcrição no registro de imóveis.

k) Em caso de discordância do valor ofertado pela União, de forma expressa ou tácita, ou inexistindo critérios na tabela do ITR (Imposto Territorial Rural), será realizado o envio à mediação ou à via arbitral, devendo o particular indicar um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pela União para fins de fixação do valor compensatório ou indenizatório, o qual deverá seguir a tabela do ITR (Imposto Territorial Rural) vigente de dezembro do ano anterior ao decreto presidencial, salvo se inexistirem critérios do ITR específico do município onde esteja localizada a área.

l) A mediação seguirá as normas correlatas aos Entes Públicos dispostas na Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, e, subsidiariamente, os regulamentos da União, podendo ser eleita câmara de mediação criada pela União, nos termos do art. 32 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.

m) A arbitragem seguirá as normas da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos da União.

n) Havendo o pagamento da parte incontroversa, após o resultado

da autocomposição disposta nos §§ 7º e 8º, ou o pagamento do valor integral acordado, deverá ocorrer a desocupação da área titulada no prazo de até 30 (trinta) dias, com a manutenção no imóvel de todas as benfeitorias indenizadas pela União.

o) Antes de indenizadas as parcelas incontroversas das benfeitorias de boa-fé e do valor da terra nua, se for o caso, não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse direta sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação.

p) Consideram-se de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que sejam declarados os limites da demarcação pelo Ministro da Justiça (portaria de declaração).

q) A indenização das benfeitorias deve ocorrer, na fase subsequente ao decreto presidencial, considerando a comprovação e a avaliação realizada em vistoria do órgão federal competente, de acordo com cronograma de desembolso previsto em rubrica orçamentária específica e corrigido monetariamente pela taxa Selic, a partir de sua elaboração.

r) Em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, excepcionalmente e desde que não ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos da demarcação anterior, é possível solicitar o redimensionamento da área anteriormente demarcada, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvados as ações judiciais anteriores e os pedidos de revisão, ambos instaurados anteriormente a 27 de setembro de 2023 (data de conclusão do RE 1.017.365 – tema 1.031 da sistemática da repercussão geral) e assegurado ao particular o direito à indenização previsto no item V do tema 1.031 da RG.

s) O redimensionamento posterior à demarcação deverá observar a proporcionalidade entre o território e a população existente na reanálise administrativa.

t) Em qualquer fase e mediante concordância entre as comunidades indígenas e os titulares ou ocupantes não indígenas afetados de que trata

esta Lei, o processo administrativo poderá ser submetido aos métodos de autocomposição extrajudiciais, assegurada a participação dos entes públicos e da Fundação Nacional dos Povos Indígenas – Funai.

u) Todos os processos administrativos demarcatórios devem ser finalizados no prazo de 10 (dez) anos, sob pena de responsabilidade pessoal do servidor que deu causa ao atraso injustificado.

v) Compete à Justiça Federal processar e julgar as demandas que envolvam quaisquer disputas sobre territórios indígenas, independentemente de haver pedido de demarcação perante o órgão administrativo responsável pela demarcação.

w) Caso ocorram invasões no campo após o início do presente julgamento, deverá haver a alteração da lista de antiguidade de análise dos requerimentos de demarcações indígenas, com a recolocação no último lugar da lista elaborada pela Funai do pedido daquela comunidade indígena invasora, desde que devidamente comprovado aquele fato documentalmente. Fica a Funai obrigada a reformular e a publicar mensalmente a sequência da análise de demarcação administrativa.

x) Como medida humanitária para diminuição do acirramento dos ânimos no campo, fica vedada qualquer invasão, retomada ou retirada forçada de qualquer pessoa de propriedade privada ou pública, sem que tenha ocorrido a finalização das negociações para desocupação voluntária ou procedimento administrativo demarcatório, com o pagamento do valor da indenização ao proprietário ou ao possuidor de boa-fé, nos seguintes termos:

x.1) Qualquer atuação pública ou privada visando à manutenção ou à reintegração de posse envolvendo conflito fundiário que contenha disputa indígena, independentemente de existir requerimento administrativo de reconhecimento da tradicionalidade indígena, deve observar os ditames desta determinação, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e/ou penal de quaisquer agentes públicos, órgãos estatais e pessoas físicas ou jurídicas que os descumprirem.

x.2) Todas as pessoas que tomem parte direta ou indiretamente das invasões serão, em quaisquer circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, escolha sexual, local de nascimento ou condição socioeconômica, ou qualquer outro critério análogo.

x.3) São terminantemente proibidas, em qualquer ocasião e lugar, por quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, integrantes ou não do sistema público repressivo, incluindo não indígenas: (a) as ofensas contra a vida e a integridade física, além de todas as formas de mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios; (b) a tomada de reféns; e (c) as ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes.

x.4) Ocorrendo qualquer desrespeito aos direitos das pessoas envolvidas no conflito, inclusive em caso de ilícito penal, o correspondente inquérito policial será realizado pela Polícia Federal e eventual ação penal será processada e julgada na Justiça Federal.

x.5) As forças policiais, quando da atuação em terras ocupadas por indígenas, adotarão, nos limites de suas competências, medidas de proteção da vida e do patrimônio do indígena e de sua comunidade, de respeito aos usos, costumes e tradições indígenas e de superação de eventuais situações de conflito ou tensão envolvendo indígenas ou grupos indígenas.

x.6) Cuidando-se de invasões comprovadamente anteriores ao início do julgamento deste voto, a Polícia Federal ou a Força Nacional de Segurança Pública, em conjunto com a Polícia Militar do estado e, em se tratando de faixa de fronteira, sob a coordenação da Forças Armadas mediante interagências, deverão elaborar, no prazo de até 30 (trinta) dias, protocolos de intervenção de áreas invadidas, seja por indígenas, seja por não indígenas, os quais devem ser estruturados a partir de uma perspectiva intercultural para atender às especificidades dos povos indígenas e com previsão dos recursos necessários para a sua implementação, devendo conter as seguintes diretrizes, sob pena de

responsabilidade civil, administrativa e/ou penal de quaisquer agentes públicos e órgãos estatais que as descumprirem:

(i) manutenção da paz social, por meio de Comissão de Solução Fundiária, em articulação com a Comissão Regional de Soluções Fundiárias do correspondente Tribunal Regional Federal que possua competência sobre a área conflituosa, composta por especialistas e representantes de todos os envolvidos no conflito, a qual deve observância às determinações da Comissão Nacional de Soluções Fundiárias;

(ii) a elaboração, a validação e o seu cumprimento devem basear-se no diálogo e na compreensão da dinâmica do conflito;

(iii) todas as ações a serem adotadas previamente à desocupação forçada devem ser precedidas de valorização à negociação e ao empoderamento das partes envolvidas para tentar solucionar a questão de maneira menos invasiva, guardando proporcionalidade na medida da dinâmica das tratativas, cuja avaliação será realizada pelos órgãos planejadores;

(iv) colheita de intenções das partes no conflito, indígena e não indígena, além de orientações aos líderes ou representantes de cada parte e informações a serem amplamente difundidas na área do conflito;

(v) análise quanto aos riscos de todas as medidas possíveis;

(vi) apoio social e logístico psicossocial;

(vii) proteção do patrimônio público e privado indígena e não indígena;

(viii) combate aos grupos armados, incluindo o narcotráfico e as entidades paramilitares além de pessoas ou grupos que estejam realizando explorações ilegais de recursos naturais e minerais na área conflituosa; e

(ix) monitoramento pós-operação.

x.7) Esgotadas todas as possibilidades de desocupação voluntária ou outra medida que seja fática ou juridicamente aceita por todos os

envolvidos, mediante a elaboração de ato pela Comissão de Solução Fundiária, deverá ocorrer a desocupação humanizada da área, concedendo-se o prazo de 30 (trinta) dias para desocupação voluntária.

x.8) Findo o prazo sem que tenha ocorrido a desocupação voluntária, a Polícia Federal ou a Força Nacional de Segurança Pública, em conjunto com a Polícia Militar do estado e, em se tratando de área de fronteira, sob a coordenação das Forças Armadas, deverão efetuar a retirada forçada da área.

x.9) Em se tratando de invasões comprovadamente posteriores ao início do presente julgamento, a Polícia Federal ou a Força Nacional de Segurança Pública, em conjunto com a Polícia Militar do local da invasão, e, em se tratando de faixa de fronteira, sob a coordenação da Forças Armadas, mediante interagências, deverão proceder à retirada imediata dos invasores, independentemente de se tratar de terras indígenas, territórios públicos ou privados, envolvendo qualquer pessoa que tenha ingressado de forma desautorizada em bem imóvel sob domínio ou posse alheia, pública ou privada, inexistindo possibilidade de negociação ou intermediação de conflito por meio de comissões de conflitos fundiários.

x.10) Nesta situação, o aparato estatal deve agir prontamente para evitar o esbulho possessório ou a manutenção ilegal da posse, independentemente de a invasão ter sido realizada por indígena ou não indígena, observando-se, obrigatoriamente, o respeito aos direitos humanos e o uso progressivo e proporcional da força na forma da Lei 13.060, de 22 de dezembro de 2014, vedada em qualquer hipótese a utilização de helicóptero e aeronaves como plataforma de disparo de arma de fogo.

x.11) Ainda no que se refere ao subitem “x.9”, em se tratando de conflito fundiário coletivo, deverá ser realizado plano de desocupação imediata, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e/ou penal de quaisquer agentes públicos e órgãos estatais que o descumprirem, observando-se:

(i) busca pela paz social;

- (ii) elaboração, validação e cumprimento devem basear-se na compreensão da dinâmica do conflito;
- (iii) análise quanto aos riscos de todas as medidas possíveis;
- (iv) apoio social e logístico psicossocial;
- (v) proteção do patrimônio público e privado indígena e não indígena;
- (vi) combate aos grupos armados, incluindo o narcotráfico e as entidades paramilitares além de pessoas ou grupos que estejam realizando explorações ilegais de recursos naturais e minerais na área conflituosa; e
- (vii) monitoramento pós-operação.

x.12) Ainda operacionalizando o subitem “x.9”, deverá ser concedido prazo para a desocupação humanizada da área, concedendo-se o prazo de 2 (dois) dias para desocupação voluntária. Esgotado o prazo sem que tenha ocorrido a desocupação voluntária, a Polícia Federal ou a Força Nacional de Segurança Pública, em conjunto com a Polícia Militar do estado e, em se tratando de área de fronteira, sob a coordenação das Forças Armadas, mediante interagências, deverão efetuar a retirada forçada da área.

y) A Funai deverá comprar e disponibilizar às comunidades indígenas dispositivo com comunicação via satélite (“botão do pânico”) e recarregável com energia solar, que permita comunicar de forma rápida e discreta as situações de risco ou perigo (invasões, ameaças e qualquer ato de não indígena que viole a integridade física dos integrantes da comunidade ou a inviolabilidade do território indígena fora dos casos previstos em lei ou neste voto), enviando alertas síncronos às autoridades ou contatos de emergência com informações como a localização da comunidade para fins da adoção das providências cabíveis.

6) Voto

Ante o exposto, considerando as razões acima mencionadas, voto

pela:

6.1) homologação do produto da Comissão Especial, tomando em consideração como uma interpretação possível na exegese constitucional do conflito subjacente, com consideração por esta Corte no presente julgamento, bem ainda envio ao Parlamento federal para que sejam adotadas as providências que entender cabíveis; e

6.2) procedência em parte dos pedidos da ADC 87, ADI 7.582, 7.583 e 7.586, declarando a inconstitucionalidade:

a) da expressão *“na data da promulgação da Constituição Federal”*, do *caput* do art. 4º, bem ainda dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei 14.701/2023;

b) com redução de texto, da interpretação que exija o registro em *“áudio e vídeo”*. Tal expressão deve ser compreendida como alternativa, ou seja, *“áudio ou vídeo”*. A novel exigência não pode ser oponível aos laudos antropológicos que tenham sido finalizados, documentados e entregues à Funai até a entrada em vigor da Lei 14.701/2023;

c) sem redução de texto, das expressões *“desde o início do procedimento”* e *“desde o início do processo administrativo demarcatório”*, dispostas nos arts. 5º e 6º da Lei 14.701/2023, às quais se deve dar interpretação conforme à Constituição no sentido da abertura da fase instrutória (quando o processo administrativo é aberto pela Funai e inicia-se a 1ª etapa, ou seja, o início da fase de *“Identificação e delimitação”*), até que sobrevenha alteração legislativa da Lei 14.701/2023;

d) dos §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei 14.701/2023, considerando-se de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes não indígenas até que sejam declarados os limites da demarcação pelo Ministro da Justiça (portaria de declaração);

e) do art. 13 da Lei 14.701/2023, mantendo-se o que decidido no item VIII do tema 1.031 da RG, assegurando ao particular que tiver sido alcançado pelo redimensionamento da delimitação anterior, em qualquer circunstância, o direito à indenização na forma do item V do tema 1.031 da RG;

f) sem redução de texto, do art. 14 da Lei 14.701/2023, estabelecendo

interpretação conforme à Constituição no sentido de que os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos devem ser adequados à Lei 14.701/2023, ressalvados os atos administrativos praticados anteriormente à sua vigência;

g) sem redução de texto, dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei 14.701/2023, procedendo à interpretação conforme à Constituição, aplicando a norma unicamente quando o ato de transferência do domínio indígena **não** guarde correlação com o reconhecimento da tradicionalidade ou instituição de reserva indígena, ainda que sob forma substitutiva, compensatória ou complementar daquela tradicionalidade, a exemplo das reservas, dos parques e das colônias agrícolas indígenas constituídos nos termos da Lei 6.001/1973; das terras adquiridas pelas comunidades indígenas a título de compensação, doação ou permuta em substituição à perda do usufruto exclusivo das terras indígenas demarcadas e reservadas; e das terras indígenas dominiais, assim declaradas no regime anterior à Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973), situações nas quais serão aplicáveis ao regime do art. 231 da CF;

h) do parágrafo único do art. 20 da Lei 14.701/2023, bem ainda procedendo à interpretação conforme à Constituição ao art. 20, *caput*, e ao art. 22 da Lei 14.701/2023, para assentar a necessidade de haver expressa motivação, com base no postulado da proporcionalidade, da presença, no ato administrativo, de fundamentos fáticos que amparem a interferência estatal no uso e gozo da posse coletiva indígena e assegurado o direito de consulta prévia, livre e informada às comunidades indígenas envolvidas;

i) do art. 23, *caput* e seu § 1º, bem ainda da expressão “*nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor*”, constante do § 2º do art. 23, possibilitando que ocorra o trânsito de visitantes e pesquisadores em áreas indígenas nas seguintes hipóteses: (a) por particulares, desde que autorizados pela comunidade indígena; (b) por agentes públicos justificadamente a serviço de um dos entes federativos; (c) pelos responsáveis pela prestação dos serviços públicos ou pela realização, manutenção ou instalação de obras e equipamentos públicos; (d) por

pesquisadores autorizados pela Funai e pela comunidade indígena; (e) por pessoas em trânsito, em caso de existência de rodovias ou outros meios públicos de passagem ou (f) para desenvolvimento de turismo em terras indígenas, desde que: (f.1) seja organizado pela própria comunidade indígena, devendo ser permitida a celebração de contratos para a captação de investimentos de terceiros; e (f.2) respeitada a autodeterminação dos indígenas;

j) sem redução de texto, dos arts. 26 e 27 da Lei 14.701/2023 mediante interpretação conforme à Constituição, no sentido de que se sobressaem constitucionais e convencionais desde que condicionados à circunstância de que os resultados de tais atividades sejam voltados à obtenção de benefícios para toda a comunidade indígena;

k) da expressão “*em 5 de outubro de 1988*”, presente nas alterações procedidas no art. 2º, IX, da Lei 4.132/1962 e no art. 2º, IX, da Lei 6.001/1973, pelos arts. 31 e 32 da Lei 14.701/2023;

6.3) declaração de inconstitucionalidade por omissão quanto ao art. 67 do ADCT, conferindo prazo de até 60 (sessenta) dias aos Poderes Públicos para que cumpram todas as determinações contidas na integralidade das disposições contidas no tópico 5 deste voto. Registro, **de forma expressa, que elas são transitórias, para fins de superação da omissão inconstitucional quanto ao art. 67 do ADCT, e persistirão até que sobrevenha lei formal e material do Parlamento Federal; e**

6.4) declaro prejudicados os agravos interpostos em face das decisões monocráticas anteriores.

É como voto.