

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 7.586 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
REQTE.(S)	: PARTIDO DEMOCRATICO TRABALHISTA
ADV.(A/S)	: NARA LOUREIRO CYSNEIROS SAMPAIO E OUTRO(A/S)
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
ADV.(A/S)	: JULES MICHELET PEREIRA QUEIROZ E SILVA
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO JUIZES PARA A DEMOCRACIA
ADV.(A/S)	: DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
AM. CURIAE.	: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL - ISA
ADV.(A/S)	: JULIANA DE PAULA BATISTA
AM. CURIAE.	: CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA - CTI
ADV.(A/S)	: ALUISIO LADEIRA AZANHA
AM. CURIAE.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - DPU
ADV.(A/S)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de voto conjunto nas ações de controle de constitucionalidade ADC n.º 87, ADI n.º 7.582, ADI n.º 7.583 e ADI n.º 7.586, trazidas a julgamento sob a relatoria do e. Ministro Gilmar Mendes, mediante as quais discute-se a higidez constitucional de dispositivos da Lei n.º 14.701, de 20 de outubro de 2023, que disciplina o art. 231 da Constituição da República, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas, bem assim, altera as Leis n.º 11.460, de 21 de março de 2007, n.º 4.132, de 10 de setembro de 1962, e n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

O e. Ministro Relator, à vista da causa de pedir aberta e da natureza

ADI 7586 / DF

dúplice ou ambivalente das ações de controle de constitucionalidade, e, ainda, da suscitada omissão inconstitucional quanto ao art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição da República de 1988, encaminha voto dividido, em síntese, nos seguintes tópicos: (i) jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e deste Supremo Tribunal Federal, notadamente a tese vinculante firmada no julgamento do Tema n.º 1.031 da repercussão geral; (ii) o trabalho da Comissão Especial instituída no âmbito dessas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (iii) análise de mérito das questões debatidas em todas as ações de controle concentrado de constitucionalidade ora apreciadas (ADC n.º 87, ADI n.º 7.582, ADI n.º 7.583 e ADI n.º 7.586); e (iv) o estabelecimento de determinações à União para suplantar a mora administrativa, concernente ao art. 67 do ADCT.

Ao final, S. Exa. conclui o voto nos termos a seguir transcritos:

“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 Públícos 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.”

Considerando a estrutura delineada pelo e. Ministro Relator, e a partir das premissas histórica e jurisprudencial constantes de seu bem-lançado voto, e, ainda, considerando os demais votos proferidos, peço vênia para manifestar respeitosa divergência em relação à interpretação de alguns dispositivos da Lei n.º 14.701/2023.

Com efeito, observo que o voto de S. Exa., o e. Ministro Relator, está ancorado em pressupostos, circunstâncias e diagnósticos alcançados no profuso debate conduzido pela Comissão Especial, cujos trabalhos foram orientados ao estabelecimento de pontos conflitivos e de consensos acerca das medidas administrativas e propostas legislativas. Nesse cenário, foram realizadas diversas audiências de contextualização e diálogos, dos quais emergiram muitos dos pontos apresentados pelo i. Relator.

É louvável a iniciativa de promover diálogo e escuta a fim de buscar propostas de soluções que efetivamente possam dar conta da complexidade de visões que permeiam esse debate. É serôdio atribuir

ADI 7586 / DF

concretude ao direito das comunidades indígenas de verem reconhecidos e assegurados os direitos enunciados no art. 231 da Constituição Federal.

A par disso, transcorridos mais de dois anos do julgamento presencial do RE n.º 1.017.365, paradigma do Tema n.º 1.031 da Repercussão Geral, na assentada de 27.09.2023, foi concluída a apreciação do mérito do recurso extraordinário, resultante em tese vinculante composta de treze itens, em precedente qualificado assim ementado:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DEFINIÇÃO DO ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES DE POSSE DAS ÁREAS DE TRADICIONAL OCUPAÇÃO INDÍGENA À LUZ DAS REGRAS DISPOSTAS NO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO NA PET 3.388. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDÍGENAS POSITIVADOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS. DEMARCAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA MERAMENTE DECLARATÓRIA DO DIREITO ORIGINÁRIO DOS ÍNDIOS. POSSE INDÍGENA. HABITAT. DISTINÇÃO DA POSSE CIVIL. MARCO TEMPORAL. INSUBSISTÊNCIA. LAUDO ANTROPOLÓGICO. DEMONSTRAÇÃO DA TRADICIONALIDADE DA

OCUPAÇÃO INDÍGENA. REDIMENSIONAMENTO DA TERRA INDÍGENA. POSSIBILIDADE SE DESCUMPRIDO O ARTIGO 231. POSSE PERMANENTE E USUFRUTO EXCLUSIVO. NULIDADE DOS TÍTULOS PARTICULARES INCIDENTES EM TERRA INDÍGENA. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DA POSSE INDÍGENA E DA PROTEÇÃO AMBIENTAL. AÇÕES POSSESSÓRIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. A Constituição de 1988 rompe com um paradigma assimilacionista, que pretendia a progressiva integração do indígena à sociedade nacional, a fim de que deixasse paulatinamente sua condição, para um paradigma de reconhecimento e incentivo ao pluralismo sociocultural e ao direito de existir como indígena.

2. Os direitos dos povos indígenas referentes à posse das terras tradicionais pelas Comunidades Indígenas, mesmo com o grande avanço que a Carta Constitucional de 1988 representou, ainda se encontram pendentes de concretização, a envolver a sobrevivência de pessoas, comunidades, etnias, línguas e modos de vida que compõem, à sua maneira, a pluralidade inerente à sociedade brasileira.

3. É possível que esta Corte promova o aperfeiçoamento do julgado na Pet 3.388, uma vez que o próprio Tribunal admitiu que as condicionantes ali fixadas não foram conformadas como representativas de precedente,

a vincular de modo obrigatório as instâncias jurisdicionais inferiores, bem como espalhar seus efeitos de forma automática à Administração Pública na análise dos processos demarcatórios.

4. Ao reconhecer aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas, anteparo em face de maiorias eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso.

5. O texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais originários dos indígenas, que lhe preeexistem, logo, o procedimento administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver da comunidade.

6. A posse indígena espelha o habitat de uma comunidade, a desaguar na própria formação da identidade, à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, distinguindo-se da posse civil, de feição marcadamente econômica e mercantil.

7. A tradicionalidade da ocupação indígena abrange as áreas 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 à sua reprodução física e cultural, nos termos do § 1º do artigo 231, sempre segundo os usos, costumes e tradição da comunidade.

8. As terras de ocupação tradicional indígena foram objeto de tutela legal desde a colônia e pelas Constituições desde a Lei Magna de 1934, razão pela qual não se justifica normativamente que a Constituição de 1988 constitua termo para verificação dos direitos originários dos índios, pois ausente fratura protetiva em relação à tutela de seus direitos territoriais, a autorizar a apropriação particular dessas áreas.

9. 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 e da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

10. A tradicionalidade da posse indígena refere-se ao modo de ocupação da terra, de acordo com os costumes, usos e tradições da comunidade, demonstrada por meio de trabalho técnico antropológico, a levantar as características históricas, etnográficas, sociológicas e ambientais da ocupação, para determinar se há ou não o cumprimento do disposto no artigo 231, § 1º do texto constitucional.

11. 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 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.

12. As terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas destinam-se à sua posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, rios e lagos, como desdobramentos da posse qualificada exercida em área de domínio da União, afetada à manutenção do modo de vida comunitário.

13. As terras indígenas configuram-se como *res extra commercium*, em respeito à natureza pública e afetada à manutenção do bem-estar indígena, razão pela qual, nos termos do § 4º do artigo 231 do texto constitucional, são inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

14. A cadeia dominial ou possessória de determinada área não impede a realização de procedimento demarcatório, diante da existência de direito originário à posse das terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do § 6º do artigo

231.

15. 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.

16. Há compatibilidade constitucional da dupla afetação da área como terra indígena e como de proteção ambiental, assegurando-se às comunidades o exercício dos direitos originários de acordo com seus usos, costumes e tradições.

17. Nas ações possessórias em que conflitem o direito à posse civil, compreendida como expressão dos poderes proprietários, e o direito constitucional indígena à posse das

terras tradicionalmente ocupadas, deve-se aferir a presença dos elementos caracterizadores da posse indígena, bem como aplicar ao litígio, de caráter coletivo, o disposto no artigo 536 do Código de Processo Civil.

18. Recurso extraordinário provido, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral:

"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 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, Tribunal Pleno, de minha relatoria, j. 27.09.2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 14.02.2024 PUBLIC 15.02.2024).”

Faço esse registro para demonstrar a importância desse julgamento histórico, e do trabalho hercúleo desta Corte Constitucional para desvelar

a adequada hermenêutica dos direitos constitucionais indígenas – notadamente, aqueles cristalizados no art. 231 da CR/1988 –, perpassando a complexa conciliação entre essas garantias fundamentais e a proteção da segurança jurídica daqueles que detém, de boa-fé, título advindo dos entes públicos, na medida das possibilidades desenhadas pelo legislador constituinte.

No paradigma, este Supremo Tribunal Federal atuou no legítimo campo de sua função contramajoritária, na concretização da melhor exegese quanto à proteção dos direitos fundamentais de uma minoria, no caso, os povos indígenas, historicamente vulnerabilizados ao longo da construção do Estado e da sociedade brasileira. Dessarte, o sobredito julgamento não consubstancia, em absoluto, a usurpação da função legislativa ou a indevida imisão jurisdicional na lídima atuação de outro Poder, mas, em verdade, espelha o legítimo agir desta Corte Constitucional, no âmago de sua função típica e ínsita ao papel a ela confiado no Estado de Direito Democrático.

Nessa moldura, as teses concertadas naquela oportunidade, ao tempo em que preservaram o respeito ao desenho constitucional, garantiram aos povos indígenas a demarcação de suas terras, e a conseguinte fruição da dignidade humana a eles assegurada pela Constituição da República de 1988 e por diversos tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, após séculos de exploração, desumanização e negativa de direitos fundamentais.

Lado outro, da detida análise dos motivos da legislação ora em apreciação, depreende-se que a Lei n.º 14.701/2023 consiste em rigoroso

espelho do entendimento firmado nesta Corte Constitucional por ocasião do julgamento da Pet. n.º 3.388 (Tribunal Pleno, Rel. Ministro Carlos Britto, j. 19.03.2009), além de representar pronta reação à interpretação do art. 231 da CR/1988, levada a efeito – repise-se, de forma legítima – no RE n.º 1.017.365.

Malgrado isso, no exame do Tema n.º 1.031 da repercussão geral, buscou-se evidenciar as razões pelas quais este Tribunal, passada mais de uma década do julgamento da Pet. n.º 3.388, consignada a ausência de efeito vinculante da decisão e à vista da premência de aperfeiçoamento desse julgado, fruto do não refreamento do panorama de conflitos nas terras ocupadas por comunidades indígenas, revisitou a controvérsia atinente à existência de um marco temporal definidor da tradicionalidade territorial, acolhendo, por maioria de votos, a doutrina do indigenato, segundo a qual o direito da população indígena às suas terras deflui de uma titulação congênita, decorrente do direito natural, na esteira do item III da tese fixada no Tema n.º 1.031 da repercussão geral, *verbis*:

“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”.

O voto do Ministro Relator, nas ações de controle em tela, muito

bem ponderou os mais diversos aspectos controversos da constitucionalidade da Lei n.º 14.701/23. Não por outra razão, não obstante algumas divergências, as convergências devem ser reconhecidas de início.

Nessa esteira, acompanho o eminente Relator na extensão em que fundamenta o afastamento do marco temporal, nos moldes do **item 4.1** de seu voto, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “na data da promulgação da Constituição Federal”, do *caput* do art. 4º, bem assim, da redação dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei n.º 14.701/2023. Acompanho Sua Excelência, ainda, quanto aos **itens 4.6 e 4.7**, nos quais, respectivamente: *(i)* declara a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei n.º 14.701/2023, por contrariedade ao disposto nos arts. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, e 231 da Constituição da República; e *(ii)* confere interpretação conforme ao art. 14 da Lei n.º 14.701/2023, a fim de estabelecer que os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos devem ser adequados à nova lei, ressalvados os atos administrativos praticados anteriormente à sua vigência.

Outrossim, há ainda convergência quanto ao **item 4.8** no que toca à constitucionalidade do *caput* do art. 18 da Lei n.º 14.701/2023 e à interpretação conforme à Constituição dada aos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo, nos termos do voto do e. Ministro Relator, “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.”

Acompanho o bem-lançado voto também em relação ao **item 4.10**, por reconhecer que a redação do ora questionado art. 29 da Lei n.º 14.701/2023 é, de fato, idêntica ao entendimento de Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento da Pet. n.º 3.388, Rel. Ministro Ayres Britto, aspecto acerca do qual não houve alteração por ocasião do exame do Tema n.º 1.031 da repercussão geral.

Concluindo este segmento de convergências em relação ao voto do e. Min. Relator, estou aderindo ao que ficou consignado no **item 4.11**, atinente à declaração da inconstitucionalidade da expressão “em 5 de outubro de 1988”, estampadas nas alterações procedidas, mediante os arts. 31 e 32 da Lei n.º 14.701/2023, no art. 2º, IX, da Lei n.º 4.132/1962, e no art. 2º, IX, da Lei n.º 6.001/1973.

Por outro lado, sem olvidar do minudente trabalhado levado a efeito na condução das já mencionadas rodadas e discussões, as quais guardam fartos subsídios técnicos e esclarecimentos político-jurídicos, considero imprescindível a análise das disposições da legislação que, potencialmente, conflitam com a hermenêutica erigida por esta Corte, no concernente ao regime possessório das terras indígenas, cristalizado no art. 231 da Constituição da República.

Assim, peço vênia ao Eminent Relator para apresentar respeitosa divergência em relação aos pontos que passo a expor.

1. A jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e as obrigações sequenciais

Como bem aponta o e. Relator, a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos conta com inúmeros e relevantes precedentes envolvendo povos e comunidades tradicionais, a partir dos quais se desenvolveu um sólido entendimento voltado a garantir a dignidade em concreto a esses grupos, pelo reconhecimento e aplicação das variadas dimensões de direitos humanos a eles assegurados – direito ao reconhecimento e ao território, direitos socioculturais, direitos socioambientais, dentre outros.

Partindo da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca dos direitos territoriais dos povos originários, o Relator identifica um sistema de obrigações sequenciais destinado ao cumprimento do dever estatal de adotar as medidas cabíveis para demarcação de terras reivindicadas por comunidades indígenas, consistente incialmente nas seguintes etapas: *(i)* identificação e delimitação do território tradicional ocupado ou pleiteado; *(ii)* avaliação da disponibilidade das terras; e *(iii)* demarcação do território tradicionalmente ocupado pelas comunidades indígenas.

Ainda como parte dessas obrigações sequenciais, e com esteio na exegese conferida ao art. 16.4 do Convênio 169 da OIT e na jurisprudência consolidada da CIDH, aponta-se que nos casos concretos em que não fosse possível a demarcação e a titulação dos territórios tradicionais, admitir-se-ia a disponibilização de terras alternativas, pelo Estado, em substituição àquelas de ocupação tradicional ou, subsidiariamente, a reparação por meio de indenização pecuniária, quando a coletividade interessada assim prefira.

Nessa linha interpretativa, haveria uma relativização da obrigação estatal de restituir ou demarcar os territórios ancestrais dos povos indígenas *“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 Yakyé Axa vs. Paraguai. Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentença de 17 de junho de 2005. Serie C Nº. 125, par. 148-149).

Conquanto o e. Relator reconheça tratar-se de medida excepcional e subsidiária, a exigir razões objetivas e fundamentadas acerca da inviabilidade fática de se proceder à regularização, S. Exa. refere à possibilidade de realização de *“um exame de proporcionalidade para examinar a viabilidade de restringir o direito à propriedade dos terceiros em prol dos direitos territoriais dos povos indígenas”*.

Com efeito, consoante o decidido pela Corte Interamericana no Caso "Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai," à vista

de conflitos de interesses sobre a área em questão, a decisão acerca da substituição do território tradicionalmente ocupado por terras alternativa deve ser feita casuisticamente, levando-se em conta a legalidade, a necessidade, a proporcionalidade, a utilidade pública e o interesse social. Transcrevo, por oportuno, excerto da manifestação da CIDH:

“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. [...]”

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.”

Em síntese, conforme a interpretação proposta, nos casos em que haja conflito fundiário e que a resolução não seja possível pela demarcação tradicional, e desde que presentes critérios objetivos baseados na utilidade pública ou interesse social, admite-se, a possibilidade de que o Estado ofereça a reserva de áreas alternativas,

ADI 7586 / DF

diversas das tradicionalmente ocupadas, ou a indenização pecuniária.

Peço vênia para manifestar posição diversa em relação à construção apresentada. Em minha compreensão, na ordem constitucional vigente não é dado ao Estado brasileiro a possibilidade de avaliar a necessidade e proporcionalidade da expropriação de terras indígenas, isso porque todos esses critérios contam com presunção a favor do direito indígena aos seus territórios e para serem dele afastados é imprescindível e excepcional prova da impossibilidade fática de sua garantia. Nesse sentido:

"Quando os povos indígenas lutam pela demarcação do seu território, na verdade eles estão lutando pelo direito de existir, não de sobreviver. Porque para sobreviver basta um pedacinho de terra. O indígena vê a terra como um conjunto. O que seria para as pessoas ter muita terra, é dar sentido para o estar no mundo. Terra para a gente é parte da gente. O indígena olha para a terra não como um objeto a ser negociado, mas algo que faz parte de si. Faz parte da sua própria existência"

(MUNDURUKU, D., 2018)

A Constituição da República assegura aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, as quais, em regra, demandam para a sua vivência o exercício em território específico ao qual originalmente se vincula.

ADI 7586 / DF

Além disso, como também aponta o e. Ministro Gilmar Mendes, a questão já foi abordada durante o julgamento do Tema 1031 da repercussão geral. A meu ver, contudo, o entendimento a que o Plenário desta Suprema Corte chegou naquela ocasião sobre este ponto ostentava visão mais restritiva do que ora se apresenta. Assim restou assentado o item VII da tese:

“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);”

Naquela ocasião, o i. Ministro Dias Toffoli, autor da proposta, assim asseverou (eDOC 2055, p. 974):

“Item 7: é dever da União efetivar o procedimento demarcatório das terras indígenas, sendo admitida a formação de áreas reservadas. O que este item 7 quer dizer? Naquelas hipóteses em que é impossível devolver a área para

a comunidade indígena, há a possibilidade de formação de áreas reservadas, o que é previsto no Estatuto do Índio. Então, o que eu digo aqui? 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. Isso está ocorrendo concretamente hoje entre o Ministério dos Povos Indígenas e o Estado do Rio Grande do Sul. Foi citado aqui que essa discussão está em andamento junto com a comunidade indígena envolvida. Isso são questões que estão colocadas na Convenção nº 169 da OIT, que é lei em nosso país, porque é um tratado internalizado. Um decreto legislativo e um decreto presidencial internalizaram essa convenção em nosso país."

O citado artigo 16 da Convenção 169 da OIT assim preconiza:

"Artigo 16

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

2. Quando, excepcionalmente, o translado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o translado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu translado e reassentamento.

4. Quando o retomo 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

prefiram receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

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

A remissão ao disposto no artigo 16.4 da Convenção 169 da OIT é explícita no texto do item VII. No entanto, o artigo 16 do citado documento deve ser interpretado em sua integralidade, o que significa que a impossibilidade de retorno dos povos indígenas às suas terras é o **último recurso** no sentido de proteção dessas comunidades, sendo assegurado o retorno às áreas tradicionais assim que as causas que motivaram seu reassentamento cessarem.

Essa interpretação está em consonância com o que dispõe o §5º do artigo 231 do texto constitucional, o qual prevê: “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”.

Nesse sentido, a absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação **não pode ser compreendida como inconveniência ou inoportunidade a juízo do Poder Público, ou preferência pelos interesses particulares em detrimento dos interesses**

dos indígenas, ou mesmo dificuldades impostas pela consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas em caso de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

É como compreendo a conjugação entre o disposto no artigo 231, §5º, da Constituição Federal e o conteúdo do artigo 16 da Convenção 169 da OIT, ambos a embasar o conteúdo do item VII da Tese de repercussão geral.

Observo que no julgamento do Tema 1031 da sistemática de repercussão geral a absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação assumiu natureza de *ultima ratio*, lógica que deve ser preservada no presente julgamento.

Ao se admitir a adoção de tal medida sempre que não for 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*”, corre-se o risco de que à titulação/concessão de território alternativo e a indenização pecuniária se atribua status de procedimento ordinário, ainda que subsidiário, como se constituísse etapa administrativa a ser aventada como uma das obrigações sequenciais à disposição do Estado brasileiro.

Nos termos expressamente adotados pelo Plenário, a formação de áreas reservadas deriva da impossibilidade de concretização de mandamento constitucional, o que seria suficiente para afastar qualquer interpretação ampliativa acerca de sua adoção. Por se tratar de medida que restringe o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas - direito fundamental -, a interpretação adequada à sua aplicação deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas

constitucionais.

Ainda que o ordenamento nacional conte com a previsão legal da modalidade de áreas reservadas na Lei 6.001/1973 e, mais recentemente, na Lei 14.701/2023, objeto do presente julgamento, a partir de uma filtragem constitucional é forçoso reconhecer que o modelo adotado pelo constituinte originário é o do direito coletivo originário aos territórios tradicionalmente ocupados, o que engloba não apenas o direito à área em si mas também “à sua organização social específica, costumes, línguas, crenças, tradições que se desenvolvem sobre as terras que tradicionalmente ocupam (...) onde são impressas as digitais históricas de seus distintos modos de vida (art. 231), já dissolvendo a clássica dicotomia entre natureza e cultura, ao assumir o território tradicional e o meio ambiente como expressão de cultura” (PACKER, L. A. Construção do cadastro ambiental rural para povos e comunidades tradicionais à luz das leis internacionais e nacionais incidentes sobre os PCTs. Parecer jurídico para a Agência Alemã de Cooperação Internacional (Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit – GIZ) e o Consórcio GITEC Consult GmbH/GITEC Brasil/Necxus/IEB, no âmbito do GT CAR PCTs. Rio de Janeiro, dez. 2018).

Essa premissa constitucional possui grande impacto na aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana aos direitos dos indígenas brasileiros. Ainda que se admita que a diretriz jurisprudencial da CIDH em questão não é excepcional, sua adoção deve se dar sempre em cotejo com o ordenamento constitucional de cada Estado-membro.

O status de proteção oferecido pela Constituição Federal de 1988 às

terras indígenas é substancialmente mais robusto, e diverso, daquele adotado por outros países. Como bem aponta o Ministério dos Povos Indígenas, em alguns dos casos citados pelo i. Relator, o direito nacional submete as terras indígenas ao regime de direito privado, ainda que se reconheça a propriedade coletiva.

Ainda que a jurisprudência da CIDH preconize que o direito dos povos indígenas à propriedade coletiva sobre seus territórios tradicionais não é absoluto e comporta restrições, na ordem constitucional brasileira vigente sua proteção prevalece sobre o direito à posse ou à ocupação dessas terras por não indígenas.

Essa previsão está consubstanciada no § 6º do artigo 231 da Constituição da República, cominando-se nulidade e inoponibilidade aos títulos de domínio que tenham por objeto terras reconhecidas pelo texto constitucional como de tradicional ocupação indígena.

Cumpre rememorar que já restou assentado por esta Corte que a posse indígena em nosso ordenamento difere frontalmente da posse civil, não sendo, portanto, regulada pela legislação privatista vigente, mas sim pelas previsões constitucionais configuradoras do direito territorial indígena. No caso das terras indígenas, a função econômica da terra se liga à conservação das condições de sobrevivência e do modo de vida indígena, mas não funciona como mercadoria para essas comunidades, a posse indígena deságua na própria formação da identidade das comunidades, e não se qualifica como mera aquisição do direito ao uso da terra. Como descreve Edílson Vitorelli:

“A posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial.”

(VITORELLI, Edílson. Estatuto do Índio: Lei 6.001/1973. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 189)

Como fiz constar do voto que proferi na qualidade de Relator no julgamento do Tema 1031 da repercussão geral (RE 1.017.365), a terra para os indígenas não tem valor comercial, como no sentido privado de posse. Trata-se de uma relação de identidade, espiritualidade e de existência, sendo possível afirmar que não há comunidade indígena sem terra, num ponto de vista étnico e cultural, inerente ao próprio reconhecimento dessas comunidades como povos tradicionais e específicos em relação à sociedade envolvente.

Cada povo indígena possui uma relação com o território que ocupa, e o disposto no artigo 231 do texto constitucional abarca, em meu sentir, toda essa pluralidade de relações de um povo indígena com sua terra, com a natureza de onde retira seu alimento, onde realiza a sua arte, e onde, enfim, todos os aspectos culturais e sagrados da comunidade se desenvolvem. Para além da tutela possessória, a Constituição Federal de

1988 atribui também proteção especial ao modo de ser e viver indígena, ao colocar sob específica garantia sua cultura e identidade, além de assegurar o modo tradicional de ocupação das terras.

É justamente por isso que no caso brasileiro a concessão de território alternativo é medida última, que frustra em ampla medida o cumprimento da promessa constitucional de reconhecer o direito coletivo destes sujeitos em existir como povo, com seu modo de vida culturalmente distinto

A reserva de área distinta daquela tradicionalmente ocupada não deve ser aventada como solução plausível para acomodação de interesses fundiários diversos. É dever do Estado brasileiro remover os obstáculos que impeçam a desintrusão de território indígena, cujo cumprimento não pode depender de juízos casuísticos e tampouco da adoção de critérios vagos como proporcionalidade, utilidade pública e interesse social, facilmente capturáveis por interesses políticos e econômicos.

Pelas mesmas razões, em meu sentir, nos excepcionais casos em que se constatar a absoluta impossibilidade de concretização da ordem de demarcação, forçando a reserva de áreas específicas alternativas, quem deve fazê-lo é a FUNAI, órgão competente para realização e prosseguimento do processo demarcatório, ouvidas as comunidades indígenas atingidas e no interesse desses povos afetados, e não em eventuais facilidades para não indígenas ou para o Poder Público.

Ao propor as balizas para decisão sobre as obrigações sequenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no item 5.3 de seu voto, o e. Min. Relator propõe orientação, em meu entender, que difere desta posição:

“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) (...).

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.”

Com efeito, operou-se, em grande extensão, o *overruling* das razões que fundamentaram o julgamento da Pet 3388 (caso Raposa Serra do Sol), por força da evolução dos parâmetros interpretativos da Corte ao longo do tempo sobre a matéria, que, a meu ver, não devem ser agora revertidos, sob pena de

retrocesso social.

Pelas razões acima transcritas e considerando que o artigo 231 da CF determinou a imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade das terras de ocupação tradicional, além da vedação à remoção das comunidades indígenas, concluo que o regime constitucional é mais protetivo que a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana nos termos da atividade interpretativa proposta pelo e. Relator.

Oportuno rememorar que os tratados de direitos humanos, como o é a Convenção 169 da OIT, que embasa a jurisprudência da CIDH, têm natureza constitucional, na linha da cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, da CRFB. Essa afirmação, ao implicar uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar. Noutras palavras, não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões.

A aplicação conjunta, portanto, do complexo normativo que trata da matéria, inclusive no caso de conflitos de norma, deve levar em conta o princípio interpretativo *pro homine*, na linha trazida pelo artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em sua dimensão que dispõe pela prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo.

Cito, sobre o tema, o e. Ministro Celso de Mello, referenciado pelo professor André de Carvalho Ramos:

“Para o min. Celso de Mello, os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um critério hermenêutico básico (tal como aquele proclamado o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extraír a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs (...) (HC 91.361. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009) (RAMOS, A. de C. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105-106).”

Relevante, ainda, observar que a Opinião Consultiva Consultiva nº

32/2025 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intitulada “Emergência Climática e Direitos Humanos”, que tratou, basicamente, de ampliar o alcance das obrigações estatais frente à emergência climática, reposicionou o papel dos direitos territoriais indígenas nesse cenário. É aqui plenamente aplicável, portanto, a chamada regra da interpretação evolutiva, tal como disposta no artigo 31, 3, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aprovada pelo Decreto Legislativo 496/2009 e Promulgada pelo Decreto nº 7.030/2009 da Presidência da República.

Finalmente, deixo consignado, por importante, que a compreensão aqui esposada em nada diminui a devida deferência do Estado brasileiro aos órgãos e orientações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, tampouco, a relevância da jurisprudência da CIDH, que deve ser lida da maneira mais consentânea com os direitos que visa proteger. Pelo contrário. No presente caso, uma leitura à luz da Constituição Federal apenas pode conduzir à compreensão de prevalecer um sistema mais protetivo ao regime da posse indígena imemorial.

Assim, com a devida vênia às posições contrárias, comprehendo, que a partir de uma interpretação teleológica e sistemática do bloco de constitucionalidade, a titulação/concessão de território alternativo e a indenização pecuniária não devem ser parte das obrigações sequenciais do Estado brasileiro, convertidas em medidas alternativas à demarcação.

2. Análise da constitucionalidade dos artigos impugnados da Lei 14.701/23

2.1. Acompanho os termos da divergência parcial formulada pelo Ministro Flávio Dino

Assento, inicialmente, que adiro à divergência parcial lançada pelo Eminente Ministro Flávio Dino em relação aos artigos 10, 23, §§ 1º e 2º e 26, § 2º da Lei 14.701/2023, na interpretação que se lhes confere Sua Excelência.

A extensão aos peritos, antropólogos e outros profissionais especializados das razões de impedimento dispostas no Código de Processo Civil não atenta para as particularidades inerentes à atuação destes profissionais na condução do processo demarcatório. No mais, faço uma referência ao parecer da i. Procuradoria-Geral da República:

“Por fim, no tocante ao art. 10 da Lei n. 14.701/2023, que prevê a incidência das hipóteses de suspeição e impedimento estabelecidas no Código de Processo Civil, é importante ressaltar que a atuação do profissional da antropologia, em especial no âmbito do procedimento demarcatório de terra indígena, tem caráter distinto da atuação dos demais agentes públicos englobados pelo art. 148 do CPC.

Como visto, o trabalho é de campo, sendo inerente ao ofício o estabelecimento de relações interpessoais. A execução e o sucesso do trabalho dependem do aprofundamento dessas relações e da confiança

estabelecida entre o profissional e a comunidade indígena e seus integrantes, coletiva e individualmente. Daí a impropriedade de se adotar como parâmetro de controle de isenção no ofício hipóteses criadas pelo legislador processual civil para a regulamentação de situação e contexto diversos, em que não se admite convivência e a proximidade entre o agente público e a parte que possa conduzir a alguma intimidade.

O art. 10 da Lei n. 14.701/2023 inviabiliza os estudos antropológicos, uma vez que não mais se admitirá esse modo de atuação — sob pena de nulidade por imparcialidade —, em prejuízo do próprio reconhecimento dos direitos dos indígenas preceituados no art. 231 da Constituição.”

(sem grifos no original)

Assim, acompanho à divergência parcial lançada pelo Eminentíssimo Senhor Ministro Flávio Dino em relação aos artigos 10, nos termos de seu voto, e aproveito para rememorar a centralidade do laudo antropológico, bem como do saber antropológico que ficou consignado no item IX do Tema 1.031 (cf. 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)

No tocante ao art. 23, partilho também da compreensão do Ministro

Flávio Dino quanto à necessidade de a posse indígena ostentar hierarquia superior à das decisões de funcionários administrativos. É a comunidade quem deve estipular, em última instância, as regras quanto à presença de visitantes e pesquisadores em seus territórios.

Por fim, no que diz respeito ao art. 26, é legítima a preocupação quanto à flexibilização da regra que impede o exercício de atividades econômico por não indígenas nas áreas protegidas. É preciso dar interpretação conforme ao dispositivo para, nas palavras do e. Min. Flávio Dino considerarmos *“imprescindível a observância das regras, conforme apontado, e respeitar os direitos indígenas. Entre estes se inclui o de participar ou não das atividades econômicas. O que não se admite é que os povos indígenas sejam ignorados no processo decisório, em uma espécie de “atropelo” via fatos consumados ou que sejam participantes subalternos de projetos privados em seus territórios.”*

Passo aos demais pontos na apreciação da constitucionalidade do diploma impugnado.

2.2. Inconstitucionalidade formal

Os seguintes artigos da Lei nº 14.701/2023 veiculam matéria reservada à lei complementar:

Art. 20. (...) 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. 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. 24. (...)

§ 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

As disposições acima citadas violam o disposto no § 6º do artigo 231, que exige, para restrição do usufruto indígena em razão de relevante interesse da União, a edição de lei complementar:

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

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

Esta Corte já decidiu acerca da constitucionalidade formal em casos semelhantes:

“EMENTA CONSTITUCIONAL E
ADMINISTRATIVO. LEIS ESTADUAIS. ALTERAÇÃO
SUBSTANCIAL E REVOGAÇÃO DE PARTE DAS NORMAS
IMPUGNADAS. PREJUÍZO PARCIAL. LEIS ORDINÁRIAS
E LEIS COMPLEMENTARES. AUSÊNCIA DE
HIERARQUIA. DIFERENÇA QUANTO À NATUREZA.
PRECEDENTE. ORGANIZAÇÃO E ESTATUTO DO

MINISTÉRIO PÚBLICO. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE TOMAR COMO COMPLEMENTAR LEI SURGIDA PELO PROCEDIMENTO DE LEI ORDINÁRIA, AINDA QUE APROVADA POR MAIORIA ABSOLUTA. INTEGRAÇÃO DE MEMBRO DO PARQUET EM COMISSÃO DE SINDICÂNCIA OU PROCESSO ADMINISTRATIVO ALHEIO À INSTITUIÇÃO. AUTORIZAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, OUVIDO O CONSELHO SUPERIOR. INCOMPATIBILIDADE DA CONDIÇÃO COM OS ARTS. 128, § 5º, II, "D", E 129, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Lei n. 12.796/2007 alterou substancialmente o art. 4º-A, V, e revogou o art. 26, § 5º, IV, da Lei n. 6.536/1973, na redação dada pelas Leis n. 11.722/2002 e 11.723/2002, todas do Estado do Rio Grande do Sul, a ensejar o prejuízo parcial da ação.

2. (...) 5. **A opção política do poder constituinte originário de criar um procedimento legislativo diferenciado para a edição de leis complementares acarreta distinção sobretudo no tocante à necessidade de debate aprofundado da matéria, por intermédio de ampla articulação político-institucional, de forma a alcançar-se entendimento mais permanente, em respeito e deferência ao pluralismo, à complexidade e ao dinamismo da sociedade brasileira.** Revela-se imprópria, desse modo, a atribuição de status de lei complementar às Leis n. 11.722/2002 e 11.723/2002 do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que, a despeito de o quórum qualificado ter sido

alcançado, a normas foram editadas já na vigência da Constituição de 1988. (...) (ADI 3194, Relator(a): NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 13-11-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJeS/n DIVULG 07-12-2023 PUBLIC 11-12-2023) Assim, há inconstitucionalidade formal dos seguintes artigos da Lei 14701/2023: artigos 20, parágrafo único; 22; 24, §3º; e 25.

Assim, a violação a reserva de lei complementar é insanável, razão pela qual há se reconhecer a inconstitucionalidade formal dos seguintes artigos da Lei 14701/2023: artigos 20, parágrafo único; 22; 24, §3º; e 25.

2.3. Processo Administrativo Demarcatório

A legislação ora em análise introduziu uma série de fases ao processo administrativo demarcatório, que alongam e complexificam o procedimento, além de interferir na forma de produção e manifestação do conhecimento pelos povos indígenas interessados na demarcação da área. Faço alusão aos seguintes dispositivos:

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

§ 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.

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.

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.

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)

Em apertada síntese, a lei ora em análise retira valor probatório às informações orais prestadas no processo, obriga a FUNAI a intimar Estados, Municípios e todas as comunidades interessadas antes do início dos trabalhos demarcatórios, os quais podem intervir no processo desde

ADI 7586 / DF

o início do procedimento, além de estabelecer regras de impedimento e suspeição aos antropólogos, peritos e demais profissionais especializados que atuem no processo.

Na síntese sobre esse assunto, a i. Procuradoria-Geral da República assim dispôs:

“A Lei n. 14.701/2023, nos dispositivos mencionados, apresenta alguns empecilhos à finalização do procedimento em tempo adequado.

A participação obrigatória, na demarcação, de todas as comunidades diretamente interessadas (art. 5º, caput e parágrafo único), além dos “demais interessados na demarcação”, nos termos genéricos previstos no art. 6º, demandará da Administração Pública a identificação de todos esses atores e a criação de mecanismos para a sua localização e intimação, sob pena de ulterior nulidade. A garantia “aos interessados na demarcação” do contraditório e da ampla defesa em todas as fases do procedimento desde os estudos preliminares é causa de dificuldade na execução do trabalho antropológico e de embaraço ao avanço, no tempo, do procedimento.”

(sem grifos no original)

Vale dizer que é salutar o trabalho do legislador para positivar normas que privilegiem o contraditório de qualquer procedimento

administrativo. Porém, a valorização desse direito não pode inviabilizar o procedimento demarcatório.

Referidas regras complexificam o alongado procedimento demarcatório, uma vez que a participação dos entes federados e de eventuais interessados já é assegurada pelo instrumento normativo vigente, apenas sem a necessidade de levantamento prévio e notificação compulsória de todos os ocupantes, possuidores e proprietários das áreas – o que pelo regime anteriormente vigente ocorria no momento do levantamento fundiário – levando a dificuldades por vezes intransponíveis para o transcurso do processo de demarcação.

Vale trazer aqui as contribuições do e. Min. Luís Roberto Barroso quando dos debates para a fixação do item IX do Tema 1.031 (p. 1016 do RE 1.017.365/SC):

“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 - e aí houve um acréscimo, que antes não havia - e observado o devido processo administrativo.

O devido processo administrativo, na minha visão, é o instituído pelo Decreto nº 1.775, que o Supremo validou como constitucional. Eu tenho um medo, mas se todos concordarem expressamente em excluirmos a interpretação de que isso significa ter que ouvir todos os interessados,

porque, veja, numa demarcação, às vezes, tem uma área que foi invadida, tem cinco mil grileiros. Não tem como ouvir os cinco mil grileiros. Então o devido processo administrativo é o do decreto. Aí eu estou de acordo. Mas se for um devido processo administrativo em que tem que ouvir todos os interessados, eu sou radicalmente contra, porque não tem como funcionar”

(sem grifos no original)

Como dito acima, já existem normas de procedimento previstas nos regulamentos atuais, em especial o Decreto n. 1.775/1996 e a Portaria n. 2.498/2011 do Ministério da Justiça, com regras, dentre outras, específicas sobre a participação de Estados e Municípios.

No mais, quanto ao parecer antropológico, impedir que a principal forma de transmissão de conhecimentos e memória pelas comunidades tenha valor probante parece desrespeitar cabalmente a garantia do pluralismo étnico e cultural que o texto constitucional assegura.

Trago à baila o parecer do e. Procurador-Geral da República (p. 49-51) sobre o saber antropológico e a impossibilidade de se compatibilizar, por vezes, com a exigência de registros documentais estranhos àquela disciplina:

“Há impacto, ainda, no trabalho antropológico, que é base do procedimento demarcatório. A fase de estudos preliminares, dirigida à averiguação da presença dos

elementos que caracterizam determinada terra como indígena, é etapa de que participam os profissionais técnicos especializados e os indígenas envolvidos. **O trabalho é de campo, no interior das terras ocupadas por indígenas, e tem natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, coordenados por antropólogo, com a utilização do método etnográfico, que consiste em coleta de dados baseada na observação e no contato intersubjetivo entre o antropólogo e o objeto do estudo.** É próprio do ofício o estabelecimento de relações interpessoais. Essa forma de atuação garante a obtenção das informações necessárias ao desenvolvimento e à conclusão do trabalho. **A possibilidade de participação e de interferência, nessa etapa, de pessoas não habilitadas ao exercício do trabalho antropológico, para além do que já permitido pelo Decreto n. 1.775/1996, é empecilho à realização do ofício, assim como o é condicionar o efeito probatório das informações orais mencionadas ou obtidas no curso do procedimento demarcatório ao seu fornecimento em audiências públicas ou ao seu registro eletrônico em áudio e vídeo.**

Essas exigências contidas na Lei n. 14.701/2023, além de serem causa de prolongamento injustificado do procedimento, colidem com a autonomia dos profissionais envolvidos e com o agir antropológico e são capazes de afastar a presença e a colaboração dos indígenas afetados que, em determinadas demarcações, podem rejeitar contato com terceiros e rechaçar que seus modos de vida, usos,

costumes e tradições sejam registrados em áudio ou em vídeo

(...)

Atualmente já é assegurado, a todos os interessados, o acesso às conclusões do laudo antropológico e o direito de contraditá-lo, nos termos do §8º do art. 2º do Decreto n. 1.775/1996.

(...)

O art. 4º, § 7º, da Lei n. 14.701/2023 exige, ainda, a transcrição em vernáculo das informações orais reproduzidas ou mencionadas nos procedimentos demarcatórios, para terem efeitos probatórios. Diante do art. 231, caput, da Constituição, que prevê expressamente o reconhecimento, pelo Estado brasileiro, da organização social, dos costumes, das tradições e das línguas dos indígenas, não se pode negar, porém, o caráter probatório das informações orais reproduzidas ou mencionadas em idiomas indígenas."

(sem grifos no original)

Finalmente, na linha do já esposado pelo Ministro Flávio Dino, a previsão de que os profissionais que atuam nesses processos administrativos se submetam às regras do processo civil pode inviabilizar as demarcações, na medida em que a apresentação de trabalhos anteriores, de formas de conexão com as comunidades, mostra-se essencial para a realização dos trabalhos.

Esta Corte já reconheceu a constitucionalidade do Decreto que regulamenta os processos demarcatórios (RMS 24.045). Evidentemente, nada impede que a matéria seja tratada por meio de lei, contudo, sob pena de desrespeito aos princípios constitucionais da duração razoável dos processos e da eficiência, não é possível a inclusão injustificada de fases que levam à paralisação desses procedimentos, o que contraria, inclusive, o reconhecimento dos direitos indígenas como direitos fundamentais.

As disposições colidem com o seguinte item da Tese fixada no Tema 1031:

“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”

Pelo exposto, divirjo respeitosamente do e. Relator quanto ao ponto para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º, §7º, e dos arts. 5º e 6º da Lei n. 14.701/2023, como um todo.

2.4. Da indenização e direito de retenção

Aqui, mais uma vez acompanho, com ressalva, Sua Excelência o Ministro Relator. Em seu voto ficou consignado o seguinte:

“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 constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei 14.701/2023.”

Os dispositivos a seguir listados regulam as indenizações devidas aos ocupantes das terras reconhecidas como indígenas:

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.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada.

As disposições estabelecem, como regra, a indenização plena de quaisquer ocupantes das terras indígenas, proíbem a limitação de uso e gozo das áreas até a finalização dos processos administrativo demarcatórios, asseguram direito de retenção em todos os casos, além de instituir o requisito de justo título para a indenizabilidade da propriedade ou posse por eventual ato ilícito do Poder Público. Os artigos citados colidem frontalmente com o disposto no §6º do artigo 231 da Constituição da República:

“§ 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.”

Aqui, no meu entender, também considero inconstitucional formal e materialmente o caput do art. 9º, e materialmente, o caput do art. 11 da Lei 14.701/23, e remeto ao parecer bem lançado da i. PGR sobre a inconstitucionalidade formal:

“A ocupação de territórios indígenas e a exploração das riquezas neles situadas por terceiros não indígenas é viável em hipóteses excepcionais, quando houver relevante interesse público da União e Lei n. 14.701/2023 que disciplinam, sem respaldo em lei complementar, a ocupação, o domínio, a posse e a exploração de terras indígenas e das riquezas nelas presentes por terceiros não indígenas.

Padecem de inconstitucionalidade formal, os arts. 9º, caput, 20, parágrafo único, 22, 24, § 3º, 25 e 26, § 2º, da Lei n. 14.701/2023. (p. 39)”

A i. Procuradoria-Geral da República ainda consigna que (pp. 58-60, e com grifos nossos):

“A literalidade do caput do art. 9º possibilita a permanência de posseiros em geral de boa-fé ou não nas

terras em disputa, para além da etapa do procedimento em que declaradas como de ocupação tradicional indígena, após a validação do relatório circunstanciado de delimitação da terra indígena pelo Presidente da FUNAI e por portaria do Ministro da Justiça.

A permissão contraria a natureza meramente declaratória da demarcação, reconhecida e reafirmada pelo STF no Tema n. 1.031 RG, ao assentar que o “texto constitucional reconhece a existência dos direitos territoriais originários dos indígenas, que lhe preexistem, logo, o procedimento administrativo demarcatório não constitui a terra indígena, mas apenas declara que a área é de ocupação pelo modo de viver da comunidade.

(...)

De outro lado, **por não fazer distinção quanto ao tipo de posse ou ocupação permitida nesse período, o caput do art. 9º legitima a livre atuação de invasores até a conclusão do procedimento, com a possibilidade, inclusive, de promoverem benfeitorias que deverão ser posteriormente indenizadas, uma vez caracterizadas como de boa-fé pelo § 1º.**

A norma legal presume a boa-fé do ocupante que realizar benfeitorias até a finalização do procedimento, sem exigir comprovação da natureza da ocupação. Há extração da norma do § 6º do art. 231, que prevê como uma excepcionalidade a indenização pela nulidade de atos

de ocupação, posse e domínio de terras indígenas, que é devida apenas “quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”

(...)

Não há amparo (legal, constitucional ou jurisprudencial) para a validação de indenização fora desses moldes.”

A compreensão que aqui estou a sustentar, vai ao encontro daquela que depreendi ser a posição do Plenário por ocasião do julgamento do Tema 1031 da Repercussão Geral.

Na ocasião do julgamento do RE 1.017.365, a Corte compreendeu, para a pacificação dos conflitos potenciais com ocupantes de boa-fé, estabelecer a possibilidade excepcional de indenização e do direito de retenção, em caso de impossibilidade de reassentamento, se no processo administrativo demarcatório não ficar demonstrada a presença da comunidade indígena na data da promulgação da Constituição ou de renitente esbulho (demonstrado por quaisquer circunstâncias, de acordo com as tradições do povo indígena considerado).

Portanto, a previsão de indenização plena de quaisquer ocupantes, sem limitação temporal, por ter o condão de eternizar esses conflitos, e de legitimar a ocupação ilegal das terras indígenas, dada a possibilidade de futura reparação financeira pela perda da terra, além de conflitar com a redação do texto constitucional, afronta os itens I, III, IV, V e VI da Tese fixada no Tema 1031.

A título de complementação necessária ao tratar dessa etapa de indenizações aos particulares, debrucemo-nos sobre a questão do direito de retenção. Afinal, foi este um dos temas centrais que pautaram as preocupações da Comissão Especial, conforme a descrição de medidas que auxiliariam o enfrentamento das causas de conflitos no campo, in “5) *Garantia do direito à retenção até que ocorra o pagamento administrativo incontroverso ou emissão do precatório;*” (p. 200 e ss.). São compreensíveis as indagações a respeito desse direito aos particulares que ocupam terras indígenas, inclusive diante da constatação da natureza meramente declaratória do processo demarcatório, a asseverar que os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam não são constituídos pela demarcação.

Conforme restou assentado no julgamento de mérito levado a efeito na definição do Tema 1.031 de Repercussão Geral, esta Corte intentou uma solução que assegura a integralidade dos direitos territoriais indígenas, mas reconhece responsabilidade aos entes públicos que indevidamente titularam terras como se devolutas fossem.

Dessa forma, como ficou exposto no item V da Repercussão Geral, em caso de impossibilidade de reassentamento dos particulares que indevidamente ocupam a área - hipótese essa já prevista pela regulamentação do procedimento demarcatório ora vigente - aos ocupantes não indígenas de boa-fé e portadores de justo título, se ausente a comunidade da área ao tempo da Constituição e ausente o renitente esbulho, será devido o pagamento de indenização pela terra nua, **com direito de retenção até o pagamento da parcela incontroversa.** Resta, portanto, saber qual seria essa parcela incontroversa que, por sua vez,

fundamentaria esse direito de retenção.

Para que reste nítido, e como premissa fundamental, na ocasião daquele julgamento, o fundamento da indenização acima descrita está disposta no artigo 37, §6º da Constituição, e não o §6º do artigo 231.

É, portanto, medida destinada, na compreensão majoritária da Corte, a assegurar segurança jurídica também àqueles que legitimamente confiaram no Poder Público, mas que veem sua pretensão convertida em perdas e danos, mas não no direito de ocupar a terra indígena.

Com efeito, **valor incontroverso é aquele encontrado pela própria União no bojo dos levantamentos fundiários realizados no processo demarcatório, administrativamente.**

Nesse sentido, é pertinente a citação de trecho dos debates sobre a Tese (p. 1014-105, com grifos nossos):

“A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) - Alguma outra manifestação?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu tenho, Presidente. Eu tenho embargos de declaração, digamos assim. Dois pontos que eu gostaria de ter claro. No item 5, eu gostaria que... não precisa mexer na redação desde que todos tenham a concordância de que o sentido é esse. Na parte final, onde se fala assim, vou ler a frase toda: paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário e processado em autos apartados do procedimento de demarcação, com o pagamento imediato da

parte incontroversa.

Na linha do que havíamos conversado, a parte incontroversa é o depósito feito pelo poder público e levantado pelo particular.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR)

- É disso que se trata.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -

Então todos - para ficar documentado no acórdão - estamos de acordo de que é esse o significado?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER

(PRESIDENTE) - Esse é o sentido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -

Perfeito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER

(PRESIDENTE) - Eu, inclusive, também questionei.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO -

Perfeito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Pleno

acordo."

Assim, frise-se que por valor incontroverso, para os fins do disposto no item V da Tese de repercussão geral, **compreende-se o montante encontrado administrativamente pela União, e depositado pelo Poder Público, à disposição do particular.**

Qualquer questionamento acerca desse montante, deverá ser realizado em autos separados, **e sem direito à retenção**. Não há que se falar, portanto, em direito de retenção até a conclusão do processo demarcatório, e muito menos em ausência de restrição ao direito de uso e gozo do particular, conforme disciplina o art. 9, caput da Lei 14.701/2023.

Em relação ao caput do art. 11, também é o momento de se apresentar a ressalva. Remeto mais uma vez ao parecer da e. PGR:

“O art. 11, por sua vez, deixa de fazer expressa referência à boa fé. No caput, a ausência é explícita; no parágrafo único, o legislador utiliza-se de expressão “posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada” comprovada”, também sem identificar a necessidade da boa-fé. O texto legal possibilita interpretação no sentido de que, mesmo sem comprovação de boa-fé, o particular terá direito à indenização pela terra nua e benfeitorias. **Se aplicado em conjunto com o caput do art. 9º, que assegura o direito de permanência de não indígenas na terra e a realização de benfeitorias indenizáveis até a finalização do procedimento demarcatório, vê-se garantido na lei o direito de indenização a qualquer não indígena, de boa-fé ou não, que haja ingressado na terra a qualquer momento, mesmo quando já reconhecida a tradicionalidade da ocupação indígena, desde que “antes de concluído o procedimento demarcatório” demarcatório”.**

No art. 11, caput e parágrafo único, da Lei n. 14.701/2023, há ampliação inválida das hipóteses de indenização do art. 231, § 6º, e de modo incompatível com o que estabelecido pelo STF.”

Assim, acompanho o relator quanto às inconstitucionalidades dos §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei 14.701/2023, e apresento a ressalva para também declarar inconstitucional ambos os artigos 9º, caput, e 11, caput, da Lei em questão.

2.5. Do procedimento de consulta aos povos indígenas

Os seguintes artigos da lei impugnada violam a exigência constitucional e convencional de consulta prévia, livre e informada das comunidades indígenas:

Art. 20. (...)

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.

De fato, dada a recepção constitucional da Convenção 169 da OIT, não se mostra possível afastar a necessidade de oitiva das comunidades indígenas envolvidas, ou de suas entidades representativas ao menos, nas situações acima narradas:

“Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos

os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas."

Aqui, filio-me à posição do e. Min. Relator, em especial às conclusões constantes no **item 4.9** de seu voto em relação ao direito à consulta, mas com duas ressalvas. Sua Excelência afirma que "*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.*" (com grifos do original).

As duas ressalvas estão relacionadas à obtenção de consentimento. A primeira delas se dá em relação à necessidade de obtenção de consentimento para grandes empreendimentos, a Corte

Interamericana de Direitos Humanos assentou que há o “direito a ser consultado e, se for o caso, a obrigação de obtenção de consentimento” como, por exemplo ficou assentado no Caso do *Povo Saramaka Vs. Suriname*, Sentença de 28 de novembro de 2007, para os casos de grandes empreendimentos que gerem impacto no territórios (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) (cf. p. 42 e ss., in <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/cc1a1e511769096f84fb5effe768fe8c.pdf>):

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.

A segunda ressalva, se dá justamente nas hipóteses excepcionalíssimas que envolverem **traslado e reassentamento** de comunidades que foram absolutamente impossibilitadas de ocuparem as suas terras tradicionais, ou seja, em situações concretas nas quais restou-se impossibilitada a concretização da ordem constitucional de demarcação (item VII do Tema 1.031).

Conforme disciplina do art. 16.2 da Convenção 169/OIT, cf. Dec. Nº 10.088/2019, se faz necessária obtenção do consentimento dessas comunidades, conforme prescreve o art. 16.2.: “Quando, excepcionalmente, o translado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o translado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.”

Portanto, mais uma vez registro que estou acompanhando a interpretação que o e. Min. Relator conferiu aos dispositivos impugnados no que toca ao direito à consulta prévia, livre e informada, com a ressalva da necessidade da obtenção de consentimento para as hipóteses de grandes empreendimentos que possam afetar os territórios de comunidades indígenas, e para as hipóteses de translado e reassentamento, conforme art. 16.2 da Convenção 169/OIT, internalizada pelo Decreto nº 10.088/2019.

3.Da omissão constitucional relacionada ao art. 67 do ADCT e da homologação e envio do produto final da Comissão Especial

O artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fruto de redação originária da Constituição da República, dispõe:

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

O e. Ministro Relator reconhece a existência de omissão dos Poderes Públicos no cumprimento do mandamento constitucional contido no art. 67 do ADCT.

Com efeito, decorrido mais de 37 anos desde a promulgação da Constituição, a demarcação das terras indígenas não foi ultimada. Como bem destacado pelo Relator:

“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.”

Como já asseverei, a abertura de extensa e profícua ambiência dialógica pelo Ministro Relator possibilitou a identificação de diversos fatores que podem constituir entraves à plena efetividade dos direitos em

discussão. A preocupação em se conferir efetividade ao comando constitucional é consistente e relevante.

O caráter cogente dos direitos fundamentais impõe que exista um esforço cooperativo de todo o Estado brasileiro, por partes dos agentes políticos e públicos, no sentido de concretizar e potencializar a eficácia das normas constitucionais, notadamente quando se trata de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, como é o caso da gramática de direitos que se extrai do artigo 231 da Constituição da República de 1988.

Nesse caso, os trabalhos da Comissão Especial tiveram o mérito inegável de instar o Poder Público e diversos atores envolvidos a identificar os entraves existentes à finalização dos procedimentos demarcatórios. A União, inclusive, apresentou um plano transitório para fins de pagamento dos valores a título de indenização, que não foi homologado pelo Exmo. Relator

Sem formular juízo quanto ao teor do Plano apresentado, há movimentos concretos realizados pelo Poder Público com vistas a impulsionar os procedimentos, notadamente em face do incentivo levado a efeito justamente pelo caminhar das discussões havidas no âmbito da Comissão Especial.

Uma vez não homologado o Plano de Transição apresentado pela União, em decorrência de falta de consenso na Comissão Especial, Sua Excelência busca colmatar a mora do art. 67 do ADCT com determinações transitórias até que sobrevenha lei formal e material do Parlamento Federal. E o faz, em especial no **item 5.4.**, instituindo-se regras de “Processo administrativo, inclusive a etapa de pagamento de indenização e demais pontos debatidos na Comissão Especial”.

Acompanho o e. Relator quanto ao reconhecimento do descumprimento do prazo prescrito pelo art. 67 do ADCT, a qual imputa dever inescusável à União federal.

Não obstante, **divirjo do e. Relator** quanto as suas consequências. Em decisões recentes (ADOs 67, 74, 20 63, 85) esta Corte vem adotando o prazo de 18 a 24 meses para a adoção de providências ou para a edição do ato normativo que vise suprir a omissão constitucional. Todavia, entendo que diante do significativo lapso temporal, caracterizador da omissão, e da relevância dos direitos fundamentais vulnerados, é prudente e razoável a adoção do prazo menor.

Por isso acompanho as razões lançadas pelo e. Ministro Flávio Dino, para fixar prazo de 180 dias para que os Poderes Públicos apresentem um Plano para reverter o quadro existente **de proteção deficiente, no que toca às demarcações de terras indígenas pendentes de concretização**, bem como para que veiculem todas as providências necessárias, incluindo a adequação de normas de procedimento, no sentido de otimizar as demarcações de terras indígenas.

Por derradeiro, em consonância com a linha argumentativa anteriormente delineada, e sem descurar da elevada qualidade técnica do labor desenvolvido pela Comissão Especial, bem como do notável e hercúleo esforço de sistematização empreendido pelo Eminentíssimo Relator, entendo que a temática analisada nestes autos não configura hipótese de iniciativa legislativa, por este Supremo Tribunal Federal, prevista nos artigos 93 e 96, inciso II, da Constituição da República, razão pela qual não adiro ou homologo os termos da proposta apresentada.

4. Conclusão do voto

Com essas considerações, e renovando meu reconhecimento pelo esforço sistematizador e pelo percutiente e profundo voto que vem de Proferir Sua excelência o Relator, apresento respeitosa divergência para:

- a. Aderindo à fundamentação do Ministro Flávio Dino, declarar inconstitucionais os artigos 10, 23, §§1º e 2º e 26, §2º da Lei 14.701/2023, na interpretação que se lhes confere Sua Excelência.
- b. Declarar a inconstitucionalidade formal dos artigos 20, parágrafo único; 22; 24, §3º; e 25 da Lei 14701/2023.
- c. Declarar a inconstitucionalidade material dos artigos 4º, §7º; 5º; 6º; 9º, caput e §§ 1º e 2º; 11, caput e parágrafo único, todos da Lei nº 14.701/2023.
- d. Quanto às previsões de direito de oitiva dos povos indígenas, acompanhar a interpretação que o e. Min. Relator conferiu ao direito à consulta prévia, livre e informada, com a ressalva da necessidade da obtenção de consentimento para as hipóteses de grandes empreendimentos que possam afetar os territórios de comunidades indígenas, e para as hipóteses de traslado e reassentamento, conforme art. 16.2 da Convenção 169/OIT, internalizada pelo Decreto nº 10.088/2019.
- e. Reconhecer a existência de omissão inconstitucional em relação ao

ADI 7586 / DF

art. 67 do ADCT e assinalar prazo de 180 dias para que o Poder Público apresente Plano para reverter o quadro existente de demarcações de terras indígenas pendentes de concretização.

Em relação aos demais pontos, acompanho o voto proferido pelo Excelentíssimo Relator com as considerações constantes deste voto.

É como voto.