



17997400



08027.000354/2022-81



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
GABINETE DO MINISTRO**

OFÍCIO Nº 1137/2022/AFEPAR/MJ

Brasília, 11 de maio de 2022.

A Sua Excelência o Senhor
Senador Irajá
Primeiro Secretário
Senado Federal

Assunto: Requerimento de Informação Parlamentar (RQS) nº 1.159 de 2020, de autoria do Senador Paulo Rocha

Referência: **Ofício nº 151 (SF)**

Senhor Primeiro Secretário,

1. Com meus cordiais cumprimentos, reporto-me ao Requerimento de Informação Parlamentar (RQS) nº 1153/2020, de autoria do Senador Paulo Rocha (PT/PA), para encaminhar a Vossa Excelência informações *"sobre processos de demarcações de terra indígenas que aguardam portarias declaratórias ou decretos de homologação"*, nos termos da documentação anexa.

Atenciosamente,

ANDERSON GUSTAVO TORRES

Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública



Documento assinado eletronicamente por **ANDERSON GUSTAVO TORRES, Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública**, em 11/05/2022, às 20:33, com fundamento no § 3º do art. 4º do Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **17997400** e o código CRC **C1718D3D**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

ANEXOS

1. OFÍCIO Nº 561/2022/PRES/FUNAI (17997136);
2. Informação Técnica nº 68/2022/CODAN/CGID/DPT-FUNAI (17997155);
3. Anexo - FASES DO PROCESSO DEMARCATÓRIO (SEI nº 4036082) (17997214);
4. Anexo - Parecer GMF-05 PARECER 001-2017 (SEI nº 4036072) (17997235);
5. Anexo - Parecer _n._00763_2020_CONJUR_MJSP_CGU_AGU (SEI nº 4036076) (17997271);
6. Anexo - Pauta -stf-primeiro-semester 2022 (SEI nº 4036075) (17997288);
7. Anexo - Acórdão PET 3388_RR (SEI nº 4036078) (17997323);
8. Anexo - REPERCUSSÃO GERAL 1.017.365 (SEI nº 4036074) (17997385).

Referência: Caso responda este Ofício, indicar expressamente o Processo nº 08027.000354/2022-81 SEI nº 17997400

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Ed. Sede, 4º Andar, Sala 408 - Bairro Zona Cívico-Administrativa,
Brasília/DF, CEP 70064-900

Telefone: [\(61\) 2025-9001](tel:6120259001) Site: - www.justica.gov.br



4108272

08027.000354/2022-81



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO
PRESIDÊNCIA

OFÍCIO Nº 561/2022/PRES/FUNAI

Brasília, data da assinatura eletrônica.

Ao Senhor

LUCAS ALVES DE LIMA BARROS DE GÓES

Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Federativos e Parlamentares

Ministério da Justiça e Segurança Pública

Esplanada dos Ministérios, Bloco T, Ed. Sede

70064-900, Brasília/DF

Assunto: Requerimento de Informação Parlamentar (RQS) nº 1153/2020, de autoria do Senador Paulo Rocha (PT/PA).

Referência: Caso responda este Ofício, indicar expressamente o Processo nº 08027.000354/2022-81.

Senhor Chefe de Assessoria,

1. Cumprimendo-o, trata-se do Ofício nº 877/2022/AFEPAR/MJ que encaminha para conhecimento e manifestação, o Requerimento de Informação Parlamentar (RQS) nº 1153/2020 (17751019), de autoria do Senador Paulo Rocha (PT/PA), que por seu turno solicita informações sobre processos de demarcações de terra indígenas que aguardam portarias declaratórias ou decretos de homologação.
2. Ato contínuo, os autos foram encaminhados para área técnica, razão pela qual restou lavrada a **Informação Técnica 68** (anexo).
3. Necessário ressaltar que devido ao grande volume de dados a serem tratados e compilados, os quais aguardam manifestação de instâncias distintas no âmbito da FUNAI, será necessário a confecção de informação técnica complementar, a qual já está em processamento e será encaminhada com a brevidade que o caso requer. Ademais, considerando que o processo demarcatório ostenta natureza de ato administrativo complexo com atuação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, especialmente na 3ª fase da marcha processual, **recomenda-se que as informações prestadas pela FUNAI sejam analisadas e complementadas no que couber.**
4. Era o que cabia na ocasião, a Funai permanece à disposição para outros esclarecimentos que se façam necessários.

Anexos:

I - Informação Técnica 68 (SEI n. 4092001)

Atenciosamente,

(Assinado Eletronicamente)
ELISABETE RIBEIRO ALCÂNTARA LOPES
Presidente Substituta



Documento assinado eletronicamente por **Elisabete Ribeiro Alcântara Lopes, Presidente Substituto(a)**, em 10/05/2022, às 20:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site:

[http://sei.funai.gov.br/sei/controlador_externo.php?](http://sei.funai.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](http://sei.funai.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **4108272** e o código CRC **E6FBACE5**.

Referência: Caso responda este Ofício, indicar expressamente o Processo nº 08027.000354/2022-81

SEI nº 4108272

SCS, Quadra 9, Torre B, Ed. Parque Cidade Corporate
CEP: 70308-200 - Brasília-DF
Telefone: (61) 3247-6004- <http://www.funai.gov.br>



4092001

08027.000354/2022-81

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO

Informação Técnica nº 68/2022/CODAN/CGID/DPT-FUNAI

Na data da assinatura digital.

Ao Senhor Coordenador-Geral de Identificação e Delimitação

**Assunto: Requerimento de Informação Parlamentar (RQS) nº 1153/2020 -
Informações sobre processos de demarcações de terra indígenas que aguardam portarias declaratórias ou decretos de homologação.****RELATÓRIO**

1. Trata-se do Despacho Nº 512/2022/AFEPAR (4029579), relativo ao envio do Ofício nº 877/2022/AFEPAR/MJ (17751208), juntamente com o Requerimento RQS 1153/2020 (17751019), de autoria do Senador Paulo Rocha (PT/PA), o qual solicita informações sobre processos de demarcações de terra indígenas que aguardam portarias declaratórias ou decretos de homologação.
2. O referido requerimento foi apresentado no Plenário da Câmara dos Deputados, em 22/06/2020, assim ementado:
Informações ao Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública sobre processos de demarcações de terra indígenas que aguardam portarias declaratórias ou decretos de homologação. (destaquei)
3. Conforme narrado, as questões levantadas pelo Parlamentar são as seguintes:
 - a) descrição comprobatória dos últimos três despachos internos contidos em cada processo, com suas respectivas datas e responsáveis, assim como a conclusão técnica dos mesmos despachos, indicações e inconsistências jurídicas ou constitucionais contidos nos processos das áreas citadas neste requerimento;
 - b) quais análises técnicas estão sendo realizadas no corpo processual;
 - c) quais motivações jurídicas incidem em sua eventual necessidade de análise;
 - d) quais prazos estabelecidos para conclusão de eventuais análises;
 - e) havendo pareceres demonstrando inconsistências técnicas, constitucionais ou necessidade de ajustes jurídicos, solicita-se cópia dos referidos pareceres e incongruências processuais de cada área.
4. Extrai-se do Ofício nº 877/2022/AFEPAR/MJ (17751208):
[...] Solicitamos, na eventualidade de a informação requerida seja de natureza sigilosa, seja enviada também cópia da decisão de classificação proferida pela autoridade competente, ou termo equivalente, contendo todos os elementos elencados no art. 28 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), ou, caso se trate de outras hipóteses legais de sigilo, seja mencionado expressamente o dispositivo legal que fundamenta o sigilo.
Considerando o teor do requerimento e em obediência ao princípio da celeridade processual, solicito a gentileza de retornar o presente processo à AFEPAR/MJSP até o dia 25 de abril de 2022, com as informações e os esclarecimentos pertinentes. [...]
5. Cabe esclarecer que a demanda foi direcionada inicialmente ao MJSP, cabendo a este setor técnico prestar as informações de sua competência que, posteriormente, serão ratificadas e/ou complementada pelas instâncias superiores. Nesse passo, a presente informação tange somente aos aspectos técnicos de competência regimental desta Coordenação de Delimitação e Análise, logo as informações aqui lançadas estão condicionadas regimentalmente à aprovação e/ou complementação superior da Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação - CGID, Diretoria de Proteção Territorial - DPT e da Presidência da FUNAI.
6. Nesse passo, cabe informar o que se segue:

DAS FASES DO PROCESSO DEMARCATÓRIO

7. Para contextualização e melhor compreensão dos dados que serão apresentados, mister esclarecer as fases do procedimento demarcatório de Terras Indígenas, nos termos do Decreto nº 1775/1996:
8. **Primeira fase: Estudo** - São áreas em fase inicial dos procedimentos demarcatórios. Nesta fase são formados, por Portaria do Presidente da FUNAI, os Grupos Técnicos (GTs) que irão realizar os estudos antropológicos, históricos, ambientais, cartográficos, e outros, necessários à identificação e delimitação ou revisão de limites, nos termos do art. 2º; ^[1]
9. **Segunda fase: Delimitação** - São área cujos estudos de identificação e delimitação foram aprovados pela FUNAI. Esta fase inicia-se com aprovação da conclusão do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (ou revisão) - RCID da área indígena, através de Despacho do Presidente da FUNAI, abrindo prazo do contraditório administrativo ^[2], a partir da publicação do resumo do relatório do DOU e DOE, nos termos do art. 2º §9; ^[3]
10. **Terceira fase: Declaração** - Esta fase inicia-se com a expedição de Portaria Declaratória pelo Ministro de Estado da Justiça, nos termos do § 10 do art. 2º ^[4]. Em seguida ocorre a abertura de Edital para demarcação física da área indígena ^[5] ^[6], bem como a realização do levantamento fundiário e de avaliação de benfeitorias de boa-fé ^[7] (Art. 231, 6º CF88).
11. **Quarta fase: Homologação** - Esta fase inicia-se com a assinatura do Presidente da República do Decreto de Homologação da demarcação da Terra Indígena, ratificando a Portaria Declaratória expedida pelo Ministro da Justiça;
12. **Quinta fase: Regularização** - Fase final do procedimento administrativo de reconhecimento das terras indígenas. Registros efetivados nos Cartórios de Registro de Imóveis dos Municípios onde se localizam as Terras Indígenas e na Secretaria de Patrimônio da União.
13. Por último, importante mencionar acerca das áreas interditadas (art. 7º do Decreto nº 1775/96), *verbis*:
Art. 7º O órgão federal de assistência ao índio poderá, no exercício do poder de polícia previsto no inciso VII do art. 1º da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, disciplinar o ingresso e trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados, bem como tomar as providências necessárias à proteção aos índios.
14. São consideradas áreas interditadas aquelas necessárias à proteção de povos indígenas isolados mediante restrições de uso e ingresso de terceiros. O procedimento é realizado após edição de portaria do Presidente do FUNAI estabelecendo a área e duração da restrição. Frisa-se que elas não são propriamente

uma fase do processo demarcatório, mas sim uma condição que visa a proteção dos índios isolados e podem ser cumuladas com estudos multidisciplinares (fase 1º) com vistas ao levantamento de informações para regularização da área indígena.

15. **Frisa-se que as fases que estão no âmbito decisório da FUNAI são a primeira (estudo), a segunda (delimitação) e a edição de portarias de restrição de uso.**

16. Em complemento, segue resumo das fases no Anexo FASES DO PROCESSO DEMARCATÓRIO (SEI nº 4036082).

DA DELIMITAÇÃO DO PEDIDO

17. Esclarecidas quais são as fases do processo demarcatório, se torna possível delimitar quais são as áreas indígenas que se amoldam no objeto do pedido **RQS 1153/2020**, quais sejam, **Informações sobre processos de demarcações de terra indígenas que aguardam portarias declaratórias ou decretos de homologação.** Assim sendo, a presente informação técnica, buscará apresentar todos os processos demarcatórios que **i)** aguardam expedição de portaria declaratória - aqueles que se encontram na 2ª fase (áreas delimitadas) e todos os processos que **ii)** aguardam edição de decreto homologatório - aqueles que se encontram na 3ª fase (área declaradas).

18. Repisa-se: as únicas fases que estão no âmbito decisório da FUNAI são a primeira (estudo) e a segunda (delimitação).

DA IMPOSSIBILIDADE DO ENVIO DE DOCUMENTOS PREPARATÓRIOS

19. O presente tópico atendo o seguinte trecho do Ofício nº 877/2022/AFEPAR/MJ (17751208), *verbis*:

[...] Solicitamos, na eventualidade de a informação requerida seja de natureza sigilosa, seja enviada também cópia da decisão de classificação proferida pela autoridade competente, ou termo equivalente, contendo todos os elementos elencados no art. 28 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), ou, caso se trate de outras hipóteses legais de sigilo, seja mencionado expressamente o dispositivo legal que fundamenta o sigilo.

Considerando o teor do requerimento e em obediência ao princípio da celeridade processual, solicito a gentileza de retornar o presente processo à AFEPAR/MJSP até o dia 25 de abril de 2022, com as informações e os esclarecimentos pertinentes. [...]

20. Necessário esclarecer que os pedidos de detalhamento e fornecimento de documentos realizados pelo parlamentar estão protegidos pela LAI (lei de acesso à informação), vejamos os pedidos com os comentários técnicos em negrito e itálico:

a) descrição comprobatória dos últimos três despachos internos contidos em cada processo, com suas respectivas datas e responsáveis, assim como a conclusão técnica dos mesmos despachos, indicações e inconsistências jurídicas ou constitucionais contidos nos processos das áreas citadas neste requerimento;

O pedido versa sobre documentos preparatórios § 3º art. 7º da Lei nº 12.527/2011 (lei de acesso à informação), logo, no momento, não será possível o fornecimento dessas informações. Os documentos cujo acesso é público, foram anexados na presente informação técnica.

b) quais análises técnicas estão sendo realizadas no corpo processual;

Em decorrência do grande volume de dados e considerando que alguns processos tramitam em várias unidades da FUNAI, essas informações estão em processamento e serão encaminhadas tão forem conclusas.

c) quais motivações jurídicas incidem em sua eventual necessidade de análise;

Em tópico separado, serão informadas quais análises estão em andamento ou se há algum impedimento circunstancial ou jurídico para o avanço no processo demarcatório.

d) quais prazos estabelecidos para conclusão de eventuais análises;

Não é possível estabelecer prazos, considerando a inerente complexidade do processo demarcatório e ao fato que grande parte dos processos que não avançaram na marcha processual demarcatório em decorrência de decisão judicial. Nesse sentido, o andamento das ações judiciais incidentes em processos demarcatórios extrapolam a competência e poder decisório da FUNAI.

e) havendo pareceres demonstrando inconsistências técnicas, constitucionais ou necessidade de ajustes jurídicos, solicita-se cópia dos referidos pareceres e incongruências processuais de cada área.

O pedido versa sobre documentos preparatórios § 3º art. 7º da Lei nº 12.527/2011 (lei de acesso à informação), logo, no momento, não será possível o fornecimento dessas informações. Os documentos cujo acesso é público, foram anexados na presente informação técnica.

21. Conforme explanado, os questionamentos "a" e "e" configuram-se documentos preparatórios e estão protegidos até aprovação pelas instâncias superiores (no caso até expedição da portaria declaratória). Nesse sentido, no momento, a orientação é para não haver disponibilização para terceiros, tendo em vista que tratam de documentos que servirão de fundamento para futuro ato decisório da presidência deste órgão, quanto à remessa ao MJSP e do próprio MJSP que avaliará se o processo está apto para expedição de portaria declaratória ou remessa à Casa Civil com vistas à edição de decreto homologatória.

22. Essa situação está salvaguardada no § 3º art. 7º da Lei nº 12.527/2011 (lei de acesso à informação):

"o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizadas como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo".

23. Tal entendimento encontra-se em consonância com o exarado pelo Exmo. Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal na SL 767 que, *in verbis*, decidiu:

"Para a Funai, a restrição se dá amparada no § 3º do art. 7º da Lei 12.527/2011 (...) A razão para a restrição do acesso consiste, portanto, no fato de que tais documentos contêm informações e opiniões que ainda não foram aprovadas pela Presidência da Funai, circunstância indicativa de que não há garantia absoluta de que todas as proposições lá contidas serão adotadas pela deliberação final da autoridade máxima daquela fundação. Entendo que essa razão é suficiente para justificar a restrição de acesso àqueles documentos, dada a necessidade de preservar a atuação administrativa do órgão indigenista. Aplica-se, aqui, o inc. I do art. 155 do CPC."

Neste sentido, dado o caráter restrito do acesso ao processo, deve-se proceder com a devida cautela quanto à divulgação das informações constantes no mesmo, com a devida explicação às comunidades interessadas

24. Com efeito, o direito ao acesso à informação é a regra, todavia não é absoluto, devendo ser relativizado mediante informações cuja indisponibilidade, mesmo que transitória, se faz necessária.

25. **Ante o exposto, reafirma-se o entendimento de que os documentos produzidos nos processos inconclusos, pendentes de portaria declaratória e/ou decreto homologatório, encontram-se protegidos pela LAI. É certo que os documentos, cuja aprovação já foi realizada são públicos e o seu acesso será liberado.**

26. Em tempo, em que pese a não disponibilização dos documentos solicitados, a FUNAI prestará informações atualizadas sobre o andamento de cada processo demarcatório que se encontra inserido no objeto do pedido, ademais este setor técnico encontra-se à disposição para o envio de informações acerca de qualquer área que o parlamentar ou MJSP venha solicitar.

DA COMPLEXIDADE DO PROCESSO DEMARCATÓRIO

27. Trata-se de complemento ao §20 "d". Dessa forma, necessário esclarecer que a FUNAI obedece ao rito demarcatório imposto pela legislação vigente, eventual mora para conclusão do processo decorre da inerente complexidade da demarcação somada à fatores externos tais como a pendência do julgamento do RE 1017365 (Tema 1031) no STF.

28. Nesse sentido, informamos que o trabalho de demarcação de área indígena é ato administrativo complexo e depende da formação e participação de grupo de trabalho especializado, por intermédio do qual são realizados diversos estudos de natureza etnohistórica, antropológica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, necessários à comprovação de que a área a ser demarcada constitui terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, com proposta final encaminhada ao Ministro de Estado da Justiça para declaração da ocupação indígena, e, após, caso aprovada, submetida à homologação da Presidente da República. Após a homologação, com presunção "juris tantum", advindo nulidade dos títulos de propriedade, ainda deverá seguir-se a fase de regularização, com desocupação da área, inclusive reassentamento daqueles que se enquadrarem no perfil do Programa Nacional de Reforma Agrária (artigo 4º, do Decreto 1.775/96) e indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. Ou seja, o local pretendido somente poderá ser considerado área indígenas após homologação por Decreto Presidencial e nesse sentido pertinente lembrar que:

"Homologação: é ato administrativo de controle pelo qual a autoridade superior examina a legalidade e a conveniência de ato anterior da própria Administração, de outra entidade ou de particular, para dar-lhe eficácia. O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe. Como ato de simples controle, a homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida

por quem a praticou. O ato homologatório torna-se eficaz desde o momento da homologação, mas pode ter seus efeitos contidos por cláusula ou condição suspensiva do próprio ato ou da natureza do negócio jurídico que ele encerra". (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Malheiros, 2013, pág. 201) (g.n.).

LISTA DOS PROCESSOS DEMARCATÓRIOS COM RCID APROVADO (DELIMITADAS - 2ª FASE)

29. Conforme pesquisa realizada, atualmente constam na base de dados da FUNAI **45 áreas delimitadas** (2ª fase do processo demarcatório), as quais apresentam diferentes matizes de etnia e localidade, são elas:

Tabelas das Áreas Indígenas Delimitadas

Nº	Área Indígena	Etnia(s)
1	Amba Porã	Guarani Mbya
2	Apiaká do Pontal e Isolados	Apiaká Isolados
3	Barra Velha do Monte Pascoal	Pataxó
4	Boa Vista Sertão do Promirim	Guarani
5	Caxixó	Kaxixó
6	Cerco Grande	Guarani
7	Cobra Grande	Arapion
8	Comexatibá	Pataxó
9	Djaiko-Aty	Guarani Nhandeva
10	Dourados-Amambaipaguá I	Guarani
11	Guaviraty	Guarani Mbya
12	Herarekã Xetá	Xetá
13	Iguatemiagua I	Guarani Kaiowá
14	Jauary	Múra
15	Ka'aguy Hovy	Guarani
16	Ka'aguy Mirim	Guarani Mbya
17	Kanela Memortumré	Kanela
18	Maró	Arapion
19	Mato Castelhana	Kaingang
20	Mato Preto	Guarani
21	Menkü	Mynky
22	Nonoai	Guarani, Kaingang
23	Pakurity	Guarani Mbya
24	Panamby - Lagoa Rica	Guarani Kaiowá
25	Pankará da Serra do Arapuá	Pankará
26	Paukalirajausu	Nambikwára
27	Peguaoty	Guarani Mbya
28	Pindoty/Araçá-Mirim	Guarani Mbya
29	Pipipã	Aimore
30	Porquinhos dos Canela-Apãjekra	Kanela
31	Sambaqui	Guarani
32	Sawré Muybu (Pimental)	Mundurukú
33	Tapyi/Rio Branquinho	Guarani Mbya
34	Tekoha Jevy (Rio Pequeno)	Guarani
35	Tremembé de Almofala	Tremembé

36	Tumbalalá	Tumbalalá
37	Tupinambá de Belmonte	Tupinambá
38	Tupinambá de Olivença	Tupinambá
39	Tuwa Apekuokawera	Suruí de Rondônia
40	Vista Alegre	Múra
41	Votouro/Kandóia	Kaingang
42	Wassu-Cocal Reestudo	Wassú
43	Wedezé	Xavante
44	Xacriabá (reestudos)	Xacriabá
45	Ypoi/Triunfo	Guarani Nhandeva

30. Conforme informado no §20 "b", as informações complementares acerca do andamento processual das áreas delimitadas (análises técnicas ou procedimentos em andamento, processos judiciais incidentes) referente a cada área indígena estão em fase de processamento e serão encaminhadas tão logo forem conclusas.

LISTA DOS PROCESSOS DEMARCATÓRIOS COM PORTARIA DECLARATÓRIA (DECLARADAS - 3ª FASE)

31. Conforme pesquisa realizada, atualmente constam na base de dados da FUNAI **73 áreas declaradas** (3ª fase do processo demarcatório), as quais apresentam diferentes matizes de de etnia e localidade, são elas:

Tabelas das Áreas Indígenas Declaradas.

Nº	Área Indígena	Etnia(s)
1	Acapuri de Cima	Kokama
2	Aldeia Velha	Pataxó
3	Arara do Rio Amônia	Arara do Acre
4	Avá-Canoeiro	Ava-Canoeiro
5	Bacurizinho (reestudos)	Guajá
6	Batelão	Kaiabi
7	Boa Vista - PR	Kaingang
8	Bragança-Marituba	Mundurukú
9	Buriti	Terena
10	Cachoeirinha (reestudos)	Terena
11	Cacique Fontoura	Karajá
12	Cué Cué/ Marabitanas	Baré
13	Estação Parecis	Paresí
14	Guanabara	Kokama
15	Guarani de Águas Brancas	Guarani
16	Guarani de Araçai	Guarani
17	Guyraroká	Guarani Kaiowá
18	Ibirama-La Klânô (reestudos)	Guarani, Kaingang, Xokleng
19	Irapuá	Guarani
20	Itaóca	Guarani Mbya
21	Jaraguá	Guarani
22	Jatayvari	Guarani Kaiowá
23	Jurubaxi-téa	Arapáso, Baniwa, Baré, Desána, Kuripako, Nadéb, Piratapuya, Tariana, Tikúna, Tukano
24	Kariri-Xocó (reestudos)	Kariri - Xocó
25	Kawahiva do Rio Pardo	Isolados

26	Kaxuyana-Tunayana	Kaxuyana
27	Lagoa Encantada	Kanindé
28	Lago do Limão	Múra
29	Manoki (reestudos)	Irántxe
30	Maracaxi	Tembé
31	Morro Alto	Guarani Mbya
32	Morro dos Cavalos	Guarani
33	Munduruku-Taquara	Mundurukú
34	Murutinga/Tracaja	Múra
35	Ñande Ru Marangatu	Guarani Kaiowá
36	Ofayé-Xavante	Ofayé
37	Paquicamba	Yudjá
38	Passo Grande do Rio Forquilha	Kaingang
39	Pindoty	Guarani Mbya
40	Pirai	Guarani Mbya
41	Pitaguary	Pitaguari
42	Ponciano	Múra
43	Ponte de Pedra	Paresí
44	Portal do Encantado	Chiquitáno
45	Potiguara de Monte-Mor	Potiguara
46	Potrero Guaçu	Guarani Nhandeva
47	Ribeirão Silveira	Guarani
48	Rio dos Índios	Kaingang
49	Rio Gregório	Katukina, Yawanawá
50	Rio Negro Ocaia (reestudos)	Pakaa Nova
51	Riozinho	Kokama, Tikúna
52	Serrinha	Kaingang
53	Sissaíma	Múra
54	Sombrerito	Guarani Nhandeva
55	Sururuá	Kokama
56	Taego Āwa	Ava-Canoeiro
57	Tapeba	Tapeba
58	Taquara	Guarani Kaiowá
59	Tarumã	Guarani Mbya
60	Taunay/Ipegue (reestudos)	Terena
61	Tenondé Porã	Guarani
62	Toldo Imbu	Kaingang
63	Toldo Pinhal	Kaingang
64	Tremembé da Barra do Mundaú	Tremembé
65	Tremembé de Queimadas	Tremembé

66	Truká-Reestudo	Truká
67	Uirapuru	Paresí
68	Uneixi	Makú, Tukano
69	Utaria Wyhyna/Irôdu Irâna	Javaé, Karajá
70	Xapécó (Pinhalzinho-Canhadão)	Guaraní, Kaingang
71	Xukuru-Kariri	Xucuru - Kariri
72	Yvy-katu	Guarani Nhandeva
73	Yvyporã Laranjinha	Guarani Nhandeva

32. Conforme informado no §20 "b", as informações complementares acerca do andamento processual das áreas declaradas (análises técnicas ou procedimentos em andamento, processos judiciais incidentes) referente a cada área indígena estão em fase de processamento e serão encaminhadas tão logo forem conclusas.

DA QUESTÃO PROCESSUAL DO RE 1017365 (TEMA 1031) E DA SUSPENSÃO DOS PROCESSOS DEMARCATÓRIOS

33. Ressalta-se que o envio de informações individualizadas referente a cada processo demarcatório será realizado por meio de documento complementar, todavia, já possível descrever um dos principais entraves jurídicos que impedem a FUNAI de prosseguir a marcha processual nas etapas de sua competência. Trata-se da pendência do julgamento do Tema 1031 no STF e da suspensão de todos os efeitos do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU o qual, em apertada síntese, vinculava toda administração federal a observância das condicionantes/salvaguardas da Pet 3388/RR.

34. Necessário esclarecer que o Ministro Relator Edson Fachin, utilizando-se da prerrogativa da Suprema Corte brasileira constantes do art. 1035, § 5º, do Código de Processo Civil, concedeu tutela provisória incidental suspendendo todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do RE 1.017.365 e determinou que a FUNAI se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, até que seja julgado o Tema 1.031

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Importante ressaltar que na data de 07/05/2020, o Ministro Relator Edson Fachin concedeu tutela provisória incidental suspendendo todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU^[8], que orienta pelo aguardo do julgamento do RE n.º 1.017.365 pelo STF para a tomada de decisões por esta Fundação, uma vez que a decisão exarada nos autos obsteu à Administração "rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031".

35. Em consonância, o art. 313, V, a, do CPC estabelece os casos passíveis de suspensão do processo:

Art. 313. Suspende-se o processo: (...) V - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

36. Assim, colhe-se da decisão, proferida em 07 de maio de 2020:

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

De consequência, determino à FUNAI que se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031. (destaquei)

37. Nesse sentido, a CONJUR-MJSP/CGU/AGU, emitiu Parecer 00763/2020^[9] por meio do qual orienta pelo aguardo do julgamento do RE n.º 1.017.365 pelo STF para a tomada de decisões por esta Fundação, uma vez que a decisão exarada nos autos obsteu à Administração "rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031.

38. Convém ainda destacar recente decisão judicial nos autos da Reclamação 42.329/PR, com pedido de liminar, ajuizada contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Processo nº 5001401- 07.2014.4.04.7017), que teria desrespeitado o decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no Tema 1031, RE 1.017.365 (Rel. Min. EDSON FACHIN), a qual fora julgada procedente, pelo Ministro Alexandre de Moraes, nos seguintes termos:

"Portanto, nessas circunstâncias, em que a matéria em discussão é alcançada pelo objeto do parâmetro de controle indicado, somada à ausência de sobrestamento do andamento das demandas originárias, há manifesta ofensa ao decidido no RE 1.017.365 (Rel. Min. EDSON FACHIN). Diante do exposto, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, JULGO PROCEDENTE o pedido, de forma seja cassado o ato reclamado e DETERMINO, por consequência, a suspensão do andamento dos processos 5001401- 07.2014.4.04.7017/PR e 5000651-34.2016.4.04.7017/PR, até posterior pronunciamento no RE 1017365 (Rel. Min. EDSON FACHIN).

39. Da mesma forma, na Reclamação 45.671/BA, ajuizada contra decisão do Juízo da Vara Federal de Eunápolis/BA (Processo 1000042-98.2018.4.01.3310), que teria desrespeitado o decidido pela Corte Suprema no Tema 1.031, RE 1017365 (Rel. Min. EDSON FACHIN), o ministro relator entendeu que a decisão judicial contrariou a determinação do STF de suspensão nacional de todos os processos que tratem do tema durante a pandemia da Covid-19.

40. Recentemente, no bojo da Reclamação 46.980/BA, ajuizada contra o JUIZ FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE ITABUNA, de Relatoria da Ministra Rosa Weber, por meio do qual concluiu que:

Ao exame do RE 1.017.365, de relatoria do Ministro Edson Fachin, esta Suprema Corte reconheceu a repercussão geral do tema relativo à "definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional".

Em 06.5.2020, nos autos do RE 1.017.365, tendo em vista a emergência de saúde pública reconhecida no território nacional, pela Lei nº 13.979/2020, em face do novo coronavírus, o Ministro Edson Fachin determinou, nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, a suspensão nacional de todos os processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, com os seguintes fundamentos:

Em casos semelhantes, essa Corte Suprema vem acolhendo, em cognição sumária, a pretensão dos reclamantes: Rcl 43.058 MC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 04.9.2020; Rcl 43.907 MC, de minha relatoria, DJe 13.10.2020. (Rel. Min. ROSA WEBER).

41. Aliás, o TRF4 tem aplicado essa suspensão em feitos semelhantes:

DECISÃO: Trata-se de ação de reintegração de posse envolvendo indígenas. Acerca da questão discutida nos autos, cumpre observar decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin em 06.5.2020, em razão de pedido de tutela provisória incidental no Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, na qual determinou a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso. Nessas condições, em estrita observância ao que restou decidido pela Corte Suprema, determino o sobrestamento do presente feito na forma daquela decisão. Intimem-se. Anote-se. (TRF4, AC 5000896-86.2018.4.04.7013, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 22/03/2021).

EMENTA: AGRAVO INTERNO. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ART. 1.012, §4º, DO CPC. RISCO DE DANO GRAVE E RELEVANTE FUNDAMENTAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SUSPENSÃO DA REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMUNIDADE INDÍGENA. 1. A atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, nos termos do §4º do art. 1.012 do CPC, demanda a presença da comprovação da probabilidade de provimento do recurso ou, desde que relevante a fundamentação apresentada pelo requerente, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. 2. Presente, no caso dos autos, o risco de dano grave e a relevante fundamentação para se autorizar a atribuição do efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto em ação de reintegração de posse julgada

procedente em favor da Itaipu Binacional. 3. A relevante fundamentação encontra-se presente haja vista a decisão proferida no RE 1.017.365 determinando a suspensão nacional dos processos judiciais tais qual o presente até o término da pandemia ou o julgamento final da Repercussão Geral do Tema 1031, o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso. 4. Ademais, dada a possibilidade de aqueles termos virem a ocorrer antes do julgamento dos apelos aqui interpostos, reconhece-se a manutenção do efeito suspensivo para além daqueles em vista da iminência de remoção das famílias instaladas no local antes de que haja, em alinhamento ao que vier a ser decidido pela Corte Suprema, a eventual confirmação da sentença neste Tribunal. (TRF4 5025445-82.2020.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 19/03/2021).

42. Em caso semelhante, referente a outra Demarcação de Área, Morro dos Cavalos, discutida no bojo da Ação Civil Pública nº 50209000520174047200, fora determinado liminarmente que: "[...] à União a finalização do procedimento de demarcação, com a assinatura da homologação da demarcação da TI Morro dos Cavalos pelo Sr. Presidente da República, no prazo máximo de 30 dias, e consequente publicação oficial e registro."

43. Oportunidade em que, através do Agravo de Instrumento Nº 5027886-02.2021.4.04.0000/SC, o Desembargador relator decidiu que:

No mais, tendo em vista que o presente recurso diz respeito à demanda em que se discute matéria atinente à área indígena, deve ser suspensa a tramitação deste agravo de instrumento, na forma como determinada no RE 1017365 - até o término da atual pandemia da COVID-19 ou do julgamento final daquele recurso extraordinário, o que ocorrer por último.

44. Já em 21/02/2022, no bojo reclamação, com pedido de medida liminar, contra acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no Agravo de Instrumento nº 5029644-16.2021.4.04.0000, e da decisão prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Federal de Florianópolis, que deferiu a tutela de urgência no processo nº 5020900-05.2017.4.04.7200. (MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO 51.788 SANTA CATARINA), o Ministro Alexandre de Moraes decidiu:

Diante do exposto, CONCEDO A MEDIDA LIMINAR pleiteada para **SUSPENDER os efeitos das decisões reclamadas no Agravo de Instrumento 5029644-16.2021.4.04.0000**, em trâmite no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, bem como na decisão prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Federal de Florianópolis, no processo nº 5020900-05.2017.4.04.7200. Comunique-se com URGÊNCIA o Juízo Reclamado, encaminhando cópia da petição inicial e desta decisão, para que dê cumprimento ao ordenado, prestando, ainda, informações, nos termos do art. 989, I, do CPC. (destaquei)

45. Conforme se extrai da pauta do plenário do STF o julgamento do RE 1017365 (Tema 1031) está previsto para o dia 23/06/2022. [\[10\]](#)

46. Dessa forma, inexistente definição da questão constitucional quanto ao **"estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional"** (Tema 1031, STF), a qual deve ser, em tese, aclarada com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365. 7.

47. A decisão do Supremo Tribunal Federal, que determina não só o sobrestamento dos procedimentos administrativo de demarcação de terras indígenas, como também a suspensão de todos os processos judiciais que discutam "o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional" (Tema 1031), tem claro fundamento constitucional: pacificar entendimentos divergentes, no sentido de homogeneizar as decisões dos diversos tribunais do país a fim de garantir estabilidade definitiva das decisões acerca do tema. 8. Assim, ao definir o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário 1.017.365, o Supremo Tribunal Federal conferirá homogeneidade para os julgados sobre a questão, privilegiando-se, portanto o princípio da igualdade entre os titulares dos direitos indígenas e a previsibilidade e calculabilidade por parte das populações indígenas em relação aos efeitos jurídicos das decisões administrativas e judiciais sobre a matéria.

48. Ademais, tendo em vista a grande controvérsia atual sobre a matéria, o julgamento do aludido RE 1.017.365, ao uniformizar a jurisprudência, tem objetivo fundamental de afastar a grave insegurança jurídica que envolve a questão e impedir a fenomenal multiplicação de processos que envolvem a demarcação de terras indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

49. A FUNAI vem adotando todas as medidas administrativas cabíveis visando o prosseguimento e a conclusão dos processos administrativos demarcatórios inconclusos. Todavia, tais ações ocorrem dentro das possibilidades e condições fático-jurídicas. Ademais, é inescapável mencionar os efeitos negativos advindos da eclosão da Pandemia de Covid-19 e o advento de fato jurídico novo: as determinações dadas pelo STF nos autos do RE 1.017.365.

50. Dessa forma, as decisões proferidas pela Suprema Corte constituem fato jurídico novo e repercutem no âmbito de diversos processos administrativos, e, portanto, sobre a atividade administrativa da FUNAI.

51. Frise-se, ainda, que eventual alteração no entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do "marco temporal" a ser adotado nos procedimentos de demarcação indígena, cujo julgamento final será dado no mencionado RE 1.017.365, poderá significar, a depender do respectivo resultado, em nulidade do processo administrativo, logo a medida que se impõe no momento é pelo aguardo do julgamento do STF.

52. Por fim, as informações complementares e individualizadas das 118 áreas indígenas aqui listadas, estão na fase de processamento e serão encaminhadas assim que conclusas por meio de nova informação técnica.

53. Era o que cabia informar. À consideração superior.

Anexos:	i) FASES DO PROCESSO DEMARCATÓRIO (SEI nº 4036082).
	ii) Parecer GMF-05 PARECER 001-2017 (SEI nº 4036072)
	iii) Parecer n. 00763_2020_CONJUR_MJSP_CGU_AGU (SEI nº 4036076)
	iv) Pauta -stf-primeiro-semester 2022 (SEI nº 4036075)
	v) Acórdão PET 3388_RR (SEI nº 4036078)
	vi) REPERCUSSÃO GERAL 1.017.365 (SEI nº 4036074)

(assinado eletronicamente)

ROLDAN JARA DE ALENCAR

- [1] Unidade da FUNAI responsável: Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação - CGID, alocada na Diretoria de Proteção Territorial -DPT
- [2] § 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.
- [3] Unidade da FUNAI responsável: Presidência da FUNAI e Coordenação de Delimitação e Análise - CODAN/CGID
- [4] § 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá: I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação; II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.
- [5] Unidade responsável FUNAI: Coordenação-Geral de Geoprocessamento - CGGEO/DPT
- [6] Trata-se da materialização dos limites da área indígena declarada mediante abertura de picadas, colocação de marcos e placas indicativas.
- [7] Unidade responsável FUNAI: Coordenação-Geral de Assuntos Fundiários - CGAF/DPT
- [8] Parecer GMF-05 PARECER 001-2017 (SEI nº 4036072)
- [9] Parecer_n_00763_2020_CONJUR_MJSP_CGU_AGU (SEI nº 4036076)
- [10] Pauta -stf-primeiro-semester 2022 (4036075)



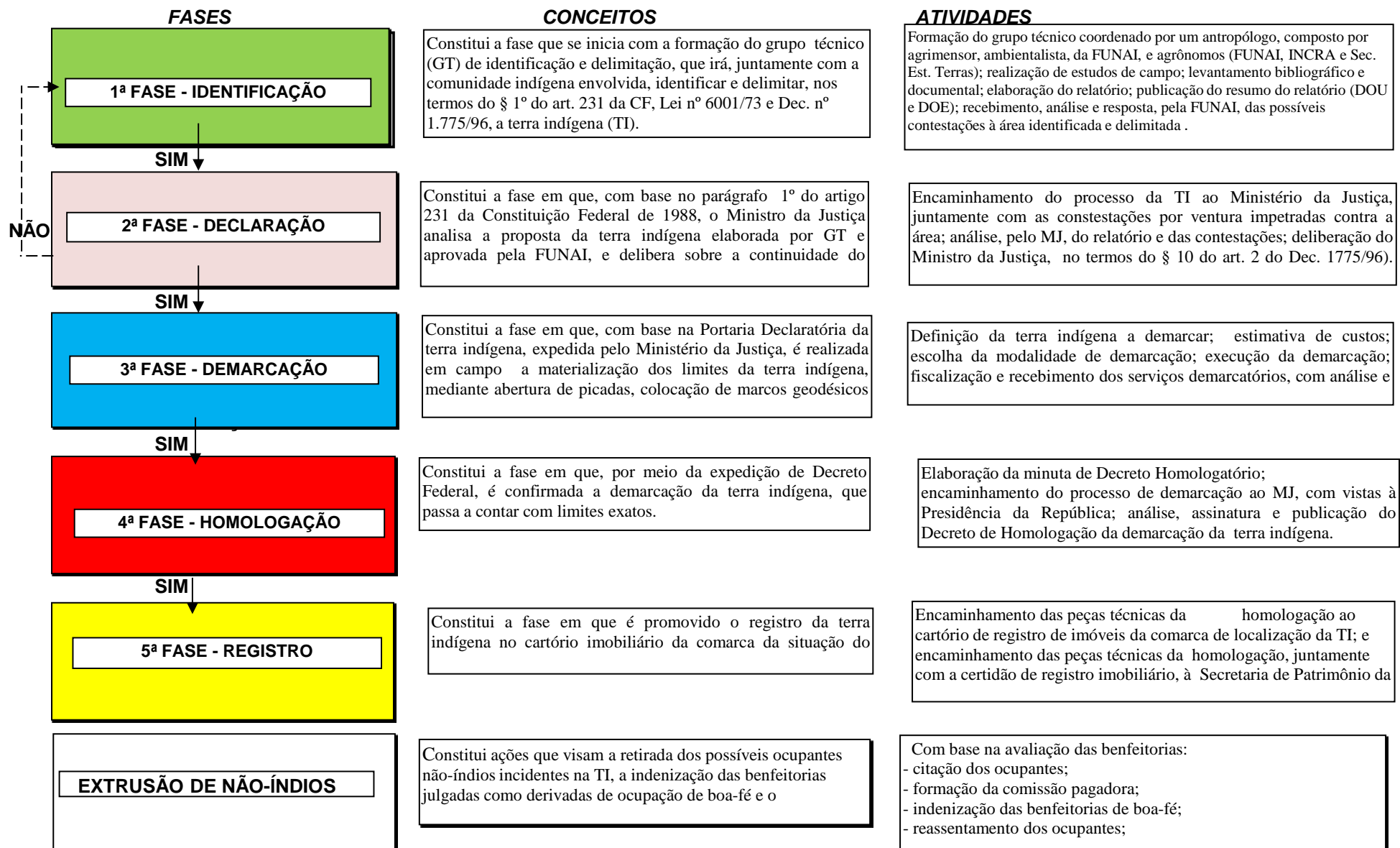
Documento assinado eletronicamente por **Roldan Jara de Alencar, Coordenador(a)**, em 09/05/2022, às 11:41, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site: http://sei.funai.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4092001** e o código CRC **47351F38**.

TERRAS INDÍGENAS TRADICIONAIS - PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO

(Decreto nº. 1.775, de 08 de janeiro de 1996)





Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DESPACHO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

[Vide ACO 1100](#)

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 00400.002203/2016-01

INTERESSADO: Casa Civil da Presidência da República

Parecer nº GMF - 05 (*)

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER N. 0001/2017/GAB/CGU/AGU e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 19 de julho de 2017

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA

Advogada-Geral da União

(*) A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho. "Aprovo. Em 17-VII-2017"

PARECER N. 001/2017/GAB/CGU/AGU

PROCESSO: 00400.002203/2016-01

INTERESSADO: CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

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

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

Exma. Sra. Advogada-Geral da União,

Um dos temas mais questionados em relação à atuação desta Advocacia-Geral da União diz respeito à edição da Portaria AGU n. 303, de 2012. O ato normativo é alvo de críticas não apenas em relação à sua validade, levando em consideração o seu conteúdo material, mas também à sua eficácia, tendo em vista as dúvidas que, desde a sua edição e especialmente em razão da série de atos posteriores que suspenderam os seus efeitos, sempre foram suscitadas em torno de sua aplicabilidade e efetividade.

A Portaria AGU n. 303, de 16 de julho de 2012, foi editada com o conhecido propósito de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União quanto à interpretação e aplicação das denominadas *salvaguardas institucionais* fixadas pelo Supremo Tribunal Federal na decisão proferida na Petição n. 3.388 ("caso Raposa Serra do Sol")⁽¹⁾, de modo a determinar a sua observância e aplicação uniforme por parte dos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal nos processos de demarcação de terras indígenas⁽²⁾.

Alvo de contestações logo no início de sua vigência⁽³⁾, a portaria teve seus efeitos suspensos pela Portaria AGU n. 308, de 25 de julho de 2012, e, posteriormente, em razão da oposição de diversos embargos de declaração ao acórdão do STF na PET n. 3.388/RR, a Portaria AGU n. 415, de 17 de setembro de 2012, fixou o termo inicial de sua vigência para o dia seguinte ao da publicação do acórdão que então ainda viria a ser proferido nos referidos embargos⁽⁴⁾.

Após o julgamento e a publicação do acórdão do STF nos embargos de declaração⁽⁵⁾, foi editada a Portaria AGU n. 27, de 07 de fevereiro de 2014, a qual determinou à Consultoria-Geral da União e à Secretaria-Geral de Contencioso a análise da adequação do conteúdo da Portaria AGU n. 303/2012 aos termos da decisão final proferida pelo Tribunal⁽⁶⁾. A partir de então, instaurou-se a controvérsia – a qual envolveu diversos órgãos da Administração Pública, especialmente a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), e da Advocacia-Geral da União, especificamente a Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI (PFE/FUNAI), a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça (CONJUR/MJ/CGU/AGU), a Secretaria-Geral de Contencioso e a Consultoria-Geral da União – sobre a vigência e a eficácia da portaria em questão⁽⁷⁾. Diversos processos chegaram a ser abertos para tratar dessa controvérsia⁽⁸⁾ e, em alguns dos posicionamentos que visaram solucionar a divergência, chegou a prevalecer a tese de que, após a apreciação definitiva do STF no julgamento dos embargos de declaração, a Portaria AGU n. 303 estaria em vigor e com plena eficácia.

Porém, em 11 de maio de 2016, o Advogado-Geral da União, por meio do Despacho n. 358/2016/GABAGU/AGU⁽⁹⁾, estabeleceu que, enquanto os estudos requeridos por meio da Portaria AGU n. 27/2014 não fossem concluídos, a Portaria AGU n. 303/2012 deveria permanecer com sua eficácia suspensa.

A subsistência dessa controvérsia no âmbito da Advocacia-Geral da União chegou a reverberar no Supremo Tribunal Federal. Alguns Ministros se pronunciaram sobre o tema em julgamentos sobre processos envolvendo a demarcação de outras terras indígenas. Na maioria das vezes, exigiram uma solução para a questão, no sentido de se pacificar o tema de acordo com o que decidido pela Corte na PET n. 3.388/RR. Nos debates ocorridos na apreciação do RMS n. 29.087/DF, o Ministro Celso de Mello concluiu de modo muito contundente:

"Altamente conveniente, desse modo, que o eminente Advogado-Geral da União restabeleça a vigência da Portaria AGU n. 303/2012, suspensa desde a edição da Portaria AGU n. 308/2012 e posteriores alterações, em ordem a adequar ao julgamento plenário da PET 3.388/RR a atuação dos órgãos jurídicos da FUNAI e da própria União Federal, sempre que se tratar de demarcação administrativa de terras indígenas".

Em razão de todos os problemas relacionados à forma da Portaria AGU n. 303/2012, faz-se premente e necessário que o seu conteúdo normativo, que simplesmente reproduz a decisão do STF na PET n. 3.388/RR, seja incorporado por parecer jurídico emanado desta Advocacia-Geral da União, o qual, uma vez aprovado pelo Presidente da República, possa ter os devidos efeitos vinculantes em relação a todos os órgãos da Administração Pública Federal.

O presente parecer, elaborado com base nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73, de 1993⁽¹⁰⁾, para ser submetido à aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República, tem o objetivo de determinar a observância, por parte da Administração Pública Federal, direta e indireta, do conteúdo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na PET n. 3.388/RR, especialmente das salvaguardas institucionais às terras indígenas.

1. A importância da decisão do STF na PET 3.388 e a participação indígena no processo

O caso Raposa Serra do Sol é um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Certamente, constitui um dos julgamentos mais importantes da história recente da Suprema Corte brasileira, não apenas por seu relevante significado jurídico e político, mas pela alta complexidade das questões sociais, culturais, antropológicas e federativas envolvidas nesse difícil e distinto caso de demarcação de terra indígena.

A Corte sempre esteve consciente de que os desafios levantados pelos problemas suscitados no processo da PET n. 3.888 não poderiam ser solucionados com a lógica disjuntiva própria dos pronunciamentos de simples procedência ou improcedência da ação. O caso estava realmente a cobrar soluções diferenciadas, que tentassem oferecer respostas seguras para a definição do quadro jurídico-institucional da demarcação da terra indígena e, ao mesmo tempo, pudessem equacionar os diversificados fatores sociais e culturais nele imbricados.

A elevada responsabilidade e o sério compromisso político-institucional assumido pelos Ministros naquele julgamento foi evidenciada nas reflexões finais do então Presidente da Corte, o Ministro Gilmar Mendes, da seguinte forma:

"O caso Raposa Serra do Sol é, certamente, um dos mais difíceis e complexos já enfrentados por esta Corte em toda a sua história. Os múltiplos e diversificados fatores sociais envolvidos numa imbricada teia de questões antropológicas, políticas e federativas faz desse julgamento um marco em nossa jurisprudência constitucional.

Não há respostas precisas e diretas para o problema apresentado ao Tribunal. Soluções de improcedência ou procedência, total ou parcial, dos pedidos apresentados, não abarcam a totalidade das questões suscitadas em toda a sua complexidade e diversidade.

A decisão que tomamos hoje, portanto, deve também estar voltada para o futuro. Não devemos apenas mirar nossa atenção retrospectiva para quase três décadas de conflitos nesse difícil processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Devemos, isso sim, deixar fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam.

Essa é a lição que temos a oportunidade de deixar assentada no julgamento de hoje. Temos o dever de, em nome da Constituição e de sua força normativa, fixar os parâmetros para que o Estado brasileiro – não apenas a União, mas a federação em seu conjunto – efetive os direitos fundamentais indígenas por meio dos processos de demarcação.

A decisão de hoje, dessa forma, tem um inegável cunho pedagógico que não podemos menosprezar. As considerações que fiz após muito refletir sobre o problema – inclusive por meio de verificação in loco de suas reais dimensões –, levam em conta esse conteúdo propedêutico que nossa decisão pode assumir em relação a outros processos de demarcação.

Assim, não pretendo, de maneira alguma, impor soluções definitivas e exatas para os problemas enfrentados. Analiso todas as questões que no processo foram suscitadas e aceno, com isso, para o futuro, numa hermenêutica que leva em conta um 'pensamento de possibilidades' (Häberle)".

A definição jurisprudencial das denominadas "salvaguardas institucionais" às terras indígenas é o resultado de um longo e reflexivo trabalho de um colegiado de magistrados que, ciente de sua difícil missão institucional, procurou compreender as múltiplas perspectivas sociais apresentadas no caso, inclusive mediante visitas *in loco* à terra indígena, e assim equacionar todas as questões jurídicas envolvidas, com o claro e consciente objetivo de estabelecer um marco constitucional para a proteção dos direitos dos índios às suas terras. Um quadro jurídico-constitucional que, ao oferecer uma resposta para o caso concreto, ao mesmo tempo representaria, com inegável conteúdo propedêutico, o parâmetro normativo geral para garantir a segurança jurídica e a efetividade dos direitos indígenas em futuros processos de demarcação. Uma decisão que, como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, deveria também "estar voltada para o futuro", deixando "fundadas as bases jurídicas para o contínuo reconhecimento aos povos indígenas das terras que tradicionalmente ocupam".

Apesar de estar na incumbência primordial do colegiado de magistrados, a construção jurisprudencial das salvaguardas institucionais às terras indígenas foi realizada no âmbito de um processo judicial aberto às múltiplas vozes sociais, mediante mecanismos dialógicos de participação e de representação inclusiva de entidades e segmentos interessados no deslinde da questão. Ingressaram no processo não apenas as partes, o Ministério Público, o Estado de Roraima e, especialmente, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), como igualmente diversas comunidades indígenas, a exemplo da Comunidade Indígena Barro (petição n. 68.192), da Comunidade Indígena Socó (petição n. 70.151), e de diversas outras (Maturuca, Jawari, Tamandua, Jacarezinho, Manalai). Muitos destes, apesar de terem ingressado no feito após encerrada a fase de instrução (na qualidade de assistentes simples), tiveram ampla oportunidade e possibilidade de levar seus argumentos à consideração do colegiado, mediante petições, memoriais, etc; e efetivamente tiveram suas razões levadas em conta nos pronunciamentos do Tribunal. Um dos momentos marcantes do julgamento, inclusive, foi a primeira sustentação oral na história proferida por uma mulher indígena, Joênia Batista de Carvalho (Joênia Wapixana), no Plenário da Suprema Corte, na defesa dos direitos e interesses das comunidades indígenas.

É sabido que uma das mais importantes conquistas dos povos indígenas está hoje plasmada na garantia da consulta prévia e da participação efetiva das comunidades em processos decisórios estatais que envolvam seus interesses, como assegurado pela Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho, internalizada no Direito Brasileiro pelo Decreto Legislativo n. 143/2002 e pelo Decreto Presidencial n. 5.051/2014⁽¹¹⁾. O direito à inclusão participativa dos índios nos processos estatais, não obstante, pode ser consagrado e efetivado de distintos modos, dependendo das características dos atos e procedimentos envolvidos, assim como das finalidades públicas almejadas, dos temas relacionados e de outros interesses e direitos conflitantes. O STF definiu que "esse direito de participação não é absoluto" e que "certos interesses também podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia", como por

exemplo a “defesa nacional”⁽¹²⁾. Como ressaltou o Ministro Luis Roberto Barroso, na ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração na PET n. 3.388, “o acórdão não infirma os termos da Convenção n. 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional”.

As salvaguardas institucionais são resultado de uma construção dialética, porém no bojo de um processo judicial, o que não requer, impreterivelmente, a observância do requisito participativo indígena, na conceituação e na dimensão significativa presentes na Convenção n. 169/OIT. Isso se aplica tanto à construção judicial das salvaguardas institucionais, efetivada pelo colegiado do STF, como à definição normativa de algumas das condicionantes institucionais que elas representam, que dispensaram essa participação e, a critério do próprio Tribunal, não implicaram qualquer ofensa aos ditames da referida convenção internacional. Assim, não se pode afirmar que a definição dessas condicionantes às demarcações de terras ocorreu sem qualquer tipo de participação das comunidades indígenas. Subordinada às limitações institucionais próprias dos procedimentos judiciais, a participação indígena se efetivou condicionada aos atos e formas do processo jurisdicional, assim como a definição em si das salvaguardas institucionais, como atestado pela própria Corte, não implicou violação ao direito de participação indígena previsto no documento internacional.

Ademais, como também consolidado pelo STF, a importância da participação indígena “não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade”⁽¹³⁾. Assim, como deixou registrado o Ministro Luis Roberto Barroso, “os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios”.

2. As salvaguardas institucionais como normas decorrentes da interpretação da Constituição

O raciocínio jurídico comumente desenvolvido pelas Cortes Constitucionais contempla, em sua essência, a extração de normas dos diversos dispositivos da Constituição. O texto constitucional, em seu estado bruto e de múltiplos significados potenciais, é submetido a processos hermenêuticos de compreensão, análise, verificação e construção interpretativa de precisos sentidos normativos que poderão ser aplicados como solução para os casos sob julgamento. A interpretação constitucional, em suma, visa apreender os significados normativos do texto da Constituição e, dessa forma, definir as normas constitucionais⁽¹⁴⁾.

Muitas vezes, as características dos casos submetidos às Cortes, normalmente qualificados por conflitos de interesses de alta complexidade que suscitam uma gama de possibilidades e respostas dispostas em textos de múltiplos sentidos diferenciados e que colidem entre si, exigem dos intérpretes (do colegiado de magistrados) um esforço hermenêutico no sentido da compreensão holística do contexto interpretativo, do conhecimento sistemático e da apreensão tópica ou problemática do caso, o que pode levar a processos de interpretação criativa⁽¹⁵⁾ ou de *superinterpretação*⁽¹⁶⁾ dos textos e, com isso, à construção de significados antes não observados ou compreendidos.

Essa construção interpretativa sobre o texto da Constituição é tarefa comum a qualquer Corte Constitucional⁽¹⁷⁾ e a jurisprudência do STF está repleta de decisões que empreenderam interpretações criativas das disposições constitucionais em questões relacionadas ao aborto de fetos anencéfalos⁽¹⁸⁾, reconhecimento das uniões homoafetivas⁽¹⁹⁾, ao racismo e ao anti-semitismo⁽²⁰⁾, fidelidade partidária⁽²¹⁾, à proibição de nepotismo na administração pública⁽²²⁾, pesquisas científicas com células embrionárias humanas⁽²³⁾, entre várias outras.

As difíceis e complexas questões jurídicas e sociais envolvidas no caso Raposa Serra do Sol exigiram do Supremo Tribunal Federal o desenvolvimento de processos de interpretação criativa da Constituição, especialmente de seus artigos 231 e 232, que perfazem o sistema de direitos e garantias fundamentais dos índios. Assim era de se esperar, tendo em vista o conturbado histórico de quase três décadas de infindáveis conflitos em torno da terra indígena, um complicado contexto social e político que tornou premente e necessária a construção interpretativa, a partir do texto constitucional, das dezenove *salvaguardas institucionais* às terras indígenas, no intuito de definir um quadro normativo constitucional que pudesse oferecer segurança jurídica aos processos de demarcação das terras e, assim, efetivar os direitos fundamentais dos índios.

As denominadas salvaguardas institucionais às terras indígenas, portanto, nada mais são do que normas decorrentes da interpretação do texto da Constituição, especialmente dos artigos 231 e 232, realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Como esclareceu o Ministro Luis Roberto Barroso, “as condições em tela são elementos que a maioria dos Ministros considerou pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida, notadamente por decorrerem essencialmente da própria Constituição. Na prática, sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição”⁽²⁴⁾.

Na qualidade de normas jurídicas, as salvaguardas institucionais representam as *premissas* do raciocínio jurídico desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal para a solução do caso Raposa Serra do Sol. Na forma do raciocínio lógico dedutivo (*modus ponens*), as premissas fornecem o fundamento ou a base para, através das inferências estabelecidas, chegar-se às conclusões. Na argumentação jurídica, as premissas jurídicas podem ter o seu conteúdo material definido pelo tribunal, o qual pode empreender processos interpretativos para a construção das razões materiais para a decisão, a partir dos textos normativos e demais fontes do direito. É assim que se estrutura, basicamente, as argumentações jurídicas desenvolvidas em decisões judiciais.

No âmbito da teoria geral da argumentação, foi Stephen Toulmin⁽²⁵⁾ quem consagrou a *estrutura da argumentação*, ao construir um esquema estrutural válido para todo argumento, independentemente do campo da argumentação, e assim tornar mais claros, em relação ao tradicional esquema lógico dedutivo (baseado no esquema simples de premissas e conclusão), os elementos do argumento e as fases de uma argumentação. Para Toulmin, todo argumento possui sempre os seguintes elementos, que compõem a sua forma ou a sua estrutura (*layout*): 1) o ponto de partida da argumentação, isto é, a pretensão inicialmente determinada, que coincide com a conclusão que se tenta fixar ou estabelecer (*claim* – C); 2) os elementos justificatórios que servem de base para a alegação realizada, denominados de dados ou simplesmente razões (*grounds* – G); 3) as proposições gerais (regras, princípios, enunciados, etc.) que permitem realizar inferências e passar dos dados ou das razões à conclusão, denominadas garantias (*warrant* – W). Esses são os elementos básicos de um argumento simples, cuja estrutura mais complexa envolve outros elementos⁽²⁶⁾, entre os quais sobressai o *respaldo* (*backing* - B) da garantia, isto é, o fundamento que assegura a vigência e autoridade da garantia.

No raciocínio desenvolvido no julgamento da PET n. 3.388/RR, presentes os elementos ou dados apresentados no caso, o Tribunal identifica, por meio de construção interpretativa, as proposições gerais ou garantias – isto é, os enunciados normativos representados pelas denominadas salvaguardas institucionais – que lhe permitirão chegar às soluções ou conclusões, sempre com respaldo na autoridade da Constituição (especificamente das disposições dos artigos 231 e 232).

Assim, a decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol possui uma estrutura argumentativa que está composta, no âmbito das premissas materiais de base ou das *garantias*, pelas denominadas salvaguardas institucionais, isto é, as condicionantes institucionais aos processos demarcatórios das terras indígenas, na qualidade de normas construídas interpretativamente pelo Tribunal, a partir do texto da Constituição de 1988.

Essa característica do raciocínio judicial empreendido no caso está assim esclarecida pelo próprio Tribunal. No julgamento dos Embargos de Declaração na PET n. 3.388, o Ministro Teori Zavascki, ao explicar a função das salvaguardas institucionais na fundamentação da decisão, destacou que “tais condicionantes representam, na verdade, os fundamentos jurídicos adotados como pressupostos para a conclusão, que foi pela procedência parcial do pedido”.

Portanto, na qualidade de normas que serviram de premissas ou garantias para a decisão, as salvaguardas institucionais não representam nenhuma anomalia no comportamento judicial ou qualquer extravagância em um processo natural e comum de interpretação e aplicação da Constituição por parte do STF, seguindo um iter interpretativo e argumentativo de comum estrutura. A sua inserção e destaque na parte dispositiva da decisão apenas revela a intenção da Corte de fixá-las definitivamente como normas definidoras de um regime jurídico para a demarcação de terras indígenas.

3. A intenção do STF em dar aplicabilidade geral às salvaguardas institucionais

A existência de um modelo *seriatim* de prática deliberativa e de decisão colegiada no Supremo Tribunal Federal – o qual permite que cada magistrado pronuncie seu posicionamento individual, com suas próprias razões de decidir, as quais serão ao final apenas agregadas no acórdão – muitas vezes cria obstáculos para a identificação precisa das *ratio decidendi* e das reais intenções do colegiado ao adotar determinada solução para o caso⁽²⁷⁾.

Apesar da grande extensão e da complexidade do acórdão proferido na PET n. 3.388, com as diversas razões explanadas individualmente por cada um dos magistrados que participaram da deliberação, os fundamentos da decisão no caso Raposa Serra do Sol foram objeto de suficientes esclarecimentos posteriores por parte do próprio Tribunal, tanto no julgamento dos embargos de declaração (PET-ED n. 3.388/RR) como de outros processos que envolveram questões relacionadas à demarcação de terras indígenas (por exemplo: RMS 29.087/DF).

Os materiais que hoje podem ser coletados na jurisprudência do STF fornecem claros e precisos fundamentos para se concluir que, de fato, o Tribunal fixou as denominadas salvaguardas institucionais com a deliberada intenção de que elas pudessem definir um verdadeiro regime jurídico, formado por normas constitucionais decorrentes da interpretação dos artigos 231 e 232 da Constituição, que estabelecesse uma série de condicionantes não apenas para a solução do caso Raposa Serra do Sol, mas igualmente para todo e qualquer processo de demarcação de terras indígenas no Brasil.

No julgamento do RMS 29.087/DF, o Ministro Gilmar Mendes deixou enfatizado que “na PET 3.388, o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas”. Trata-se, como asseverou o Ministro, “de orientações não apenas direcionadas a esse caso específico, mas a todos os processos sobre o mesmo tema”. E adiante ressalta, de modo contundente, que “o precedente de Raposa Serra do Sol não se dirige apenas ao caso de Raposa Serra do Sol. Basta ler os enunciados para saber que muitos deles não se aplicam à Raposa Serra do Sol, até porque já estava realizado”.

De fato, algumas das salvaguardas institucionais não foram estabelecidas em razão do caso concreto, mas mediante interpretação do texto constitucional com vistas à fixação de regras gerais para todos os processos demarcatórios. Como reconhecido pela Procuradoria-Geral da República na peça de embargos de declaração à PET n. 3.388, “a maior parte das questões abordadas nas referidas condições não guarda qualquer relação com o objeto específico da lide”.

Assim, para além do caso concreto, as salvaguardas institucionais constituem comandos gerais direcionados à atuação dos órgãos estatais nos processos de demarcação de terras indígenas. Elas foram construídas interpretativamente, a partir da Constituição, com esse propósito muito claro e definido.

Essa é, igualmente, a posição do Ministro Celso de Mello, externada no julgamento do RMS n. 29.087/DF. Nas palavras do Ministro: “É importante enfatizar, neste ponto, que essas diretrizes, tais como definidas pelo Supremo Tribunal Federal, acentuam a *força normativa da Constituição Federal*, pois derivam, essencialmente, do próprio texto de nossa Lei Fundamental”. Em seguida então esclarece o Ministro: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos de declaração opostos ao acórdão proferido na PET 3.388/RR, reafirmou a extração eminentemente constitucional desses requisitos, assinalando-lhes a condição de pressupostos legitimadores da validade do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas”.

Também a Ministra Cármen Lúcia, ao se pronunciar sobre o tema no acórdão do RMS n. 29.087/DF, esclareceu que “naquela assentada de 19.3.2009, este Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento daquela Petição 3.388/RR (caso Raposa Serra do Sol)” e que, “pela ‘superlativa importância histórico-cultural da causa’, examinou-se o regime jurídico constitucional de demarcação de terras indígenas no Brasil e fixaram-se as balizas a serem observadas naquele processo demarcatório”. Assim, segundo a Ministra, “erigiram-se, naquela oportunidade, salvaguardas institucionais intrinsecamente relacionadas e complementares que assegurariam a validade daquela demarcação e serviriam de norte para as futuras”. E, mais a frente, a Ministra conclui que “fixou-se que os pressupostos erigidos naquela decisão para o reconhecimento da validade da demarcação realizada em Roraima decorreriam da Constituição da República, pelo que tais condicionantes ou diretrizes lá delineadas haveriam de ser consideradas em casos futuros, especialmente pela força jurídico-constitucional do precedente histórico”.

A aplicabilidade geral das salvaguardas institucionais, portanto, decorre de seu próprio processo de construção interpretativa, no qual, como alegado e esclarecido pelos próprios Ministros, foi guiado por esse intuito de estabelecer um regime jurídico para todas as demarcações. As condicionantes institucionais por elas estabelecidas compõem um verdadeiro sistema normativo, fundado nos artigos 231 e 232 da Constituição, que pode fornecer um parâmetro seguro para os processos demarcatórios das terras indígenas.

4. Os efeitos da decisão do STF na PET 3.388

Apesar de terem sido construídas para desenvolver aplicabilidade geral, as salvaguardas institucionais e, em suma, a parte dispositiva da decisão na PET n. 3.388/RR, formalmente só produzem *efeitos vinculantes* para o caso Raposa Serra do Sol. Foi o que afirmou o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração, reconhecendo que, por se tratar de uma ação popular e, dessa forma, de um processo de caráter subjetivo submetido a regras e procedimentos específicos, os efeitos do acórdão somente poderiam ter incidência para a solução do caso concreto, os denominados efeitos *inter partes*.

Assim, as condicionantes institucionais integram o objeto da decisão e fazem coisa julgada material em relação ao caso Raposa Serra do Sol, de modo que a validade dos atos e procedimentos demarcatórios não poderá mais ser rediscutida em outros processos, devendo ser

observada e respeitada por todos.

Quanto aos *efeitos temporais*, a decisão contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, o que faz com que as salvaguardas institucionais permaneçam válidas enquanto permanecer imutável o estado de fato e de direito levado em conta no julgamento, ficando sempre vulneráveis à eventual atuação futura do legislador, no plano constitucional ou infraconstitucional, no sentido da criação de novas condicionantes e do estabelecimento de outro regime jurídico da demarcação de terras indígenas⁽²⁸⁾.

Além desses efeitos formais intrínsecos, não se pode desconsiderar a elevada *carga argumentativa* e *decisória* presente no acórdão da PET n. 3.388, que a impregna de uma qualificada *vis expansiva* e configura um precedente com força persuasiva suficiente para traçar diretrizes para outros casos e, assim, condicionar a atuação dos atores estatais em outros processos de demarcação de terras indígenas.

Foi essa a intenção manifestada pelo próprio Tribunal ao esclarecer o significado de sua própria decisão no caso Raposa Serra do Sol. Essa natural *vis expansiva*, inclusive, integra todas as decisões de uma Corte Suprema em casos emblemáticos ou *leading cases* como esse. Como afirmou contundentemente o Ministro Roberto Barroso, em seu voto condutor da decisão da Corte nos Embargos de Declaração na PET n. 3.388, seria equivocado “afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral”. O Ministro Cezar Peluso também deixou expressa essa conclusão em seu voto na PET n. 3.388, ao afirmar que “a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exauram em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou *leading case*, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema”.

Essa evidente constatação permitiu ao Tribunal concluir, no julgamento dos Embargos de Declaração na PET n. 3.388, que “embora não tenha efeitos vinculantes em sentido formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite de superação de suas razões”.

A celeuma jurídica que se instaurou, logo após o julgamento definitivo da PET n. 3.388, em torno dos reais efeitos da decisão do STF nesse caso Raposa Serra do Sol, deve-se mais a uma difundida incompreensão sobre o papel fundamental de uma Suprema Corte no sistema constitucional e a função que suas decisões exercem como fontes do direito no ordenamento jurídico dos Estados democráticos na atualidade, do que à existência de uma genuína e qualificada divergência jurídica.

5. Eficácia e autoridade das decisões do STF

As decisões das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais devem ser observadas e respeitadas por todos os atores políticos e autoridades públicas que atuam no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. As razões de decidir (*ratio decidendi*) que normalmente compõem os pronunciamentos judiciais desses tribunais estão qualificadas não apenas como *razões substantivas*, que contêm os elementos de justificação e de correção material da tese fixada, mas igualmente como *razões de autoridade*, as quais se impõem como normas de observância e de cumprimento geral⁽²⁹⁾. A argumentação jurídica produzida por uma Corte Constitucional, portanto, se caracteriza também pelo *argumento de autoridade*⁽³⁰⁾ que se forma por razões que se justificam independentemente de seu conteúdo substancial⁽³¹⁾, e que não se constitui necessariamente de aspectos persuasivos, mas de uma *autoridade vinculante*⁽³²⁾. Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, dessa forma, representam instituições políticas que, qualificadas como órgãos primários na estrutura de um sistema institucionalizado de normas, combinam a produção e a aplicação jurídica de maneira muito especial e assim determinam, de modo autoritativo, as situações jurídicas dos indivíduos e de suas relações sociais⁽³³⁾.

A forma e o modo como os enunciados judiciais das Cortes assumem suas feições autoritativas e assim são reconhecidos, respeitados e aplicados possuem variações correspondentes aos sistemas, estruturas e organizações diversificadas em cada sociedade. A experiência dos Estados Unidos da América representa um exemplo eloquente de como o desenvolvimento histórico das instituições políticas daquele país foi capaz de construir uma cultura institucional em torno de precedentes judiciais e moldar todo um sistema de observância e acatamento dos pronunciamentos de sua Suprema Corte. O denominado princípio do *stare decisis* influencia e condiciona toda a atuação política e judicial das instituições norte-americanas e, desse modo, ainda que sob diferentes perspectivas⁽³⁴⁾, constitui um elemento básico de coerência e estabilidade do sistema jurídico do *common law*, indispensável para a segurança jurídica como princípio fundamental do Estado de Direito (*Rule of Law*).

No Brasil, não obstante, a formação histórica do Supremo Tribunal Federal e a construção inicial de um sistema de controle de constitucionalidade de normas não foram acompanhadas pela institucionalização de um princípio de *stare decisis* ou de qualquer mecanismo dotado de semelhantes funções. Devido a uma série de fatores que podem ser observados na perspectiva histórica de análise do período de formação da República Federativa (1890-91) – entre os quais sobressai a preocupação política com a concentração de poderes e, nesse aspecto, com o extremo fortalecimento político-institucional do STF, inspirado no modelo da Suprema Corte norte-americana, em relação à experiência de seu antecessor, o Supremo Tribunal de Justiça do Império – o constituinte daquele momento rejeitou a proposta de Rui Barbosa⁽³⁵⁾, a qual, no fundo, pretendia introduzir o princípio do *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro.

A primeira formação da jurisdição constitucional no Brasil assim se caracterizou como um modelo cujas decisões eram dotadas apenas de efeitos entre as partes do processo e que, desse modo, não poderiam fixar uma interpretação do ordenamento jurídico com caráter obrigatório *erga omnes*. Essa talvez seja a principal razão de índole histórica, política e institucional pela qual o desenvolvimento do modelo brasileiro de jurisdição constitucional, e especialmente o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, sempre estiveram caracterizados pela recorrente instituição de mecanismos tendentes a superar a ausência no sistema de um princípio de *stare decisis*.

O primeiro desses mecanismos foi consagrado pela Constituição de 1934, que atribuiu ao Senado, então considerado como o “coordenador” dos Poderes⁽³⁶⁾, a competência para estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em casos concretos⁽³⁷⁾. O instituto sobreviveu aos percalços da história constitucional brasileira⁽³⁸⁾ e, renovado no atual art. 52, X, da Constituição de 1988, sempre se caracterizou por conferir à Casa Legislativa poderes exclusivos e eminentemente discricionários, próprios dos atos políticos, que estão imunes a qualquer tipo de controle externo e que assim se subtraem ao crivo dos demais Poderes⁽³⁹⁾. Cabe exclusivamente ao Senado a decisão política, sua forma e amplitude, assim como o tempo de sua emanção, em torno da atribuição ou não dos efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em casos concretos. Na prática, significa que esse mecanismo, em razão da imprevisão político-institucional que o caracteriza, não necessariamente insere no sistema uma correspondência lógica entre a decisão judicial de inconstitucionalidade em concreto e a emanção de uma proposição normativa de efeitos gerais e de obrigatória observância por todos os atores institucionais. Nesse aspecto, permanece válida e plena de sentido a decisão política inicial que caracterizou a primeira formação do controle de constitucionalidade no Brasil, em 1891, de atribuir ao Supremo Tribunal o poder de decidir, na resolução de casos concretos, sobre a inconstitucionalidade de normas apenas com efeitos *inter partes*.

É certo que, ao longo de todo esse período, o desenvolvimento paulatino, e em certa medida paralelo, de um robusto modelo de *controle concentrado e em abstrato de constitucionalidade de normas* – sobretudo a partir da Constituição de 1988 e do advento das Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas de 1999 – inseriu no sistema institutos processuais e técnicas de decisão que, ao possibilitarem a *eficácia vinculante* e os *efeitos erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade, fortaleceram o *caráter autoritativo* dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral. A Corte também passou a ter outros instrumentos processuais e procedimentais para produzir entendimentos com força de autoridade para órgãos judiciais e administrativos. Os institutos criados pela Reforma do Poder Judiciário estabelecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a *Repercussão Geral* e a *Súmula Vinculante*, tornaram-se mecanismos cruciais para a afirmação e consolidação da jurisprudência do STF em relação aos demais juízes e tribunais, o que foi igualmente reforçado pelo pleno e profícuo desenvolvimento da Reclamação como ação constitucional cada vez mais vocacionada ao resguardo da competência e da autoridade das decisões da Corte.

O fato de o STF possuir atualmente tais instrumentos processuais e procedimentais e desenvolver de modo cada vez mais contundente seu papel institucional de Corte Constitucional da qual são emanadas decisões com forte impacto nas instituições políticas e repercussão social generalizada, aliado a fatores muito evidentes que transformaram completamente o sistema brasileiro de jurisdição constitucional – a decadência ou mesmo a insubsistência da suposta “bipolaridade” entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade; assim como a transmutação da cultura jurídico-política em torno do princípio da separação dos poderes em relação à concepção dominante na década de 1930 –, estão a pressionar a normatividade do art. 52, X, da Constituição, colocando em permanente questão a subsistência dessa competência do Senado nos moldes como ela foi inicialmente contemplada na Constituição de 1934.

É conhecida e amplamente difundida a tese segundo a qual a disposição presente no art. 52, X, da Constituição, teria passado ao longo das últimas décadas por um processo de *mutação constitucional* e que atualmente teria seu sentido normativo restrito à efetivação da publicidade, com caráter geral, da declaração de inconstitucionalidade já proferida pelo STF com inerentes efeitos *erga omnes*, estes já naturalmente decorrentes do próprio modelo atual de controle misto da constitucionalidade existente no Brasil, que por suas próprias características confere poderes à Corte Constitucional para fixar, com evidente *força normativa* e impacto generalizado nas instituições e em toda a sociedade, a interpretação da Constituição⁽⁴⁰⁾. Não obstante, foi o próprio STF que, no julgamento da Reclamação n. 4.335⁽⁴¹⁾, rejeitou a necessidade de uma releitura do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, mantendo, portanto, sua competência exclusiva para decidir, em âmbito político de conveniência e oportunidade, sobre os efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade em concreto proferida pelo STF.

Atualmente, e sobretudo após a decisão proferida na RCL n. 4.335, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional se caracteriza por permanecer, nos moldes de sua configuração original, despido de um mecanismo processual explícito e amplamente aceito que atribua formalmente efeitos gerais à decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. É o Senado Federal que, em razão da plena vigência e normatividade do art. 52, X, da Constituição, permanece com a atribuição exclusiva de conferir os efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade em concreto emanada do STF. Mesmo nas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, os efeitos produzidos em relação aos juízes e tribunais, tendo em vista a necessidade de adoção da tese fixada em casos semelhantes e repetitivos, não necessariamente implicam eficácia geral e vinculante e, portanto, não obrigam os órgãos da Administração Pública a impreterivelmente observar a declaração de inconstitucionalidade.

6. O Decreto n. 2.346/1997 e o dever da Administração Pública de observar as decisões do STF

É nessa conjuntura que se renova a importância do Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, o qual consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais do STF, que permanecem vigentes até os dias atuais. Editado em uma época na qual ainda não existiam os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, e sequer havia as Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas do ano de 1999, suas normas visam precipuamente implementar, no âmbito da Administração Pública Federal, uma cultura jurídica em torno do dever funcional de observar, respeitar e fazer aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal. Por isso, em seu art. 1º, deixa-se explícito que:

“Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto”.

Em seu § 1º do art. 1º, o Decreto traz disposição relacionada às decisões proferidas pelo STF em sede de *controle abstrato de constitucionalidade*, determinando o seguinte:

“Art. 1º. (...) § 1º. Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial”.

Referido dispositivo se desatualizou, ainda que parcialmente, em virtude do advento das Leis n. 9.868 e n. 9.882, de 1999, assim como em face de suas posteriores modificações, que atualmente permitem ao STF modular os efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade e conferir eficácia *pro futuro* à decisão, mitigando os efeitos da nulidade da lei inconstitucional. De toda forma, em se tratando do controle abstrato de constitucionalidade, a Administração Pública Federal ficará submetida aos efeitos *erga omnes* e à eficácia vinculante inerente aos provimentos jurisdicionais emanados do STF nas ações específicas desse controle (ADI, ADC, ADO e ADPF), de modo que todos os seus órgãos deverão observar a interpretação fixada pela Corte, em conformidade com os efeitos da decisão prolatada.

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade, o § 2º do art. 1º condiciona a eficácia da decisão do STF em relação à Administração Pública Federal à efetiva suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional. Eis o teor do referido dispositivo:

“Art. 1º. (...) § 2º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal”.

Tendo em vista a já comentada competência de caráter eminentemente político atribuída ao Senado para a efetiva concessão dos efeitos *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade⁽⁴²⁾, que não se submete a prazos e que na prática tende a se consumir após lapsos temporais alargados em relação ao trânsito em julgado da decisão do STF, a submissão formal da Administração Pública Federal à autoridade da interpretação constitucional fixada pelo STF fica a depender da atuação específica do Presidente da República no sentido de autorizar a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida no caso concreto. É o entendimento que pode ser extraído da interpretação sistemática do subsequente § 3º do art. 1º do Decreto n. 2.346:

“Art. 1º. (...) § 3º. O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto”.

A proposta oriunda da Advocacia-Geral da União poderá ser consubstanciada em parecer jurídico elaborado para os fins do art. 40 da Lei Complementar n. 73/1993, atribuição que, de acordo com o art. 41 da mesma lei, também compete ao Consultor-Geral da União. Este é o teor dos mencionados dispositivos:

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

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

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.

Assim, para cumprir os objetivos traçados pelo Decreto n. 2.346/1997, o Presidente da República poderá aprovar parecer elaborado pela Consultoria-Geral da União e aprovado pela Advogada-Geral da União, o qual, uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, consubstanciará *parecer normativo* que, sob o aspecto formal, vinculará todos órgãos da Administração Pública Federal, que ficarão submetidos à autoridade da interpretação da Constituição definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos concretos.

O presente parecer é elaborado com esse objetivo e tem em vista a premente necessidade de fazer com que as “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, fixadas pelo STF no acórdão da PET n. 3.388 e posteriormente esclarecidas pelo próprio Tribunal no julgamento dos Embargos de Declaração nesse mesmo processo, constituam um regime jurídico para todos os processos de demarcação de terras indígenas, efetivamente vinculante para a atuação dos órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta.

8. A consolidação da decisão da PET 3.388 na jurisprudência do STF

Antes de concluir, é importante deixar esclarecido e enfatizado que a decisão na PET n. 3.388/RR, complementada pelo acórdão dos embargos de declaração, tem sido reafirmada em diversos outros julgamentos no próprio Supremo Tribunal Federal, tornando indubitável a consolidação e estabilização normativa das salvaguardas institucionais e dos demais parâmetros fixados pelo Tribunal para a demarcação de terras indígenas no país. Está comprovado, portanto, que não se trata de um caso isolado, mas de um entendimento jurisprudencial solidificado, que de fato pode fornecer as balizas gerais para a atuação dos órgãos da Administração Pública.

No já citado julgamento do RMS n. 29.087/DF, a Corte Suprema concluiu novamente que “a data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios”; e que o “processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol)”.

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462/MS⁽⁴³⁾, o Tribunal voltou a considerar que, no julgamento da PET n. 3.388/RR, ficou estabelecido como “marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988” e que “renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada”.

Na apreciação do RMS n. 29.542/DF, também se ressaltou, com base no voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, que “a possibilidade de revisão e consequente ampliação dos limites das reservas indígenas já demarcadas, a partir da interpretação conferida aos arts. 231 e 232 da Constituição da República de 1988, foi objeto de amplo debate no julgamento da Petição n. 3.388/RR” e que, “naquela assentada, os Ministros deste Supremo Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Ayres Britto, Eros Grau e Cármen Lúcia, acolheram a proposta do Ministro Menezes Direito no sentido de vedar a ampliação de reservas indígenas já demarcadas”. E, por fim, concluíram novamente os Ministros que “o julgamento da Petição n. 3.388/RR representou marco no exame judicial da questão indígena no Brasil. As matérias nela debatidas, as conclusões alcançadas e, sobretudo, as diretrizes nela traçadas devem servir de norte para todos os processos demarcatórios de terras indígenas e devem orientar a aplicação do direito pelos magistrados que julguem a mesma questão jurídica”.

Como se vê, a Corte Suprema tem entendimento muito consolidado a respeito de dois tópicos fundamentais para a demarcação das terras indígenas: 1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena; 2) a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas.

O primeiro ponto está bem delineado no acórdão da PET n. 3.388, onde o Tribunal assentou que “a Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Assim, a Corte afirma que “é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”. E que, “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”.

Quanto ao segundo ponto, o da vedação à ampliação de terra indígena (salvaguarda institucional n. XVII), o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade, no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED n. 3.388/RR), de tecer alguns esclarecimentos essenciais para a sua compreensão. No voto do Ministro Luis Roberto Barroso, Relator dos embargos, foram realizados três esclarecimentos principais, reproduzidos a seguir.

Em primeiro lugar, tal como consta literalmente no referido voto do Ministro Roberto Barroso, “afirmou-se que o instrumento da demarcação previsto no art. 231 da Constituição não pode ser empregado, em sede de revisão administrativa, para ampliar a terra indígena já reconhecida, submetendo todo o espaço adjacente a uma permanente situação de insegurança jurídica. Nada disso impede que a área sujeita a uso pelos índios seja aumentada por outros instrumentos previstos no Direito. Os próprios índios e suas comunidades podem adquirir imóveis, na forma da lei civil (Lei nº 6.001/73, arts. 32 e 33). Nessa qualidade, terão todos os direitos e poderes de qualquer proprietário privado (CF/88, art. 5º, XXII). A União Federal também pode obter o domínio de outras áreas, seja pelos meios negociais tradicionais (como a compra e venda ou a doação), seja pela desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV)”.

Em segundo lugar, também nas palavras do Ministro, “o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. O controle judicial, por exemplo, é plenamente admitido (CF/88, 5º, XXXV) – não fosse assim, a presente ação jamais poderia ter sido julgada no mérito, já que seu objeto era justamente a validade de uma demarcação. A limitação prevista no acórdão alcança apenas o exercício da autotutela administrativa. Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas ‘não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador’ (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso

porque a inclusão de determinada área entre as 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório. O mesmo não ocorre, porém, nos casos em que haja vícios no processo de demarcação. A vinculação do Poder Público à juridicidade – que autoriza o controle judicial dos seus atos – impõe à Administração Pública o dever de anular suas decisões quando ilícitas, observado o prazo decadencial de 5 anos (Súmula 473/STF; Lei nº 9.784/99, arts. 53 e 54). Nesses casos, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LVI e LV), a anulação deve ser precedida de procedimento administrativo idôneo, em que se permita a participação de todos os envolvidos (Lei nº 9.784/99, arts. 3º e 9º) e do Ministério Público Federal (CF/88, art. 232; Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, III, e), e deve ser sempre veiculada por decisão motivada (Lei nº 9.784/99, art. 50, I e VIII). Ademais, como a nulidade é um vício de origem, fatos ou interesses supervenientes à demarcação não podem dar ensejo à cassação administrativa do ato”.

E, em terceiro lugar, “independentemente do que se observou acima, é vedado à União rever os atos de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda que no exercício de sua autotutela administrativa”.

Portanto, esses pontos essenciais estão devidamente densificados e esclarecidos na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual constitui e oferece uma base jurídica segura para a correta e precisa compreensão, por parte dos órgãos da Administração Pública Federal, das teses firmadas no acórdão da PET n. 3.388/RR, especialmente das dezenove salvaguardas institucionais às terras indígenas.

9. Conclusões

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

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

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

(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

À consideração superior.

Brasília, 19 de julho de 2017.

ANDRÉ RUFINO DO VALE
Consultor-Geral da União substituto

(1) Supremo Tribunal Federal, Plenário, Petição n. 3.388/RR, Relator Ministro Ayres Britto, julg. 19.03.2009, *DJe* 25.09.2009.

(2) A edição da Portaria AGU n. 303, de 16.07.2012, foi resultado das conclusões, no âmbito desta Consultoria-Geral da União, do Parecer n. 153/2010/DENOR/CGU/AGU (processo 00400.018100/2009-26). O preâmbulo e o artigo 1º da portaria dispõem o seguinte: "O Advogado-Geral da União, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal e o art. 4º, incisos X e XVIII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e considerando a necessidade de normatizar a atuação das unidades da Advocacia-Geral da União em relação às salvaguardas institucionais às terras indígenas, nos termos do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3.388-Roraima (caso Raposa Serra do Sol), cujo alcance já foi esclarecido por intermédio do PARECER nº 153/2010/DENOR/CGU/AGU, devidamente aprovado, resolve: Art. 1º. Fixar a interpretação das salvaguardas às terras indígenas, a ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, determinando que se observe o decidido pelo STF na Pet. 3.388-Roraima, na forma das condicionantes abaixo: (...)".

(3) Especialmente em razão do Ofício nº 260/Gab/Pres-Funai (23/07/2012), que solicitava prazo para a oitiva dos povos indígenas sobre o tema.

(4) A Advocacia-Geral da União valeu-se da Portaria n. 308, de 25/07/2012, para alterar o art. 6º da Portaria n. 303/2012, fixando-lhe o termo inicial de vigência para o dia 24/09/2012; e, na sequência, vindo o referido acórdão do STF a ser objeto de embargos de declaração, editou a Portaria AGU nº 415, de 17/09/2012, fixando esse termo inicial para o dia seguinte ao da publicação do acórdão nos embargos declaratórios a ser proferido na Petição nº 3.388/RR.

(5) No Acórdão dos Embargos de Declaração, proferido em 23/10/2013, o STF: a) negou efeitos modificativos da decisão anterior, mantendo integralmente as referidas salvaguardas; b) esclareceu que tais condições ou condicionantes decorreriam do sistema da própria Constituição; c) enfatizou operarem coisa julgada material somente para o caso Raposa Serra do Sol; d) admitiu que devido a terem sido estabelecidas em ação popular, tecnicamente falta-lhes força vinculante e não se estendem automaticamente a outros processos em que se discuta matéria similar; e) ponderou, porém, que a força moral e persuasiva de tal decisão exigirá elevado ônus argumentativo para se superar a aplicação dessas condicionantes a outros casos similares.

(6) Nos autos do processo n. 00692.003281/2014-15, a Consultoria-Geral da União conduziu, no ano de 2014, um estudo comparativo entre as salvaguardas mantidas pelo acórdão dos embargos e as disposições da Portaria AGU nº 303/2012, do qual decorreu-lhe percepção de que em seu mérito esta continuaria – s.m.j. – coadunada ao conjunto dos referidos acórdãos do STF, porém, passaria a ter seu efeito vinculativo relativizado pela última decisão. De seu turno, também contribuindo para o mesmo estudo, no processo 00400.000605/2015-82, a Secretaria-Geral de Contencioso, em pronunciamento exteriorizado ainda no ano de 2014, depois mantido na Nota AGU/SGCT/ADZIN n. 28/2015 (16/07/2015), posicionou-se como segue: a) apenas porque proferida em sede de ação popular, meio processual inidôneo para controle abstrato de normas, é que a decisão do STF, embora para o caso concreto esteja dotada de eficácia contra todos ("erga omnes"), não operaria efeitos vinculantes e nem obrigatoriedade formal ("*formally binding*") para todas as demais situações similares, visto que desprovida de vinculação automática para outros casos; b) sem embargo disso, seus efeitos de precedente persuasivo da mais elevada Corte Judiciária do País tendem a nortear o critério decisório em futuras demarcações, consoante se denota dos julgamentos do RMS nº 29.087 (j. 16.09.2014, red. p/ o acórdão o Min. Gilmar Mendes) e do RMS nº 29.542 9 (j. 30.09.2014, rel. Min. Carmen Lúcia); c) já constam inclusive da parte dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello manifestações favoráveis à conveniência do restabelecimento da Portaria AGU nº 303/2012, que reputam importante contribuição para pacificação do tema (RMS nº 29.087, 2ª Turma, j. 16.09.2014, DI de 14.10.2014, p. 72); d) a análise determinada pela Portaria AGU nº 27/2014 não demanda considerações quanto à conveniência e oportunidade acerca da manutenção, alteração ou revogação da Portaria AGU nº 303/2012, próprios da autoridade competente; e) no que concerne à compatibilidade de conteúdos jurídicos entre a Portaria AGU nº 303/2012 e a decisão integrada proferida pelo STF na Petição nº 3.388-STF, e à vista da minuta de sugestões propostas pela CGU, em caso de eventual decisão pela manutenção da Portaria nº 303/2012 far-se-iam necessárias que a minuta agregasse as exíguas adequações formuladas na sua manifestação.

(7) Por exemplo, no processo nº 08001.001453/2015-40, examinou-se a promoção do Ofício 1ªSec/RI/E/nº 164/15 (13/03/2015), no qual a 1ª Secretaria da Câmara dos Deputados, nos termos do § 2º do art. 50 da Constituição, promoveu ao Ministro de Estado da Justiça o Requerimento de Informação nº 4.320 (14/05/2014), para instar "informações em relação às medidas e providências que a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e a Procuradoria Federal da Fundação Nacional do Índio irá adotar quanto à entrada em vigor da Portaria 303/2012 da Advocacia-Geral da União". Dessa análise emergiu a controvérsia entre a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça (Parecer n. 216/2015/Conjur-MJ/CGU/AGU, de 19/03/2015) e a Procuradoria Federal Especializada junto à Funai (Despacho n. 024/2015/GAB/PFE/PFE-Funai/PGF/AGU, de 23/03/2015) acerca da vigência da Portaria AGU n. 303, de 16/07/2012, a primeira concluindo que "a Portaria AGU n. 303, de 2012, está em vigor desde a publicação do acórdão nos embargos declaratórios na Petição nº 3.388-RR, conforme expressamente prevê seu art. 6º"; a segunda sustentando que "tendo em vista que se encontram ainda pendentes de julgamento embargos declaratórios opostos em 14/02/2014 por Lawrence Manly Harte e outros, nos autos da PET 3.388, a aplicação da Portaria AGU nº 303/2012 permanece suspensa". Chamadas a Secretaria - Geral de Contencioso e a Procuradoria-Geral Federal a se manifestarem acerca dessa controvérsia, a primeira exteriorizou o Parecer AGU/SGCT/JMR/nº 37/2015 (14/04/2015), atestando que, referentemente à terra indígena Raposa Serra do Sol, e em relação às partes do Processo da Petição n. 3.388, o acórdão ali proferido pelo Supremo Tribunal Federal reveste-se atualmente de plena e imediata exequibilidade, e a segunda posicionou-se na Nota nº 023/2015/DEPCONS/PGF/AGU (23/04/2015), sufragando o entendimento do Parecer nº 216/2015/Conjur-MJ/CGU/AGU (19/03/2015).

(8) No processo nº 0688.001553/2014-10, o Ofício nº 398/2014 - AI/GAB/SDH/PR (24/09/2014), em que, para os fins de instruir apresentação de manifestação no Caso nº 12.673-MC-818-04 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (CIDH), versado aos povos indígenas da região roraimense de Raposa Serra do Sol, notadamente à situação das comunidades Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapixana e

Taurepang, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República solicitou informações acerca da vigência da Portaria AGU nº 303/2012. No processo nº 00400.000605/2015-82, o Ofício 1ºSec/RI/E/nº 687/2015 (22/05/2015), em que a Primeira Secretaria da Câmara dos Deputados, a fundamento do § 2º do art. 50 da Constituição, encaminhou à AGU o Requerimento de Informação nº 476/2015, no qual o Exmo. Deputado Federal Alceu Moreira postulou “informações em relação à definição, no âmbito da Advocacia-Geral da União, da análise das salvaguardas institucionais a serem aplicadas pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal, nos termos da Portaria/AGU nº 27, de 7 de fevereiro de 2014”, de sua análise tendo resultado a resposta veiculada pelo Aviso nº 225/AGU (26/06/2015), a noticiar-lhe que o objeto da demanda ainda se encontrava pendente de estudos no âmbito da Advocacia-Geral da União. No processo nº 00400.000799/2015-16, o Ofício nº 290/2015-P (02/07/2015), em que a Presidência da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados postulou que o Advogado-Geral da União revogasse a Portaria AGU nº 303/2012. E no processo nº 00400.000996/2016-16, a demanda do Conselho Nacional de Política Indigenista - CNPI, criado no âmbito do Ministério da Justiça pelo Decreto nº 8.593, de 17/12/2015, ora presidido pelo titular da Fundação Nacional do Índio – Funai, e por ela secretariado conjuntamente com o Ministério da Justiça e Cidadania, que insta a Advocacia-Geral a manifestar-se sobre a legalidade da sua Portaria nº 303/2012, em atenção aos termos da Resolução CNPI nº 01, de 28/04/2016, que recomenda a sua anulação, por não considerar suficiente a informação de que a questão seria resolvida após a conclusão e aprovação dos estudos em curso na AGU.

(9) Aprova a Nota n. 02/2016/ADJ/AG (11/05/2016), a qual conclui que “enquanto os estudos mencionados na Portaria nº 27, de 2014, não forem apresentados e aprovados, a Portaria nº 303, de 2012, segue sem eficácia. Não se olvide, contudo, que os julgados do Supremo Tribunal Federal têm por seu mérito próprio uma força de orientar as decisões futuras, tanto jurídicas quanto administrativas, mas não há que se falar, neste momento, de aplicação em sentido estrito da mencionada portaria”.

(10) Lei Complementar n. 73/1993: “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (...) Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.

(11) Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002 e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

(12) Trechos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da PET-ED 3.388, em 23.10.2013.

(13) O entendimento ficou consignado no voto do Min. Gilmar Mendes: “É preciso deixar claro que a consulta e comunicação, com o auxílio da FUNAI, às comunidades indígenas é fundamental, inclusive para que elas manifestem sua opinião e contribuam para a construção conjunta de metas e restrições de uso das terras, a garantir a proteção ambiental das áreas de unidades de conservação. Isso não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade, mas que a sua participação na construção de uma decisão potencializa a eficácia da conservação ambiental”.

(14) A distinção entre texto e norma pode ser encontrada em diversos estudos importantes da teoria do Direito. Entre outros, vide: GIANFORMAGGIO, Letizia. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione basata su principi*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, gennaio/marzo, IV Serie, LXII, Giuffrè, 1985, p. 89. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999, p. 101.

(15) GUASTINI, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta; 2010.

(16) Sobre o conceito de “superinterpretação” (*overinterpretation*; *sobreinterpretación*) de textos em geral (literários, científicos, etc.), vide: ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes; 2005.

(17) Como ressalta Riccardo Guastini, tratando do exemplo italiano: “La sobreinterpretación (*overinterpretation*) de la Constitución es, en Italia, una práctica constante de la Corte Constitucional, de los órganos del estado en general y de la doctrina. Son innumerables las normas no expresas que han sido extraídas del texto constitucional”. GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara; 2003, p. 167. É vasta a literatura sobre a interpretação criativa realizada por Cortes e Tribunais Constitucionais. Entre outros vários, vide: SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra Editores; 2005. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Barcelona: Gedisa; 1999. VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara; 2003. ASIS ROIG, Rafael de. *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamento*. Madrid: Marcial Pons; 1995. MALEM, Jorge (et al.). *La función judicial*. Barcelona: Gedisa; 2003. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons; 2011.

(18) STF-ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 12.04.2012.

(19) STF-ADPF 132/DF e ADI 4.277/DF, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 05.05.2011.

(20) STF-HC 82424/RS, Pleno, Relator Moreira Alves, redator para Acórdão Maurício Corrêa, DJ 19.3.2004.

(21) STF-MS 26.602/DF, Relator Eros Grau, DJ 17.10.2008.

(22) STF-ADC 12/DF, Relator Carlos Britto, julg. 20.8.2008.

(23) STF-ADI 3.510/DF, Relator Ministro Carlos Britto, julg. 29.5.2008.

(24) Trechos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da PET-ED 3.388, em 23.10.2013.

(25) TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press; 1958. Na tradução para o espanhol: TOULMIN, Stephen. *Los usos de la argumentación*. Trad. de María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona: Ediciones Península; 2007.

- (26) O esquema de argumento proposto por Toulmin deixa explícitas e distintas, separadamente, as *razões*, as *conclusões*, as *garantias*, os *qualificadores modais*, as *condições de refutação* e o *respaldo*, ao invés de simplesmente fazer referência a premissas em geral. O esquema de Toulmin seria assim mais transparente em relação à estrutura efetiva dos argumentos tal como eles são desenvolvidos na prática.
- (27) VALE, André Rufino do. *La deliberación en los Tribunales Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2017.
- (28) Os efeitos temporais da decisão foram bem esclarecidos pelo Ministro Teori Zavascki: “Quanto à eficácia temporal, a decisão embargada, como toda sentença de efeitos prospectivos, deve ser compreendida com implícita cláusula rebus sic stantibus: sua eficácia supõe a manutenção do estado de fato e de direito tomados como pressupostos do julgamento. Essa observação é particularmente significativa para o caso, uma vez que, como salientado, a sentença definiu vários aspectos importantes do regime jurídico da terra indígena demarcada. Ora, não há regime jurídico imutável. Nem mesmo o regime constitucional o é. É certo, portanto, que a decisão embargada não pode inibir futura atuação do legislador, seja no plano constitucional, seja no exercício da edição da lei complementar ou da ordinária (como as que se refere o § 6º do art. 231 da CF). Nesse sentido, sem prejuízo, obviamente, do controle jurisdicional da sua legitimidade, eventuais disposições normativas futuras, legitimamente editadas, não de ser observadas para todos os efeitos, inclusive no que se refere às ‘condicionantes’ de que trata a decisão embargada. Da mesma forma, não fica inibida futura atuação do próprio Poder Judiciário, no âmbito jurisdicional, para promover, como prevê o art. 471, I, do CPC, revisão ou complementação dos termos dessas ‘condicionantes’, para compatibilizá-las com supervenientes modificações futuras no estado de fato ou de direito”. Trechos do voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento da PET-ED 3.388, em 23.10.2013.
- (29) SUMMERS, Robert S.. *Two Types of Substantive Reasons: The Core of A Theory of Common Law Justification*. In: Cornell Law Review, nº 63, 1978, p. 730. PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Springer, Law and Philosophy Library 8; 2009, p. 259.
- (30) ATIENZA, Manuel. *O argumento de autoridade no Direito*. Trad. de André Rufino do Vale. Revista NEJ, Vol. 17 - n. 2 - p. 144-160 / mai-ago 2012.
- (31) HART, Herbert L.A.. *Commands and Authoritative Legal Reasons*. In: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Clarendon Press: Oxford, 1982.
- (32) SCHAUER, Frederick. *Authority and Authorities*. In: Virginia Law Review, vol. 94, 2008, pp. 1931-1961.
- (33) RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Trad. de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 151 e ss.
- (34) WALDRON, Jeremy. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*. (First Draft, August 2011), October 11, 2011, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-75.
- (35) Rui Barbosa havia sugerido a seguinte emenda ao art. 34 do Projeto de Constituição elaborado pela denominada “Comissão dos Cinco”, criada pelo Governo Provisório por meio do Decreto n. 23, de 3 de dezembro de 1889: “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) § 18. Criar tribunais subordinados ao Supremo Tribunal Federal”. Cf. BARBOSA, Rui. A Constituição de 1891. In: Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 40.
- (36) Constituição de 1934, Artigo 88: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”.
- (37) Constituição de 1934, Artigo 91, IV: “Compete ao Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.
- (38) O dispositivo foi reiterado nos textos de 1946 (art. 64), de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X).
- (39) BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, 13(50):61.
- (40) MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.
- (41) Na RCL n. 4.335, o STF discutiu sobre a possibilidade de a decisão de inconstitucionalidade proferida no Habeas Corpus 82.959, em sede de controle difuso, poderia revestir-se de eficácia *erga omnes* independentemente da resolução do Senado Federal.
- (42) Há muito o Supremo Tribunal Federal entende que o Senado não está obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional (MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ de 25.05.1966). Assim ensinava o Ministro Vítor Nunes: “(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.
- (43) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.462/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, em 09.12.2014.

Este texto não substitui o publicado no DOU de 20.7.2017



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
COORDENAÇÃO-GERAL DO CONTENCIOSO JUDICIAL
COORDENAÇÃO-GERAL DE ESTUDOS E PARECERES

PARECER n. 00763/2020/CONJUR-MJSP/CGU/AGU

NUP: 00734.001194/2020-38 (REF. 00405.016604/2016-91)

INTERESSADOS: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI E OUTROS

ASSUNTOS:

I - Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil. PARECER DE FORÇA EXECUTÓRIA n° 00140/2020/SGCT/AGU, que atesta a executoriedade de decisões singulares exaradas nos autos do RE n° 1.017.365, afetado à técnica da Repercussão Geral; Competência suplementar e residual dos órgãos de Consultoria Jurídica para o assessoramento da autoridade administrativa, quanto ao escoreito adimplemento de decisões judiciais (LC n° 73/93 e, no caso do MJSP, Portaria n° 1.075/17);

II - Comando judicial direcionado à Administração que **removeu a eficácia do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU**, até julgamento final de mérito no recurso paradigmático e, **mais, externou estar obstado à Administração (em sentido amplo, FUNAI e MJSP) "rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031"**.

III - Possibilidade de juízo decisório nos processos administrativos de demarcação de terras indígenas, *desde que* em contexto distinto da aplicação do supracitado Parecer vinculante;

IV - O produto do RE n° 1.017.365, por **vocação uniformizadora**, irradiará seus efeitos não só em face da atividade judicante, mas sobre a função administrativa, **sendo fundado o risco de invalidação de ato ou procedimento concluído à revelia da ratio decidendi que se consolidará no recurso paradigmático.**

Senhor Consultor Jurídico Substituto, Dr. Rafael Comparin,

I - DO RELATÓRIO

1. A SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO (SGCT) direcionou a esta CONJUR-MJSP, por solicitação desta Pasta, o PARECER DE FORÇA EXECUTÓRIA n° 00140/2020/SGCT/AGU, que atesta a executoriedade de decisões singulares exaradas pelo Ministro Edson Fachin, Relator, nos autos do Recurso Extraordinário afetado à técnica da repercussão geral, registrado sob o n° 1.017.365 (TEMA 1031).

2. O *case* envolve insurgência recursal da FUNAI em face do acórdão do TRF da 4ª Região, que manteve a sentença proferida pelo Juízo da Vara Federal de Mafra – Seção Judiciária de Santa Catarina, a qual julgou procedente ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – FATMA contra indígenas da etnia Xokleng, a FUNAI e, após a emenda à petição inicial, contra a União.

3. O mesmo órgão de Direção Superior da AGU encaminhou o OFÍCIO n. 00927/2020/SGCT/AGU, em 11/05/2020, a este MJSP, oportunidade em que nos cientificou da decisão, expediente que fora levado ao conhecimento da SECRETARIA-EXECUTIVA por meio do Ofício AGU n° 1639/2020/NAJ-CCJ/CCJ/CONJUR/MJ, no bojo destes autos SEI.

4. Nos itens 7 a 8 do PFE, explicitou os contornos das manifestações judiciais, dotadas de eficácia, vejamos:

"Em razão dos pedidos formulados, em 06/05/2020, o Min. Rel. Edson Fachin determinou, nos termos art. 1.035, § 5º, do CPC, *"a suspensão nacional dos processos judiciais, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 (Tema 1031), o que ocorrer por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso"*.

Já em 07/05/2020, o Min. Relator concedeu a tutela provisória incidental requerida, nos seguintes termos:

Diante de todas as considerações acima expostas, concedo a tutela provisória incidental

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

De consequência, **determino à FUNAI que se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031.**"

5. Em acréscimo, ressaltou a SGCT as dimensões objetiva e subjetiva do *decisum* de 07/05/2020, nos seguintes moldes:

"Materialmente, observa-se que a ordem consiste na determinação de **suspensão** de **"todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do RE 1.017.365 (Tema 1031)"**.

Quanto à eficácia subjetiva, embora não tenha sido proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, mas em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, **a tutela provisória incidental possui nítido caráter *erga omnes*, de modo que o *decisum* deve ser observado pela Administração Pública Federal.**"

6. É o breve relatório.

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

II.1 - Das considerações introdutórias sobre as atribuições das Consultorias Jurídicas para a orientação consultiva, acerca dos desdobramentos administrativos no adimplemento de decisões judiciais

7. A análise da exequibilidade de decisões judiciais, em face da Fazenda Pública Federal, reclama interpretação da Portaria n.º 1.547/08 da Advocacia-Geral da União, norma que, em apertada síntese, explicita um dos pressupostos indispensáveis para que a elas se empreste eficácia, qual seja, ser a União parte atual ou potencial. Nessa linha, confira-se o teor de seu art. 6º:

"Art. 6º Incumbe ao advogado público federal, ao qual for distribuído o processo ou a intimação contendo decisão judicial dotada de exequibilidade, comunicá-la aos órgãos jurídicos consultivos da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, conforme o caso, para que estes comuniquem os órgãos, entidades e autoridades, por eles assessorados, responsáveis pelo cumprimento.

§ 1º Para fins desta Portaria, é dotada de exequibilidade a decisão judicial, desfavorável ou favorável à Administração Pública Federal, que determine a adoção de providência administrativa para o seu cumprimento, inclusive em face da suspensão de execução, revogação, cassação ou alteração de decisão anterior, desde que não exista medida ou recurso judicial que suspenda o seu cumprimento."

8. A norma reproduzida fixa a atribuição da unidade de contencioso para análise da força executória de decisões judiciais, vale dizer, para a interpretação da exequibilidade e seus contornos. Aferir as repercussões administrativas decorrentes do cumprimento da decisão, ou seja, questões não tratadas no processo, integra a esfera de atuação da Consultoria Jurídica, conforme previsão do art. 11, I, da LC n.º 73/93 e do art. 131 da CRFB/88: *"Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;"*

9. Na mesma toada, o art. 9, V, do Regimento Interno da Consultoria Jurídica junto ao MJSP, aprovado pela Portaria n.º 1.075, de 21 de novembro de 2017: *"Art. 9º - À Coordenação de Contencioso Judicial compete: (...) V - acompanhar e **orientar, no âmbito do Ministério e de suas entidades vinculadas, a implementação e o exato cumprimento das determinações judiciais;**"*

II.2 - Da compreensão consultiva sobre a motivação considerada pela AGU, para confecção do Parecer nº GMF-05 (Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU)

10. O Parecer n.º GMF-05, aprovado pela Advocacia-Geral da União e publicado na Imprensa Oficial juntamente com Despacho de aquiescência do Exmo. Sr. Presidente da República, no dia 20 de julho de 2017, apresenta conclusão no sentido de que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da Pet. n.º 3.388/RR, fixou as salvaguardas institucionais às terras indígenas, **determinando** sua aplicação a todos os processos de demarcação de terras indígenas, **em consonância com o que esclarecido e definido pelo STF** no aresto proferido no julgamento dos Embargos de Declaração opostos na referida petição e **em outras decisões posteriores, todas analisadas no parecer, quais sejam, no RMS nº 29.087/DF, no ARE nº 803.462/MS e no RMS nº 29.542/DF.** Consta da parte conclusiva do ato (fls. 38):

"9. Conclusões

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

11. Em nossa leitura, a orientação da AGU **nada mais fez que homenagear a jurisprudência - atual - do Pretório Excelso, exortando as premissas contidas no julgado paradigmático do STF - reafirmado - e, em última análise, os valores da segurança jurídica, isonomia, unidade e da força normativa da Constituição, de modo a permitir que a Administração Pública, Direta e Indireta, ao analisar pedidos de demarcação de terras indígenas, faça-o amparada na adequada exegese do texto constitucional.**

II.3 - Da orientação nuclear contida no PFE 00140/2020/SGCT/AGU

12. Contudo, como visto, não foi essa a compreensão prevalente quando do enfrentamento do pedido de tutela provisória, pelo STF. O ato enunciativo da SGCT elucida a existência de *tutela provisória incidental* exarada no bojo do RE em Repercussão Geral nº 1.017.365 que **removeu a eficácia do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU**, até que advenha julgamento final de mérito no recurso paradigmático **e, mais, externou estar obstado à Administração (em sentido amplo, FUNAI e MJSP) "rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031"**.

II.4 - Dos caminhos administrativos, a partir da tutela provisória incidental, nos autos do RE 1.017.365, submetido ao rito da repercussão geral

II.4.1 - Do aproveitamento dos precedentes do STF

13. Um primeiro questionamento que pode ser feito pelos órgãos/entidades competentes para a prática de atos no seio de processos administrativos de demarcação de terras tradicionais (indígenas) é: (i) estaria vedado à Administração (MJSP e FUNAI) a tomada de decisões nestes procedimentos, direcionados à sua conclusão/finalização?

14. Em análise do comando dispositivo do *decisum*, **não** identificamos *vedação absoluta* para o seguimento e juízo decisório administrativo nos procedimentos de demarcação de terras em curso. Na linha do que se pode extrair do próprio PFE da SGCT e da decisão, o comando é mais restrito, a proibir que se aproveite o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, para *revisar*.

15. Dito de outro modo, **seria dado à Administração a tomada de decisões em processos de reconhecimento da tradicionalidade, desde que não se esteja a aplicar o Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU**. Quanto ao MJSP, a decisão singular do STF proíbe a expedição da portaria declaratória dos limites da terra indígena, a que alude o art. 2º, §10, I, da Portaria nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996, mediante o aproveitamento do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU.

16. (ii) A tutela provisória do Ministro Relator veda o aproveitamento da jurisprudência do próprio STF, no exercício das competências constitucionais e legais do MJSP, em demarcação de terras indígenas? Entendemos que a resposta é negativa. Parece-nos que a *ratio decidendi* do julgado orienta que **não se aproveite** as salvaguardas da PET 3388 **de forma dissociada** dos fatos que conferiram suporte àquelas conclusões, de modo que, se a Administração realizar esforço argumentativo (na motivação do ato) para demonstrar o liame, a semelhança fática entre o caso concreto e o precedente que se pretende aproveitar, não incidiria em descumprimento.

17. É a inteligência, a *contrario sensu*, do seguinte trecho decisório:

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

18. Em suma, em havendo a escorreita aplicação da **técnica do distinguishing (ou da comparação)**, para demonstrar a (des)semelhança entre o precedente que se pretende invocar e o caso concreto sob análise administrativa (processo revisional ou de demarcação inaugural) estaria autorizado à Administração impulsionar o feito, postura processual que, de todo modo, não depende da vigência e eficácia do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU. A propósito e sem pretensões de exaurimento do tema, compartilhamos, a seguir, breves considerações sobre como "aplicar" *validamente* um precedente judicial, à luz dos ensinamentos da doutrina especializada sobre o tema.

19. As regras são vocacionadas ao aproveitamento pela técnica da subsunção. Já os verbetes sumulares e os precedentes reclamam a técnica da comparação. Segundo a doutrina de DIERLE NUNES, *"raciocinar por precedentes é, essencialmente, raciocinar por comparações. Comparam-se situações, fatos, hipóteses, qualidades e atributos"* para extrair das comparações se há uma situação de similitude

forte ou fraca, a fim de definir o aproveitamento do precedente ao caso pendente de julgamento. Ou seja, acaso queira justificar o aproveitamento do precedente, a argumentação jurídica deverá demonstrar a **SIMILITUDE FÁTICA**.

20. **É o aproveitamento, no processo administrativo, *mutatis mutandis*, do art. 489, §1º, V, do CPC-15:** "§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;"

II.4.2 - Da possibilidade residual de consideração do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU

21. Se, de um lado, identificamos lastro jurídico para a sequência administrativa nos processos de demarcação pelo aproveitamento de precedentes do Supremo Tribunal Federal, com as cautelas explicitadas em tópico anterior, acerca do adequado diálogo entre a motivação do ato e os fatos da decisão que funcionou como parâmetro, noutro giro, seria interpretação apressada compreender pela inexistência de margem *atua*l para que o Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU continue a funcionar como vetor administrativo.

22. Isto porque a decisão abarca **restrição ao juízo decisório revisional** em virtude da dissonância entre o procedimento inicial de demarcação e as orientações agasalhadas pelo supracitado parecer. Por outro lado, smj, não nos parece existir óbice à consideração do ato normativo suspenso como baliza de instrução dos autos administrativos, **com diferimento do juízo decisório para momento posterior ao advento da decisão final de mérito no RE, ante a sua vocação para a vinculatividade, endo e extraprocessual**.

II.5 - Da irradiação dos efeitos de futuro acórdão no RE 1.017.365 em face dos procedimentos administrativos de demarcação pendentes (Da insegurança jurídica)

23. Os Tribunais de Superposição do Poder Judiciário Brasileiro (STJ e STF) foram constituídos para emprestar a adequada exegese em matéria infraconstitucional (legislação federal) e constitucional, de modo que seus pronunciamentos são, naturalmente, vocacionados a funcionarem como parâmetro-modelo de aplicação, em homenagem a valores como isonomia, segurança jurídica e integridade.

24. Dessarte, a função da Corte Suprema não se adstringe à reforma de julgados ou mesmo a solucionar casos concretos. Sua atuação transborda os interesses meramente *inter partes*, pelo que visa orientar a atuação da sociedade e dos demais órgãos jurisdicionais, por meio da fixação da correta exegese da norma constitucional (STF) ou infraconstitucional (STJ), com vista a criar uma norma-jurídica geral, que possa ser aproveitada em outras ações.

25. Nessa linha, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes. Ao reconhecer a multiplicidade de recursos extraordinários que vinham sendo interpostos perante o Pretório Excelso, afirmou a impossibilidade do seu funcionamento como uma simples Corte de Justiça, pelo que deixou implícita a necessidade de mudança, para que os recursos em comento passassem a ser apreciados com um viés objetivo. Observe-se o trecho que permite este raciocínio:

"A fórmula da Lei n. 8.038, de 1990, pode ensejar a ilusão de que os Tribunais Superiores podem continuar a ser Cortes de Justiça para cada caso concreto, o que é absolutamente impossível, aqui ou alhures. De alguma forma, os diversos sistemas jurídicos acabam encontrando mecanismos de racionalização para evitar que as Cortes Superiores se ocupem de causas repetidas". (Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 2014. p. 888).

26. Tal conclusão decorre do crescente aproveitamento dos precedentes emanados destes Tribunais que, em sede de recursos extraordinários (aqui compreendidos o especial e o extraordinário, *strito sensu*) e ações originárias, têm repercutido sobre os demais órgãos, cada vez mais, de forma vinculante, sendo possível que, diante da não observância deliberada da decisão paradigmática, sobrevenha a cassação do pronunciamento ou escorreita impugnação judicial do ato administrativo.

27. Pois bem, com estas breves linhas, objetivamos demonstrar que o produto do RE nº 1.017.365, por **vocação uniformizadora**, irradiará seus efeitos não só em face da atividade judicante, mas sobre a função administrativa, **sendo fundado o risco de invalidação de ato ou procedimento concluído à revelia da *ratio decidendi* que se consolidará no recurso paradigmático**. Isto por que, diante de provável judicialização, se o desfecho administrativo se divorciar das diretrizes do precedente vinculante, **a dinâmica processual internalizada pelo Codificador de 2015 orienta aos juízes a observância destes julgados**, cuja aplicação apenas é afastada pela demonstração de que são casos distintos (*distinguishing*) ou que há elementos fáticos que permitem a defesa de sua superação (*overruling*).

28. Sobre a qualidade paradigma para futuros casos dos fundamentos determinantes do julgamento em RE admitido pela repercussão geral, são as lições do Professor Guilherme Marinoni:

"Resolvida a questão, a solução formulada deverá disciplinar todos os casos idênticos (arts.

1.039 e 1.040). Vale dizer: as razões oriundas do julgamento servem tendencialmente como precedente e nessa linha devem irradiar seus efeitos para todas as questões idênticas e semelhantes". (In Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2, RT, 4ª ed., 2018: p. 572).

29. A propósito, a Advocacia-Geral da União, por meio da Portaria nº 487, de 27 de julho de 2016, apresenta diretrizes aos Advogados da União com atuação nos órgãos de contencioso para a redução do índice de litigiosidade, por meio de desistência de recurso, abstenção de resposta ou, até mesmo, reconhecimento jurídico do pedido, norma alinhada e que homenageia o sistema de precedentes do CPC-15, o que reforça provável insucesso na defesa de eventual ato administrativo contrário a acórdão extraído do julgamento em repercussão geral.

30. Em termos objetivos, em advindo ato administrativo que se revele contraditório com o precedente *vinculante*, o interessado prejudicado poderá alçar a controvérsia ao Poder Judiciário, que afastará o aproveitamento do julgado *se e somente se* restar demonstrado que são casos distintos ou que os fundamentos restaram superados (*distinguishing* ou *overruling*). Ausente estas circunstâncias, o desfecho do feito será a invalidação do ato, para a conformação aos fundamentos jurídicos do julgado vinculante. Observe-se a seguinte ementa, do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC. DISTINÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM MEDIANTE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELO INSS. QUESTÃO NÃO IMPUGNADA PELA AUTARQUIA FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO AGRAVADO. **1. Retornam os autos para novo julgamento por determinação da Suprema Corte, para observância do paradigma em repercussão geral.** 2. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 661.256/SC, declarou, em repercussão geral, que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei 8213/91". 3. Assentou a Suprema Corte, ainda, a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado do julgamento. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação mediante a devolução dos valores recebidos diante do gozo do antigo benefício, sem a impugnação pela Autarquia Federal. 5. Deve ser reconsiderado o aresto para manter a devolução do quantum auferido, tal como firmado no acórdão proferido em apelação, ante o trânsito em julgado para o INSS. 6. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial interposto por Rubens Puff (art. 1.040, II, CPC). (AgRg no REsp 1225241/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, Dje 23/06/2020)

31. Acrescente-se que a decisão ora objeto de ateste de executóriedade, conquanto não tenha obstado revisões/decisões em processos administrativos de demarcação de terras indígenas, carece de maior clareza sobre em quais hipóteses seria dado à Administração decidir, *constitucionalmente*, em momento anterior ao julgamento de mérito do RE, por exemplo, se estaria ripristinado o procedimento então adotado anteriormente ao Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU e ao julgamento da PET 3388, se remanesceria o aproveitamento, casuisticamente, dos precedentes da própria Corte - o que defendemos -, para além da possibilidade de uma mudança na jurisprudência.

32. Nesta ordem de ideias e diante de decisões que determinaram o sobrestamento de processos judiciais que debatam a tradicionalidade de terras e a posse indígena - comando aos juízes - e a não revisão de procedimentos de demarcação de terras indígenas lastreada no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU - diretriz à atividade administrativa -, **identifica-se insegurança jurídica para o exercício, pela Administração, de suas competências constitucionais na matéria, o que pode recomendar o aguardo do julgamento do RE, ao menos, para a tomada de decisões administrativas**, postura que guardaria simetria com o *status* atual dos feitos judiciais (sobrestados, por decisão do STF).

33. Não quer isso dizer, como visto, que estariam obstadas decisões em processos administrativos sobre a matéria, mas que a Administração, em homenagem à segurança jurídica, à uniformidade, e ao princípio da proteção da confiança, em face dos destinatários dos processos de demarcação - indígenas e não indígenas - pode avaliar a conveniência e oportunidade em sobrestar a conclusão dos processos administrativos pendentes, até a finalização do julgamento no RE nº 1.017.365, mesmo porque não é recomendável que a Administração pratique, neste momento, com base em tutela provisória precária por excelência, atos que possam vir a ser irreversíveis, o que contrariaria a lógica do § 3º do art. 300 do CPC.

34. Apenas sugeriríamos, acaso a postura administrativa seja neste sentido, a expedição de ato administrativo motivado, para que a omissão não seja interpretada como mora da Administração, mas, sim, como o aguardo da definição de questão prejudicial.

III - CONCLUSÕES E ENCAMINHAMENTOS

35. Em atenção às disposições do art. 11, I, da LC nº 73/93, do art. 9, V, da Portaria nº 1.075, de

21 de novembro de 2017 e da Portaria nº 1/2020 da CONJUR-MJSP, a CGCJ submete à sua deliberação as seguintes conclusões e proposta de direcionamento:

i) De acordo com o PFE nº 00140/2020/SGCT/AGU, o ato enunciativo da SGCT elucida a existência de *tutela provisória incidental* exarada no bojo do RE em Repercussão Geral nº 1.017.365 que **removeu a eficácia do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU**, até que advenha julgamento final de mérito no recurso paradigmático **e, mais, externou estar obstado à Administração (em sentido amplo, FUNAI e MJSP) "rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031"**;

ii) **Não** identificamos *vedação absoluta* para o seguimento e juízo decisório administrativo nos procedimentos de demarcação de terras em curso. Na linha do que se pode extrair do próprio PFE da SGCT e da decisão, o comando é mais restrito, a proibir que se aproveite o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, para *revisar*;

iii) A *ratio decidendi* do julgado orienta que **não se aproveite** as salvaguardas da PET 3388 **de forma dissociada** dos fatos que conferiram suporte àquelas conclusões, de modo que, se a Administração realizar esforço argumentativo (na motivação do ato) para demonstrar o liame, a semelhança fática entre o caso concreto e o precedente que se pretende aproveitar, não incidiria em descumprimento;

iv) Seria interpretação apressada compreender pela impossibilidade de que o Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU continue a funcionar como vetor administrativo, **uma vez que pode ser aproveitado adstrito à instrução processual**, diferindo-se, para após a superveniência do julgado vinculante, o juízo decisório;

v) O produto do RE nº 1.017.365, por **vocação uniformizadora**, irradiará seus efeitos não só em face da atividade judicante, mas sobre a função administrativa, **sendo fundado o risco de invalidação de ato ou procedimento que se revele, ao final, incompatível com a ratio decidendi que se consolidará no recurso paradigmático**;

vi) **Identifica-se insegurança jurídica para o exercício, pela Administração, de suas competências constitucionais na matéria, o que pode recomendar o aguardo do julgamento do RE, ao menos, para a tomada de decisões administrativas.** Apenas sugeriríamos, acaso a postura administrativa seja neste sentido, a expedição de ato administrativo motivado, para que a omissão não seja interpretada como mora da Administração, mas, sim, como o aguardo da definição de questão prejudicial;

vii) Corroborada a opinião, sugere-se sejam os autos tramitados à SECRETARIA-EXECUTIVA DO MJSP, a PROCURADORIA-FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À FUNAI, para cognição do parecer e do PFE nº 00140/2020/SGCT/AGU, e à SGCT.

À consideração superior.

Brasília, 07 de julho de 2020.

Bruno Luiz Dantas de Araújo Rosa
Advogado da União
Coordenador-Geral de Contencioso Judicial
Estudos e Pareceres

Giselli dos Santos
Advogada da União
Coordenadora-Geral de

Documento assinado eletronicamente por GISELLI DOS SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 454819872 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELLI DOS SANTOS. Data e Hora: 07-07-2020 13:44. Número de Série: 17451480. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO LUIZ DANTAS DE ARAUJO ROSA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 454819872 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO LUIZ DANTAS DE ARAUJO ROSA. Data e Hora: 07-07-2020 13:25. Número de Série: 40358683320275882631780663088. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

DESTAQUES DA PAUTA DO PLENÁRIO

1º SEMESTRE DE 2022

JULGAMENTOS DE FEVEREIRO

2 DE FEVEREIRO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADPF 635

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

Será retomado o julgamento de embargos de declaração apresentados pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) na ADPF, referente às restrições impostas à realização de operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro (RJ) durante a pandemia de covid-19. Até o momento votaram o relator da ação, ministro Edson Fachin, pelo acolhimento dos embargos, e o ministro Alexandre de Moraes, que acompanhou parcialmente o relator.

ADI 7021

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Refendo da liminar deferida pelo relator que determinou que as federações partidárias devem obter registro de estatuto até seis meses antes das eleições, mesmo prazo definido em lei para que qualquer legenda esteja registrada e apta a lançar candidatos. O ministro suspendeu trecho da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995), inserido pela Lei 14.208/2021, que permitia às federações se constituírem até a data final do período de convenções partidárias, cerca de dois meses antes das eleições. A ADI foi ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

ADI 4591

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Ação ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e pelo Democratas (DEM) contra a Resolução 22.121/2005, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), com alterações da Resolução 22.746/2008. As normas estabelecem regras de adequação de institutos ou fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política de partidos políticos ao Código Civil de 2002.

ADI 6281

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

A Associação Nacional dos Jornais (ANJ) questiona dispositivos da Lei Eleitoral (Lei 9.504/1997) e da Resolução 23.551/2017 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que limitam a possibilidade de veiculação de propaganda eleitoral na imprensa escrita e proíbem esse tipo de propaganda paga na internet, exceção do impulsionamento de conteúdo, desde que identificado de forma inequívoca e contratado exclusivamente por partidos, coligações e candidatos e seus representantes.

RE 999435

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Repercussão geral – Discute a necessidade de negociação coletiva antes de demissões em massa. O caso com concreto diz respeito à dispensa, em 2009, de mais de quatro mil empregados da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. (Embraer). O julgamento retoma com o voto-vista do ministro Dias Toffoli.

3 DE FEVEREIRO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADI 6630

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES

Questiona a expressão “após o cumprimento da pena” constante da parte final da redação da alínea ‘e’, inciso I, artigo 1º, da Lei Complementar (LC) 64/1990, com a redação dada pelo artigo 2º da LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). O dispositivo torna inelegível quem for condenado, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, pelos crimes dispostos na LC 64/1990.

RE 1307334

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Repercussão geral – Discute a constitucionalidade da penhora de bem de família do fiador em contrato de locação comercial. Até o momento, quatro ministros consideram que não há impedimento para a penhora, e outros quatro entendem que essa possibilidade viola o direito à moradia.

ADI 5755

RELATORA: MINISTRA ROSA WEBER

Questiona a Lei 13.463/2017, que trata do cancelamento dos precatórios cujos valores não tenham sido levantados pelos credores no prazo de dois anos e prevê que essa providência seja tomada diretamente pelas instituições financeiras oficiais.

9 DE FEVEREIRO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADPF 913

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

STF vai decidir se referenda ou não liminar que determinou a exigência de comprovante de vacina para quem vem do exterior.

ADPFs 898, 900, 901 e 905

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Referendo da liminar deferida pelo relator, que suspendeu dispositivos da Portaria 620/2021, do Ministério do Trabalho e Previdência, que proíbem empresas de exigirem comprovante de vacinação na contratação ou na manutenção do emprego do trabalhador, autorizando que empregadores exijam o comprovante de seus empregados.

ADI 3486

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Questiona a chamada federalização dos crimes contra direitos humanos, instituída pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário). O dispositivo firma a competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas relativas a direitos humanos. Sobre o mesmo tema será julgada em conjunto a ADI 3493.

10 DE FEVEREIRO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADI 6649 e ADPF 695

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

Questionam o Decreto 10.046/2019, da Presidência da República, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados.

ARE 1225185

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

Repercussão geral – O STF irá decidir se um tribunal de segunda instância pode determinar a realização de novo júri, caso a absolvição do réu tenha ocorrido em suposta contrariedade à prova dos autos.

16 DE FEVEREIRO DE 2022

QUARTA-FEIRA

RE 1348854

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Repercussão geral – O STF irá decidir se é possível estender o benefício da licença-maternidade de 180 dias a servidores públicos que sejam pais solteiros e se a extensão desse benefício aos homens está condicionada a indicação prévia (por meio de lei) de fonte de custeio.

ADI 3454

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Questiona o inciso XIII do artigo 15 da Lei 8.080, que em setembro de 1990, regulamentou o SUS (Sistema Único de Saúde). O dispositivo permite que a União, os Estados e os Municípios requeiram bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas em caso de perigo iminente, calamidade pública ou epidemias.

RE 962189

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

O STF vai decidir se o Tribunal de Contas estadual pode determinar a indisponibilidade cautelar de bens. Em discussão está o artigo 121, inciso V, da Lei Orgânica do TCE-RN (Lei 464/2012, que conferiu ao órgão esse poder).

RE 667958

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

Repercussão geral – O STF analisará se o monopólio estatal do serviço postal conferido aos Correios impede municípios de entregarem diretamente guias de arrecadação tributária aos contribuintes.

17 DE FEVEREIRO DE 2022

QUINTA-FEIRA

AP 864

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Na ação, o deputado federal Silas Câmara (Republicanos-AM) responde pela prática do crime de peculato, por supostamente desviar, em proveito próprio, recursos destinados ao pagamento dos salários dos funcionários de seu gabinete.

ADI 5399

RELATOR: ROBERTO BARROSO

Questiona a Lei 15.854/2015, do Estado de São Paulo, que obriga os fornecedores de serviços prestados de forma contínua estenderem o benefício de novas promoções aos clientes preexistentes.

ADI 6191

RELATOR: ROBERTO BARROSO

Questiona a Lei 16.600/2019, do Estado de Pernambuco, que dispõe sobre a proteção do consumidor pernambucano em relação às práticas abusivas por parte de prestadoras de serviços de telecomunicações.

ADI 5108

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Questiona expressões contidas na Lei da Meia-Entrada (Lei 12.933/2013), por alegada ofensa ao princípio constitucional da liberdade de associação. O objetivo é assegurar que a carteira de estudante possa ser emitida por qualquer entidade estudantil municipal ou estadual, sem a necessidade de prévia filiação às entidades.

23 DE FEVEREIRO DE 2022

QUARTA-FEIRA

A pauta da sessão será composta por processos remanescentes.

24 DE FEVEREIRO DE 2022

QUINTA-FEIRA

A pauta da sessão será composta por processos remanescentes.

JULGAMENTOS DE MARÇO

9 DE MARÇO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADIs 6921 e 6931

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

O PDT e a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura (ABTA) contestam a validade do carregamento obrigatório de canais de programação por prestadores de serviços de TV paga.

AP 965

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Embargos de declaração contra decisão que condenou o deputado federal Paulo Pereira da Silva, o Paulinho da Força (SD-SP), à pena de 10 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de dinheiro e associação criminosa.

ADI 5667

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES

A PGR questiona dispositivos inseridos pela Lei 12.970/2011 ao Código Brasileiro de Aeronáutica referentes aos procedimentos de apuração do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) e sobre o sigilo das investigações de acidentes aéreos no país.

ADI 3753

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

O Estado de São Paulo contesta a meia entrada para professores da rede pública paulista de ensino em estabelecimentos que proporcionem lazer e entretenimento.

10 DE MARÇO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADI 4980

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES

O STF vai decidir se é possível a representação fiscal para fins penais junto ao Ministério Público referente aos crimes contra a ordem tributária, independentemente do esgotamento do processo administrativo fiscal.

ADI 3087

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Ação questiona dispositivo da Lei estadual 4.179/2003 do Rio de Janeiro, segundo o qual o atendimento aos projetos e atividades do Programa Estadual de Acesso à Alimentação (PEAA) correrá à conta de dotações consignadas anualmente ao orçamento do Fundo Estadual de Saúde (FES), vinculado à Secretaria de Estado de Saúde.

AP 969

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

O ex-deputado federal André Moura é acusado da utilização de veículos municipais e de servidores, que atuavam como motoristas. O julgamento está empatado.

16 DE MARÇO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADI 6138

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) questiona lei que autoriza a autoridade policial a afastar o suposto agressor do domicílio com a ofendida quando verificada a existência de risco à vida ou à integridade da mulher.

ADI 3667

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

A Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos (Abimaq) questiona decreto do Estado do Rio de Janeiro que instituiu o programa Report-Rio, estabelecendo tratamento tributário diferenciado para o reequipamento portuário.

RE 625263

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

O recurso discute a possibilidade de renovação sucessiva de autorização de interceptação telefônica para fins de investigação criminal, sem limite definido de prazo (Tema 661 da repercussão geral).

RE 1093553

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

O STF analisará a constitucionalidade artigo do Código Penal que tipifica como crime a prática de ato obsceno em local público, aberto ou exposto ao público. (Tema 989 da repercussão geral).

17 DE MARÇO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADIs 6040 e 6055

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

O Instituto Aço Brasil e a CNIO contestam normas que disciplinam o procedimento de devolução dos resíduos tributários que remanescem na cadeia de produção de bens exportados.

ADI 5982

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES

O governo de Santa Catarina questiona dispositivos do Estatuto do Ministério Público da União que confere a seus membros, entre outras, a atribuição de requisitar informações, perícias, exames e documentos de órgãos da administração pública.

RE 1116485

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Repercussão geral – Recurso que discute a necessidade, ou não, de revisão ou de cancelamento da Súmula Vinculante nº 9, em virtude da Lei 12.433/2011 que, ao alterar o art. 127 da Lei de Execução Penal (LEP), permite ao magistrado, nos casos de prática de falta grave, revogar até 1/3 do tempo da pena remido, reiniciando-se a contagem a partir da data da infração disciplinar.

23 DE MARÇO DE 2022

QUARTA-FEIRA

RE 630852

RELATORA: MINISTRA ROSA WEBER

Repercussão geral – O recurso discute a aplicação do Estatuto do Idoso em contrato de plano de saúde firmado antes de sua entrada em vigor (Tema 381 da Repercussão Geral).

ADIs 6399, 6403 e 6415

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO – APOSENTADO

As ações contestam o fim do voto de qualidade em empate nos julgamentos administrativos fiscais do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf). O julgamento será retomado com o voto-vista do ministro Alexandre de Moraes.

ADI 3596

RELATORA: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

O PSOL questiona, entre outros pontos, o poder normativo delegado à ANP para decidir sobre a venda de blocos petrolíferos.

ADI 5032

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO – APOSENTADO

A PGR contesta a competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem e de combate ao crime. O julgamento será retomado com o voto-vista do ministro Roberto Barroso.

24 DE MARÇO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ARE 848107

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Repercussão geral – O recurso discute se a contagem do prazo para a prescrição da pretensão executória deve começar a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação ou para todas as partes (Tema 788 da repercussão geral).

RE 660814

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

O STF decidirá se é constitucional norma da Corregedoria-Geral de Justiça que determina a tramitação direta de inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Civil (Tema 1.034 da repercussão geral).

ADI 5683

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

O PSOL questiona Lei estadual que autorizou a privatização da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (Cedae), do Rio de Janeiro. O relator deferiu liminar para afastar da Lei estadual 7.529/2017 a interpretação que permita que a operação de crédito autorizada pela norma possa ser realizada junto a instituições financeiras estatais para o pagamento de despesas com pessoal.

JULGAMENTOS DE ABRIL

6 DE ABRIL DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADC 69

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

O partido Novo pede que seja confirmada a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000, a LRF) que tratam do limite de gastos com pessoal, especialmente a soma dos gastos com inativos e pensionistas.

ADPF 787

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

O Partido dos Trabalhadores (PT) questiona atos do Ministério da Saúde relativos à atenção à saúde primária de pessoas transexuais e travestis. O relator deferiu liminar para determinar que o Sistema Único de Saúde (SUS) altere, em 30 dias, seus sistemas de informação para incluir atendimento médico agendado em qualquer especialidade e a realização de exames em pacientes transexuais e travestis, independentemente do sexo biológico apontado em seus registros civis.

RE 958252

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Embargos de declaração opostos contra decisão que reconheceu a constitucionalidade do instituto da terceirização em toda e qualquer atividade e afastou a interpretação conferida pelo TST à matéria na Súmula 331.

7 DE ABRIL DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADI 5322

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres (CNTT) questiona a Lei dos Caminhoneiros (Lei 13.103/2015). A norma regulamenta o exercício da profissão de motorista nas atividades de transporte rodoviário de cargas e de passageiros e, entre outros pontos, reduz horários para descanso e alimentação, além de exigir a realização de exame toxicológico.

ADI 5492 e 5737

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Questionam dispositivos da Lei Federal 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil.

RE 966177

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Repercussão geral – Discute se a Constituição Federal de 1988 recepcionou (mantém válido) o artigo 50, caput, do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais), pelo qual é tipificada a exploração ou o estabelecimento de jogos de azar como contravenções penais.

20 DE ABRIL DE 2022

QUARTA-FEIRA

ARE 1121633

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

Discute a validade de norma coletiva de trabalho que suprimiu direitos relativos às chamadas horas in itinere, tempo gasto pelo trabalhador em seu deslocamento entre casa e trabalho.

ADPF 381

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

A Confederação Nacional do Transporte (CNT) questiona decisões do TST e de Tribunais Regionais do Trabalho que declararam inválidos dispositivos de convenções coletivas pactuadas entre transportadoras e motoristas e condenaram os empregadores ao pagamento de horas extras e de horas trabalhadas em dias de descanso antes da vigência da Lei 12.619/2012, que disciplinou os direitos e deveres dos motoristas profissionais. O relator concedeu medida cautelar para suspender todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a aplicação do artigo 62, inciso I, da CLT aos motoristas profissionais externos do setor de transporte de cargas.

RE 912888

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Repercussão geral – Embargos de declaração opostos contra decisão que considerou que o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a assinatura básica mensal de telefonia.

27 DE ABRIL DE 2022

QUARTA-FEIRA

A sessão será composta por processos remanescentes.

28 DE ABRIL DE 2022

QUINTA-FEIRA

A sessão será composta por processos remanescentes.

JULGAMENTOS DE MAIO

4 DE MAIO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADC 45

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

A ação defende a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Licitações (Lei 9.666/1993) que permitem a contratação de advogados por entes públicos pela modalidade de inexigibilidade de licitação.

REs 610523 e 656558

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Recursos com repercussão geral que discutem a possibilidade de dispensa de licitação para contratação de serviços jurídicos por entes públicos.

RE 1188352

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Recurso com repercussão geral onde se discute a competência legislativa para editar normas sobre a ordem de fases de processo licitatório.

5 DE MAIO DE 2022

QUINTA-FEIRA

RE 611601

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Recurso com repercussão geral de autoria da empresa Celulose Irani S/A contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4). Discute a constitucionalidade da contribuição social devida pela agroindústria.

RE 816830

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Recurso com repercussão geral que discute a constitucionalidade da incidência da contribuição ao Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), cobrada sobre a receita bruta do produtor rural pessoa física, com alíquota de 0,2%.

ADI 4395

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

A ação questiona o artigo 1º da Lei 8.540/1992, que determina que os agropecuaristas, fornecedores dos associados da Associação Brasileira de Frigoríficos, passem a ser contribuintes obrigatórios à previdência social.

RE 1008166

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Recurso com repercussão geral que discute o dever do Estado em garantir o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de 0 a 6 anos de idade.

11 DE MAIO DE 2022

QUARTA-FEIRA

RE 955227

RELATOR: MINISTRO ROBERTO BARROSO

O recurso discute os efeitos de uma decisão transitada em julgado em matéria tributária quando há posteriormente pronunciamento em sentido contrário pela Suprema Corte (Tema 885 da repercussão geral).

RE 949297

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

Neste recurso, o colegiado vai decidir se decisão transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, perde sua eficácia em razão de superveniente declaração de constitucionalidade da norma pelo STF, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (Tema 881 da repercussão geral).

ADC 51

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

A ação discute o controle de dados por provedores de internet no exterior, como exposto em Acordo de Assistência Judiciário-Penal firmado entre o Brasil e os Estados Unidos.

ADI 6287

RELATORA: MINISTRA ROSA WEBER

Julgamento de mérito da ação que questiona critérios para retransmissão de rádio na Amazônia Legal dispostos na Lei 13.649/2018

RE 732686

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Recurso com repercussão geral que discute a constitucionalidade de lei que exige a substituição de sacolas plásticas por material biodegradável. Decisão a ser tomada será aplicada a casos semelhantes.

12 DE MAIO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADI 3356

RELATORA: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Julgamento dos embargos de declaração que pedem a suspensão dos efeitos erga omnes (para todos) da declaração de inconstitucionalidade da norma que permitia a extração, a industrialização, a comercialização e a distribuição do amianto crisotila no país. Sobre o mesmo tema serão julgados embargos de declaração nas ADIs 3357, 3406 e 3470 e na ADPF 109.

RE 1224374

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Recurso com repercussão geral que discute se é constitucional a regra do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) que classifica como infração de trânsito a recusa do condutor de veículo a se submeter ao teste do “bafômetro”.

ADIs 4017 e 4103

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

As ações tratam da constitucionalidade de norma que proíbe a venda de bebidas alcoólicas às margens das rodovias federais.

18 DE MAIO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADPF 289

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

e RHC 142608

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

Os processos discutem o limite da competência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz.

RE 928943

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Recurso com repercussão geral que discute se é constitucional a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) nas remessas ao exterior.

19 DE MAIO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADI 4785

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

A ação questiona lei de MG que institui a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários (TFRM). Sobre o mesmo tema será julgada a ADI 4786 contra lei semelhante do PA, de relatoria do ministro Nunes Marques, e a ADI 4787, contra lei do AP, de relatoria do ministro Luiz Fux.

RE 964659

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Recurso com repercussão geral que discute a possibilidade de recebimento de remuneração inferior ao salário mínimo por servidor público que trabalha em regime de carga horária reduzida.

25 DE MAIO DE 2022

QUARTA-FEIRA

A sessão será composta por processos remanescentes

26 DE MAIO DE 2022

QUINTA-FEIRA

A sessão será composta por processos remanescentes

JULGAMENTOS DE JUNHO

1º DE JUNHO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADI 4905

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

Questiona a constitucionalidade de multa para os casos de indeferimento dos pedidos de ressarcimento e de não homologação das declarações de compensação de créditos perante a Receita Federal.

RE 796939

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

O recurso discute a imposição de multa pela Receita Federal sobre a compensação tributária não homologada (Tema 736 da repercussão geral).

ADI 5595

RELATOR: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

A ação trata do orçamento impositivo para a saúde.

RE 860631

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Discute a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel (Tema 982 da repercussão geral).

2 DE JUNHO DE 2022

QUINTA-FEIRA

ADI 5507

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

A ação questiona alteração introduzida pela Minirreforma Eleitoral para que as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato sejam reunidas para julgamento comum, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira.

RE 1210727

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Analisa se é constitucional lei municipal que proíbe a soltura de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos ruidosos (Tema 1056 da repercussão geral).

8 DE JUNHO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADPF 334

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

A ação discute o direito a prisão especial aos portadores de diploma de ensino superior.

RE 842844

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

O recurso trata do direito de gestante, contratada pela Administração Pública por prazo determinado ou ocupante de cargo em comissão, de usufruir licença-maternidade e ter estabilidade provisória (Tema 542 da repercussão geral).

RE 1133118

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

O recurso discute a possibilidade de nomeação de cônjuge, companheiro ou parente, em linha reta colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante, para o exercício de cargo político (Tema 1000 da repercussão geral).

9 DE JUNHO DE 2022

QUINTA-FEIRA

RE 608588

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

O recurso discute se o município tem competência legislativa para instituir guarda civil para exercer o policiamento preventivo e comunitário (Tema 656 da repercussão geral).

ADPF 188

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

Nove estados do Nordeste questionam a forma de cálculo para distribuição de cotas do salário-educação.

15 DE JUNHO DE 2022

QUARTA-FEIRA

ADI 6553

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

O STF irá discutir a exclusão de cerca de 862 hectares do Parque Nacional do Jamanxim, no Pará.

ARE 1042075

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

Trata da inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações telefônicas no acesso pela autoridade policial a dados de telefone celular encontrado no local do crime (Tema 977 da repercussão geral).

RE 1167478

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

O STF irá analisar se, após a EC 66/2010, a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela se mantém como instituto autônomo no ordenamento jurídico brasileiro (Tema 1053 da repercussão geral).

ADIs 3450 e 4112

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

As ações discutem a regulamentação e renovação de interceptações telefônicas.

22 DE JUNHO DE 2022

QUARTA-FEIRA

RE 1037396

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

O recurso discute a exigência prévia e específica de ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros (Tema 987 da repercussão geral).

RE 1057258

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

Questiona o dever de empresa hospedeira de sítio na internet fiscalizar o conteúdo publicado e de retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário. (Tema 533 da repercussão geral).

ADI 2362

RELATOR: MINISTRO NUNES MARQUES

A ação discute o pagamento de precatórios pendentes na data da promulgação da Emenda Constitucional 30/2000, de forma parcelada, em até dez anos.

ADI 4164

RELATOR: MINISTRO GILMAR MENDES

O STF irá decidir se os policiais militares, em tempos de paz, podem ser considerados militares para efeitos penais.

23 DE JUNHO DE 2022

QUINTA-FEIRA

RE 1017365

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

O Tribunal prosseguirá com a análise do recurso que discute a definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena e desde quando deve prevalecer essa ocupação. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Alexandre de Moraes (Tema 1031 da repercussão geral).

ADI 5941

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

A ação discute a constitucionalidade da apreensão da Carteira Nacional de Habilitação e/ou a suspensão do direito de dirigir, da apreensão de passaporte e da proibição de participação em concurso público e em licitação pública como medidas para assegurar o cumprimento de ordem judicial.

RE 646104

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI

O recurso trata da representatividade sindical de micro e pequenas indústrias artesanais, e do direito, como consequência, de receberem contribuição sindical (Tema 488 da repercussão geral).

RE 1010819 – segundos embargos de declaração

RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

Recurso contra decisão do STF que considerou que a ação civil pública pode ser proposta após o trânsito em julgado de ação de desapropriação, mesmo depois de expirado o prazo para o ajuizamento de ação rescisória. O Tribunal decidirá se houve omissão ou contradição no julgamento (Tema 858 de repercussão geral).

29 DE JUNHO DE 2022

QUARTA-FEIRA

A sessão será composta por processos remanescentes.

30 DE JUNHO DE 2022

QUINTA-FEIRA

A sessão será composta por processos remanescentes.

JULGAMENTOS DE JULHO

1º DE JULHO DE 2022

SEXTA-FEIRA

A sessão será composta por processos remanescentes.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
EMBTE.(S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
EMBTE.(S)	: LAWRENCE MANLY HARTE E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ VALDEMAR ALBRECHT
EMBTE.(S)	: FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV.(A/S)	: ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
EMBTE.(S)	: COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ E OUTROS
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARÃES
EMBTE.(S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
EMBTE.(S)	: AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E OUTROS
ADV.(A/S)	: CÁRMINO EUDÓXIO SANTOLÉRI
EMBDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
INTDO.(A/S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL

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

1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos.

2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005,

PET 3388 ED / RR

observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º).

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

4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, em:

(i) por unanimidade, não conhecer dos embargos de declaração opostos por Ação Integralista Brasileira, Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior, nos termos do voto do Relator;

(ii) por unanimidade, negar provimento aos embargos opostos por

PET 3388 ED / RR

Lawrence Manly Harte e outros e pelo Estado de Roraima, nos termos do voto do Relator;

(iii) por maioria, dar parcial provimento, sem efeitos modificativos, aos embargos de declaração opostos pelo Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti, pela Procuradoria-Geral da República e pelas Comunidades Indígenas, apenas para prestar os esclarecimentos expressos na Ementa, nos termos do voto do Relator. Quanto aos embargos opostos pelo Senador Mozarildo Cavalcanti, ficou vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio que lhes dava provimento em maior extensão. Quanto aos embargos da Procuradoria-Geral da República, ficaram vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente), que lhe davam provimento com efeitos modificativos;

(iv) por unanimidade, delegar ao Relator a incumbência de dirigir um ofício, em nome da Corte, ao Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, cumprimentando-o pela dedicação e pelo excelente trabalho desenvolvido na supervisão judicial sobre a execução da Portaria e do Decreto que demarcaram a Terra Indígena Raposa Serra do Sol; e

(v) por unanimidade, declarar exaurida a competência originária deste Tribunal para julgar processos relacionados à referida Terra Indígena, quando do trânsito em julgado deste acórdão.

Brasília, 23 de outubro de 2013.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
EMBTE.(S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
EMBTE.(S)	: LAWRENCE MANLY HARTE E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ VALDEMAR ALBRECHT
EMBTE.(S)	: FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV.(A/S)	: ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
EMBTE.(S)	: COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ E OUTROS
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARÃES
EMBTE.(S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
EMBTE.(S)	: AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E OUTROS
ADV.(A/S)	: CÁRMINO EUDÓXIO SANTOLÉRI
EMBDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
INTDO.(A/S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL

RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
(RELATOR):**

1. Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão do Tribunal Pleno que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação popular para, observadas algumas condições, declarar

PET 3388 ED / RR

a validade da Portaria nº 534, de 13.04.2005, do Ministro de Estado da Justiça, que demarcou a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e do Decreto de 15.04.2005, que a homologou. Confira-se a ementa e o dispositivo do acórdão embargado:

“AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e

PET 3388 ED / RR

estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na Terra Indígena São Marcos, matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

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

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os

PET 3388 ED / RR

dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos n os 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo índios é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As terras indígenas versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou independência nacional (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as terras indígenas são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinde qualquer unidade federada. Primeiro, porque as

PET 3388 ED / RR

unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS POVO, PAÍS, TERRITÓRIO, PÁTRIA OU NAÇÃO INDÍGENA. Somente o território enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo

PET 3388 ED / RR

terras é termo que assume postura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em terras indígenas. A traduzir que os grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, País, Pátria, território nacional ou povo independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de nacionalidade e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias,

PET 3388 ED / RR

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

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de desenvolvimento nacional tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que

PET 3388 ED / RR

tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das fazendas situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da Raposa Serra do Sol. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico

PET 3388 ED / RR

da causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado princípio da proporcionalidade. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado princípio da proporcionalidade, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. DIREITOS ORIGINÁRIOS. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de originários, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como nulos e extintos (§ 6º do art. 231 da CF).

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em bolsões, ilhas, blocos ou clusters, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A

PET 3388 ED / RR

ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de conservação e preservação ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação

PET 3388 ED / RR

intraétnica , menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em:

PET 3388 ED / RR

I) preliminarmente, por unanimidade de votos, resolver questão de ordem, proposta pelo Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de admitir o ingresso na lide do Estado de Roraima e de Lawrence Manly Harte, Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivalcir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiero, Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domício de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres, na condição de assistentes do autor popular, e da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Comunidade Indígena Socó e da Comunidade Indígena Barro, Comunidade Indígena Maturuca, Comunidade Indígena Jawari, Comunidade Indígena Tamanduá, Comunidade Indígena Jacarezinho e Comunidade Indígena Manalai, todos na posição de assistentes da União, recebendo o processo no estado em que se encontra. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, em 27.08.2008;

II) por maioria de votos, julgar a ação parcialmente procedente, nos termos dos fundamentos e salvaguardas institucionais constantes do voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, mas sob complemento de tais salvaguardas institucionais a partir do voto-vista do Ministro Menezes Direito e colegiadamente ajustadas em sua redação final. Vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, que julgava totalmente improcedente a ação, e Marco Aurélio, que suscitara preliminar de nulidade do processo e, no mérito, declarava a ação popular inteiramente procedente. Declarada, então, a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, sob as seguintes salvaguardas institucionais majoritariamente aprovadas: a) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (§ 2º do art. 231 da Constituição Federal) não se sobrepõe ao relevante interesse público da União, tal como ressaído da Constituição e na forma de lei complementar

PET 3388 ED / RR

(§ 6º do art. 231 da CF); b) o usufruto dos índios não abrange a exploração mercantil dos recursos hídricos e dos potenciais energéticos, que sempre dependerá (tal exploração) de autorização do Congresso Nacional; c) o usufruto dos índios não alcança a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que sempre dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, tudo de acordo com a Constituição e a lei; d) o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira; e) o usufruto dos índios não se sobrepõe aos interesses da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho igualmente estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa, ouvido o Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas, assim como à Fundação Nacional do Índio (FUNAI); f) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito das respectivas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às respectivas comunidades indígenas, ou à FUNAI; g) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; h) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, respeitada a legislação ambiental; i) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades aborígenes, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes deles, indígenas, que

PET 3388 ED / RR

poderão contar com a consultoria da FUNAI, observada a legislação ambiental; j) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios é de ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; l) admitem-se o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios em terras indígenas não ecologicamente afetadas, observados, porém, as condições estabelecidas pela FUNAI e os fundamentos desta decisão; m) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios, respeitado o disposto na letra l, não podem ser objeto de cobrança de nenhuma tarifa ou quantia de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; n) a cobrança de qualquer tarifa ou quantia também não é exigível pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou outros equipamentos e instalações públicas, ainda que não expressamente excluídos da homologação; o) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que atente contra o pleno exercício do usufruto e da posse direta por comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); p) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha às etnias nativas a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); q) as terras sob ocupação e posse das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; r) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; s) os direitos dos índios sobre as suas terras são imprescritíveis, reputando-se todas elas como inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); t) é assegurada a

PET 3388 ED / RR

participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, situadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. Vencidos, quanto à alínea r, a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Eros Grau e Carlos Ayres Britto, relator. Cassada a liminar concedida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR. Quanto à execução da decisão, o Tribunal determinou seu imediato cumprimento, independentemente da publicação deste acórdão, confiando sua supervisão ao Relator do feito, Ministro Carlos Ayres Britto, em entendimento com o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especialmente com o seu Presidente, Desembargador Jirair Aram Meguerian. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que votou no processo.”

2. Foram opostos sete embargos de declaração:

(i) O Senador Augusto Affonso Botelho Neto (autor) sustenta ter ocorrido omissão e contradição no acórdão quanto à situação específica da chamada Fazenda Guanabara. Pede sua exclusão da área da terra indígena sob o fundamento de que seria de ocupação privada desde o início do século XX, o que teria sido reconhecido por sentença proferida em ação discriminatória, já transitada em julgado.

(ii) O Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti (assistente do autor) afirma que o acórdão seria contraditório ao dar natureza mandamental a uma decisão declaratória proferida em sede de ação popular. Aponta também outra suposta contradição, consistente no fato de o Estado de Roraima não ter sido citado para integrar a lide como litisconsorte do autor, embora a competência desta Corte para julgar a ação popular tenha resultado da existência de conflito federativo. Suscita também onze questões sobre as quais o Tribunal, em sua avaliação, deveria se pronunciar:

- a) Pessoas miscigenadas podem permanecer na reserva?
- b) Pessoas que vivem maritalmente com índios podem permanecer na reserva?

PET 3388 ED / RR

- c) Autoridades religiosas de denominações não-indígenas podem continuar a exercer suas atividades na reserva?
 - d) Os templos religiosos já construídos devem ser destruídos?
 - e) As escolas públicas estaduais ou municipais podem continuar em funcionamento?
 - f) Em caso positivo, podem continuar a lecionar o currículo voltado à população não-índia?
 - g) A passagem de não-índios pela única rodovia federal que liga Boa Vista à cidade de Pacaraima, na fronteira com a Venezuela, foi negada ou assegurada, no todo ou em parte (i.e., dependente de autorização)?
 - h) Idem, quanto à rodovia BR-433, que liga Normandia a Pacaraima.
 - i) A quem cabe autorizar a passagem por essas rodovias?
 - j) Como ficam as ações individuais que questionam a boa-fé dos portadores dos títulos de propriedade? Foram automaticamente extintas, com violação ao contraditório e à ampla defesa, ou serão julgadas individualmente?
 - k) “Como se dará a posse das fazendas desocupadas? Se um grupo ou entidade indígena, já ocupa determinada área, pode ser retirada sob o pretexto de que foram contrários à homologação nos termos decididos pelo eg. STF?” (fl. 15.646)
- (iii) Lawrence Manly Harte e outros (assistentes dos autores) afirmam que haveria omissão e contradição no acórdão, na parte em que determinou o cumprimento de uma decisão declaratória como se condenatória fosse. Sustentam ainda que o acórdão teria sido omissivo ao impor-lhes uma decisão prejudicial sem que tenham tido oportunidade de produzir as provas de que poderiam dispor.
- (iv) As Comunidades Indígenas Socó, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai (assistentes da ré) suscitam dúvidas relativas:

PET 3388 ED / RR

- a) Ao exercício da garimpagem pelos índios;
- b) À necessidade de lei complementar com relação às proposições e e g do acórdão;
- c) À exigência de prévia consulta às comunidades indígenas, quanto à condicionante e;
- d) Ao risco de o Instituto Chico Mendes restringir a posse permanente e o usufruto dos índios (condicionantes h e i);
- e) À necessidade de prévia consulta ou autorização, por parte dos índios quanto ao ingresso, trânsito e permanência de não-índios que não sejam autoridades públicas no exercício de suas funções (condicionante l).
- f) Ao eventual pagamento de indenizações pela “ocupação” de parte das terras indígenas para execução de obras que, embora situadas fora da área demarcada, gerem impactos sobre as comunidades ou que restrinjam seu usufruto exclusivo;
- g) À proibição de ampliação da área demarcada (condicionante r);

(v) O Estado de Roraima (assistente do autor) suscita, de início, uma omissão relativa à liderança da União na prestação de serviços de saúde e educação. Isso pelo fato de que o Estado tem diversas escolas em áreas indígenas, além de uma empresa sob seu controle (CER) prestar o serviço de distribuição de energia elétrica no interior do território estadual. Alega, também, que o acórdão teria sido omissivo quanto à possibilidade de as comunidades indígenas restringirem a passagem de não-índios pelas rodovias federais e pelos rios que cruzam a área homologada.

(vi) A Procuradoria-Geral da República (custos legis) questiona, inicialmente, a fixação de condições em abstrato pela Corte, considerando, em especial, os limites impostos pelos princípios do Estado de Direito, da separação de Poderes e do devido processo legal, uma vez que as condições indicadas não teriam sido objeto de contraditório. Em

PET 3388 ED / RR

particular, alega que o acórdão teria dado uma primazia incondicionada aos interesses (por vezes econômicos) da União, bem como à proteção do meio ambiente, em detrimento dos índios. Teria ainda desconsiderado a exigência de prévia edição da lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição. Sustenta, ainda, que o julgado teria violado diversos dispositivos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho ao afastar a consulta aos índios em algumas hipóteses, ou ao dar-lhe um caráter meramente opinativo. Por fim, aponta que a vedação à expansão das áreas demarcadas equivaleria a uma “proibição do avanço social”, além de impedir a correção de eventuais vícios e até a aquisição de novas áreas, pelos índios, pelas vias tradicionais do direito civil.

(vii) A Ação Integralista Brasileira, o Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior sustentam, em síntese, que a demarcação impede o progresso e gera um “um regime de ‘apartheid’ a favor de um conjunto de pessoas que trabalham com muito menos intensidade (fl. 15.700). Pedem, ao final, que se declare que: “não é possível expulsar os não-índios dessa área denominada Raposa Serra do Sol, porque isso implicaria em discriminação racial; não é possível que uma demarcação de terras envolvendo tantos interesses de tantas pessoas e do Estado de Roraima, seja feita por processo administrativo, no qual a interessada e autora a FUNAI julgava em causa própria, sem a imprescindível imparcialidade; a demarcação só podendo ser feita mediante processo judicial com citação de todos os interessados; que devem ser respeitados os prazos de prescrição extintiva, e o direito de propriedade particular; que devem ficar revogadas as decisões tomadas em 19-3-09, eis que o que ali foi deferido não constava no petitório daquela ação popular, sendo, pois, decisões ‘extra petita’ e/ou ‘sine petitum’; e pelas demais causas de pedir desta petição recursal” (fl. 15.736).

3. É o relatório.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Antes de passar ao exame dos itens específicos que foram objeto de embargos de declaração, penso que é importante fazer três registros gerais. O primeiro diz respeito ao alcance dos embargos de declaração, cujos pressupostos de cabimento e análise são restritos, limitando-se à verificação de eventuais omissões, contradições ou obscuridades. Isso faz com que o exame desse recurso seja um exercício de apuro técnico e humildade, incompatível com a pretensão de se reabrir o julgamento. Atento a esse parâmetro legal, não estudei o acórdão com olhos de quem quer fazer dele algo diverso do que é. Não proponho, nem poderia propor, uma revisão de mérito da decisão. Em vez disso, o voto se concentra na análise dos supostos vícios internos suscitados pelas partes.

2. Em segundo lugar, entendo que a premissa mais destacada do acórdão é a importância diferenciada que a Constituição atribui à proteção dos índios e do seu modo de viver. De forma objetiva, aliás, o cerne da decisão foi a confirmação da validade da demarcação contínua realizada pela União, assentando que o direito das comunidades indígenas é *reconhecido* a partir da identificação de suas terras tradicionais, e não *constituído* por escolha política. Mesmo quando isso produza um extenso recorte no território antes submetido à autonomia plena de um Estado-membro da Federação, situado em área de fronteira estratégica com outros países. Não é pouca coisa.

3. Feitas essas considerações, passo a examinar de forma específica cada um dos embargos de declaração.

PET 3388 ED / RR

I. EMBARGOS OPOSTOS POR AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA, MOVIMENTO INTEGRALISTA BRASILEIRO E ANÉSIO DE LARA CAMPOS JÚNIOR

4. Não sendo partes no processo, a Ação Integralista Brasileira e o Movimento Integralista Brasileiro só poderiam interpor recurso se demonstrassem “*o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial*” (CPC, art. 499, § 1º) – o que não ocorreu. Os embargos se limitam a questionar as premissas fáticas e jurídicas do acórdão, sem apontar qualquer conexão entre essas duas embargantes e as questões concretamente envolvidas na demanda. Nessas condições, o recurso não pode ser conhecido (RE 466.348 AgR/MG, Rel. Min. Cezar Peluso; RMS 22.307 ED-ED/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão; AI 115.775 AgR/MA, Rel. Min. Sydney Sanches).

5. Os embargos tampouco podem ser recebidos em relação a Anésio de Lara Campos Júnior. Embora a Lei nº 4.717/65 atribua genericamente aos *cidadãos* a legitimidade para recorrer contra sentenças proferidas em desfavor do autor popular (art. 19, § 2º), não há comprovação nos autos da sua condição de cidadão, como exige o art. 1º, § 3º, da Lei nº 4.717/65 (título eleitoral ou documento correspondente).

6. Ainda que essa irregularidade pudesse ser sanada, a medida se provaria inútil. Os embargos de declaração de que se trata contêm uma série de ilações genéricas acerca de alegado prejuízo ao interesse público, de difícil compreensão global. Isso já bastaria para que não fossem admitidos, tendo em vista a deficiência na sua fundamentação (AI 490.513 AgR-ED/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes). Além disso, a petição não aponta omissão, contradição ou obscuridade, limitando-se a externar a mera irresignação do embargante com o que restou decidido e pedindo uma nova apreciação de mérito. Como é corrente, não é essa a destinação dos embargos de declaração, sujeitos a limites técnicos estreitos.

PET 3388 ED / RR

7. Dessa forma, **não conheço** dos embargos.

II. EMBARGOS OPOSTOS PELO SENADOR AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

8. O ponto suscitado pelo embargante diz respeito à Fazenda Guanabara que, em sua avaliação, deveria ser excluída da área demarcada. Sustenta que a fazenda seria de ocupação privada desde 1918, tendo sido reconhecido o domínio particular por sentença proferida em ação discriminatória, transitada em julgado em 1983. Isso teria constado do Despacho nº 80/96, do Ministro de Estado da Justiça, e só poderia ter sido alterado caso tivesse sido apontada alguma nulidade.

9. Não verifico qualquer vício quanto ao ponto, que foi expressa e claramente examinado no acórdão embargado. Já em sua ementa, o julgado destacou o caráter *originário* do direito dos índios, que preponderaria sobre quaisquer outros. Observou-se, ainda, que a *“tradicionalidade da posse nativa [...] não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. **Caso das ‘fazendas’ situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da ‘Raposa Serra do Sol’**”* (negrito acrescentado).

10. Embora essas considerações gerais se apliquem também à Fazenda Guanabara, esse imóvel em particular foi objeto de consideração específica no acórdão, tanto no voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, como nos votos dos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito e Gilmar Mendes, cujos trechos pertinentes seguem transcritos, respectivamente, abaixo:

“(…) são nulas as titulações conferidas pelo INCRA, na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, assim como inválida é a

PET 3388 ED / RR

ocupação da 'Fazenda Guanabara'. Se não, veja-se: a) a autarquia federal, baseada em estudo de 1979, constante de procedimento declaratório inconcluso (ausentes portaria declaratória e decreto homologatório), sem qualquer consulta à FUNAI arrecadou terras da União como se devolutas fossem, alienando-as diretamente a particulares; b) sucede que as terras já eram, e permanecem indígenas, sendo provisoriamente excluídas nos estudos de 1979 e de 1985 apenas pra superar *'dificuldades que teria o Órgão Tutelar em demarcar'* tal área (dificuldades consistentes em litígios dos índios frente aos não-índios); c) já a titulação da Fazenda Guanabara, alegadamente escorada em sentença com trânsito em julgado, proferida em ação discriminatória, também ela padece de vício insanável. É que a referida ação não cuidou da temática indígena, pois, equivocadamente, partiu do pressuposto de se tratar de terra devoluta. O que se comprova pelo acórdão do TRF da 1ª Região, **transitado em julgado**, na ação de manutenção de posse que teve por autor o suposto proprietário privado. Acórdão que vocalizou o seguinte: *'comprovada através de laudo pericial idôneo a posse indígena, é procedente a oposição para reintegrar a União na posse do bem'*. Pelo que não podem prosperar as determinações do Despacho nº 80/96, do então Ministro de Estado da Justiça, pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé" (fls. 340-1).

"No caso concreto, segundo o autor e seus assistentes, a demarcação violou direitos particulares que se constituíram antes mesmo da vigência da política de atribuição aos índios das terras por eles ocupadas tradicionalmente.

Seria o caso dos imóveis com posse ou propriedade anteriores ao ano de 1934, quando foi promulgada a primeira Constituição que assegurou o direito dos índios à posse da terra que tradicionalmente ocupavam. Antes disso, sustentam, não havia proteção quanto às terras indígenas.

Mas essa argumentação não pode prosperar nos termos do

PET 3388 ED / RR

art. 231 da Constituição de 1988, que reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva [...].

Ainda que assim não fosse, as imagens de satélite juntadas aos autos (fls. 5.003 a 5.011, v. 19, e fl. 9.440, v. 38) demonstram nitidamente que a ocupação das Fazendas Depósito e **Guanabara-Canadá**, junto ao rio Surumu, e Iemanjá, junto ao rio Tacutu, **não existia como tal antes de 1991** (fl. 385; negrito no original).

“Restam, portanto, as áreas correspondentes às Vilas Água Fria, Socó, Vila Pereira e Mutum, às titulações conferidas pelo INCRA, à Fazenda Guanabara e às propriedades dos pequenos rizicultores privados que passaram a ocupar as terras a partir de 1992.

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores à demarcação, como consignado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto-vista, não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal [...].

Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação sejam ocupadas por não índios há muitas décadas, estando situadas em terras de posse indígena, o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios” (fls. 812-3).

11. A matéria foi, portanto, objeto de decisão expressa do Plenário, inclusive no tocante ao alegado direito de propriedade protegido por decisão transitada em julgado. Inexistindo, no ponto, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, devem ser **desprovidos** os embargos.

PET 3388 ED / RR**III. EMBARGOS OPOSTOS PELO SENADOR FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI**

12. Com legítimo interesse, o Senador Mozarildo Cavalcanti veio aos autos e foi admitido como assistente do autor popular. Além de diversas questões pontuais – examinadas ao final –, seus embargos suscitam duas contradições: a primeira relativa à impossibilidade de se proceder à execução de uma decisão declaratória; a segunda referente à ausência de citação do Estado de Roraima para integrar a lide. Inicie-se pela segunda.

III.1. A ausência de citação do Estado de Roraima

13. Depois de já encerrada a instrução do processo, o Estado de Roraima pleiteou sua admissão como litisconsorte do autor popular. O Tribunal, por maioria, decidiu admiti-lo como assistente simples do autor. A matéria é realmente complexa, como bem demonstrou o substancial voto-vista em linha divergente apresentado pelo Ministro Marco Aurélio. Sua Excelência manifestou-se no sentido de *“chamar-se o processo à ordem, reabrindo-se, na extensão cabível, a instrução processual”*, por considerar *“indispensável para a correta formação do processo que o ente dito alcançado pelo ato lesivo apontado como nulo figure na relação subjetiva processual”*, referindo-se ao Estado de Roraima e aos Municípios envolvidos. A questão, porém, foi superada pelo Plenário, não sendo possível reabrir a discussão por meio de embargos declaratórios. Nesta parte, portanto, o recurso deve ser **desprovido**.

III.2. A execução da ordem de retirada dos não-índios

14. Nesse ponto, dois fundamentos afastam a irresignação do embargante. Em primeiro lugar, a doutrina contemporânea já não afirma, em caráter absoluto, que apenas sentenças condenatórias seriam suscetíveis de execução. Essa percepção ficou reforçada após a edição da

PET 3388 ED / RR

Lei nº 11.232/2005, que alterou o CPC para suprimir a listagem de títulos executivos judiciais antes enunciada no art. 584, no qual constava a referência à “*sentença condenatória proferida no processo civil*”. A previsão foi substituída pelo art. 475-N, cujo inciso I identifica como título executivo a “*sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia*” (CPC, art. 475-N, I). Dando aplicação ao novo comando, o Superior Tribunal de Justiça já registrou, em acórdão da lavra do Ministro Teori Zavascki: “*o art. 475-N, I do CPC se aplica também à sentença que, julgando improcedente (parcial ou totalmente) o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional, reconhece a existência de obrigação do demandante para com o demandado*” (STJ, REsp 1.300.213/RS).

15. Ainda que a matéria permaneça envolta em alguma controvérsia¹, a alteração legislativa veio ao encontro da tendência de se buscar a máxima efetividade dos pronunciamentos judiciais, integrando, na maior medida possível, as etapas de conhecimento e execução. Nessa linha, já não há necessariamente uma contradição na sentença que, embora declaratória, disponha sobre o cumprimento de suas disposições. No caso, porém, sequer seria necessário aprofundar o debate acerca dessa questão processual.

16. Isso porque não foi o Supremo Tribunal Federal que determinou a retirada dos não-índios. O acórdão simplesmente declarou a validade da Portaria/MJ nº 534/2005, que já impunha a saída dessas pessoas em seu art. 5º, parágrafo único (“*A extrusão dos ocupantes não-índios presentes na área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol será realizada em*

1 V., por todos: Athos Gusmão Carneiro, Cumprimento da sentença civil e procedimentos executivos, 2010, p. 69 e ss.; Luiz Fux, *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*, 2006, p. 112-3; Elias Gazal Rocha, *Execução de sentenças de improcedência*, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro* 62:64 e ss., 2007.

PET 3388 ED / RR

prazo razoável, não superior a um ano, a partir da data de homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial”). A ordem partiu, portanto, do Poder Executivo e só não foi executada antes por força de decisão deste Tribunal na AC 2.009 MC/RR, que suspendera a ordem de remoção. Quando do julgamento da Pet 3.388/RR, foi cassada a liminar proferida na ação cautelar, do que resultou a exequibilidade imediata do art. 5º, parágrafo único, da Portaria/MJ nº 534/2005.

17. Para além dessa justificação na técnica jurídica, convém destacar a importância da atuação levada a cabo por esta Corte e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no sentido de tornar efetiva a conclusão a que se chegou no presente processo. Diante de todo o histórico de conflitos na região – fartamente documentado nos autos – teria sido ingênuo supor que a mera proclamação judicial teria o efeito de fazer cessar, de forma imediata, toda e qualquer oposição indevida aos direitos reconhecidos no processo.

18. Para ajudar a superar as compreensíveis resistências e cumprir verdadeiramente a sua função, o Judiciário adotou a postura louvável de “deslocar-se” até o lugar do conflito fundiário (CF/88, art. 126, parágrafo único), na pessoa do Ministro Carlos Ayres Britto e do Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, que estiveram fisicamente na região. Sem retirar do Executivo o encargo – que lhe é próprio – de executar a portaria demarcatória, o Supremo Tribunal Federal manteve supervisão sobre os atos praticados. Não havia uma forma simples e inteiramente consensual para se resolver o complexo litígio que foi submetido a essa Corte, relativo a variadas disputas que remontam a muitas décadas. O melhor que se podia fazer era assegurar a autoridade do acórdão, produzindo o desfecho necessário para essa triste história de incompreensões e violação a direitos.

19. Com essas considerações, **nego provimento** aos embargos de declaração também nesse ponto.

PET 3388 ED / RR**III.3. Questões pontuais apresentadas**

20. Além das alegações analisadas acima, já enfrentadas, o embargante apresenta onze questões, sendo todas pertinentes ao conteúdo do acórdão ou à sua execução. Por facilidade, elas serão examinadas individualmente ou por grupos temáticos.

• Pessoas miscigenadas, ou que vivam maritalmente com índios, podem permanecer na área?

21. Com base no caráter pluralista e inclusivo da Constituição de 1988, o critério adotado pelo acórdão não foi genético, mas sociocultural: podem permanecer na área demarcada e valer-se do usufruto exclusivo todos aqueles que integrem as comunidades indígenas locais. Pouco importa, para isso, quantos ancestrais índios a pessoa tenha ou que o vínculo familiar com indígenas resulte, não de sangue, mas de adoção, casamento ou união estável. O que interessa é sua comunhão com o modo de vida tradicional dos índios da região. Também esses pontos foram ressaltados no acórdão, como se pode ver nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Cármen Lúcia, respectivamente:

“(...) no contexto do meu voto, a expressão ‘não-índios’ é significante de expulsão dos que litigam com os índios, disputando-lhes a posse, o uso, a ocupação da área em questão.

Eu não falei, evidente que não quis incluir os não-índios, cônjuges de índios. Seria um disparate, um contra-senso.” (fls. 423-4)

“Nesses espaços, a presença dos brasileiros índios e não índios faz com que se aceitem, segundo a legislação aplicável pelo regime especial que submete a condição e os direitos dos índios, manterem tais espaços possíveis da presença dos que

PET 3388 ED / RR

passaram a compor inclusive núcleos familiares complexos, formados por índios e não índios.

Não haveria como, juridicamente, decotar a presença dos não índios que componham tais núcleos, o que faz com que seja possível, apenas nestes casos e não para qualquer outro efeito, permitir-se tal presença, mesmo sendo a área, como é, na forma da demarcação feita, indígena. (...) Daí porque não se há de impor restrição a tais presenças, nem cabe, aqui, proibir-se ou exilar-se de tais áreas os não índios que com eles se tenham composto em comunidades estáveis, como famílias constituídas.” (fls. 477-8)

22 Nego provimento aos embargos nesta parte.

• Autoridades religiosas de denominações não-indígenas podem continuar a exercer suas atividades na reserva? Os templos religiosos já construídos devem ser destruídos?

23. A presença de autoridades religiosas ou de templos de denominações não-indígenas não foi debatida no acórdão como questão autônoma. Como o tema surgiu quando da retirada dos não-índios, parece conveniente examiná-lo mais detidamente.

24. O objetivo da Constituição é resguardar aos índios um espaço exclusivo onde possam manter e viver as suas tradições – o que, na grande maioria dos casos, não exige a interdição absoluta de qualquer contato com pessoas de fora da terra indígena. Por isso mesmo, a presença de não-índios nas áreas demarcadas não é proibida sempre e em todos os casos. Em princípio, a mesma lógica se aplica à entrada ou à permanência de missionários e à construção de templos de denominações não-indígenas. Há, todavia, um elemento importante a ser considerado, que justifica um cuidado adicional: não se legitima a presença de indivíduos que tenham como propósito interferir com a *religião* dos índios, aspecto destacado de sua cultura. No passado, a presença desses

PET 3388 ED / RR

missionários pode ter sido até encorajada, a fim de promover a assimilação dos índios à cultura majoritária no Brasil. Esse fim certamente não foi acolhido pela Constituição de 1988.

25. No entanto, nem por isso se deve supor – incidindo no equívoco oposto – que a Constituição tenha o papel de proteger os índios contra suas próprias escolhas, transformando o direito de preservarem sua cultura em um dever de isolamento incondicional. Nessa matéria, o maior erro é imaginar que caberia a alguém, senão aos próprios índios, decidir sobre o seu presente e o seu futuro – o que ocorre tanto pela imposição de valores externos quanto pela proibição de contato com outros modos de vida. Por certo, a ideia não é assimilar ou aculturar os índios, mas tampouco se pode impedir que eles mesmos decidam entrar em contato com outros grupos humanos e ideias.

26. Dessa forma, parece possível concluir que também a situação dos missionários e templos de denominações não-indígenas se encaixa na equilibrada moldura definida pelo acórdão embargado. Incide aqui a diretriz contida na própria ementa do julgado – no sentido de que *a “exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios (...), desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas”*.

27. Nessa matéria específica, porém, a liderança da União não pode se traduzir em uma espécie de *dirigismo cultural* por parte do Poder Público. Aqui estão em jogo dois direitos atribuídos exclusivamente aos índios, a saber: (i) a proteção de suas culturas, como integrantes de grupos minoritários; e (ii) sua autonomia individual, como quaisquer outros seres humanos. Por ser assim, deve caber às comunidades indígenas, e apenas a elas, o direito de *decidir* se, como e em que circunstâncias se admitirá a presença dos missionários e seus templos.

PET 3388 ED / RR

Não se trata, portanto, de ouvir a sua opinião, mas de dar a ela o caráter definitivo que qualquer escolha existencial deve ter, infensa à imposição externa, por parte da União, das denominações religiosas ou de quem quer que seja.

28. Observada essa premissa, caberá à União e ao Ministério Público organizar e supervisionar a entrada, a permanência e a saída de missionários e a construção de templos na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tomando as medidas necessárias para que a escolha dos grupos indígenas seja respeitada a cada tempo e para que os não índios tenham os seus direitos preservados durante seus períodos de permanência. Quanto aos templos e demais instalações erguidas por essas pessoas, como é natural, sua eventual construção não gerará qualquer direito de propriedade, nem tutela possessória.

29. Seja como for, todas essas considerações são compatíveis com as premissas adotadas no acórdão embargado. Também nesta parte, portanto, **nego provimento** aos embargos.

• **As escolas públicas estaduais ou municipais podem continuar em funcionamento? Em caso positivo, podem continuar a lecionar o currículo voltado à população não-índia?**

30. O ponto foi explicitamente abordado pelo acórdão embargado. Confira-se o trecho pertinente de sua ementa:

“NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva

PET 3388 ED / RR

a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF)”.

31. Além do voto do relator (fls. 272-6 e 306-7), constam referências ao tema, por exemplo, nos votos do Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 495) – que fala em “*prestação compartilhada*” de serviços públicos, mencionando a educação –, e do Ministro Gilmar Mendes, que fez referência expressa aos diplomas ordinários que tratam do tema.

32. Nos termos do acórdão, as terras indígenas não são entidades políticas autônomas, como os entes federativos; nem autarquias territoriais da União, como os Territórios Federais. A demarcação não altera o *status* político da região, mas opera apenas no plano *dominial*, declarando o direito de propriedade da União sobre a área (CF/88, art. 20, XI) e afetando-a a uma finalidade específica. Nessas condições, o reconhecimento da terra indígena não afasta, dos Estados e Municípios, as atribuições que a Constituição e suas respectivas ordens jurídicas lhes impõem, em particular quanto aos serviços públicos, como a educação.

33. Entretanto, a atuação dos entes locais nas áreas demarcadas deve observar a legislação federal pertinente – não porque a região se submeta ao controle direto da União, mas porque cabe a esta legislar, em caráter privativo, sobre as “*populações indígenas*” (CF/88, art. 22, XIV) e o uso das terras indígenas (CF/88, art. 231). Vale dizer: a liderança atribuída à União não decorre de um ato de vontade do

PET 3388 ED / RR

Supremo Tribunal Federal e nem mesmo do seu domínio sobre a área, e sim de um elemento *pessoal* e um *patrimonial*, quais sejam: a presença de populações indígenas no local e o usufruto de um bem público federal.

34. Em suma: é perfeitamente viável o funcionamento das escolas estaduais e municipais na área, desde que se respeitem as normas federais sobre a educação dos índios, o que abarca, naturalmente, o currículo escolar e o conteúdo programático. Como o tema já fora decidido pelo acórdão, devem ser **desprovidos** os embargos no ponto.

• A passagem de não-índios pela única rodovia federal que liga Boa Vista à cidade de Pacaraima, na fronteira com a Venezuela, foi negada ou assegurada, no todo ou em parte (i.e., dependente de autorização)? E quanto à rodovia BR-433, que liga Normandia a Pacaraima? A quem cabe autorizar a passagem por essas rodovias?

35. O acórdão afirma claramente que os índios não exercem poder de polícia, nem podem tornar inviável a passagem de outras pessoas pelas vias públicas que atravessem a área demarcada. Confira-se o trecho pertinente da ementa:

“A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública (...) **O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas**”. (negrito acrescentado)

36. O ponto foi destacado, por exemplo, nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto (fl. 310) e Gilmar Mendes (fl. 795). Como

PET 3388 ED / RR

ressaltou a Ministra Cármen Lúcia (fl. 475), o próprio Despacho nº 80/96, do Ministro de Estado da Justiça (DOU 24.12.1996, p. 28.285) – mantido nesta parte pela Portaria nº 534/2005 – já havia excluído “*da fruição indígena exclusiva as estradas e vias públicas que atravessam a área indígena, bem como suas respectivas faixas de domínio público a assegurar a livre circulação de pessoas e veículos em tais estradas*”. (negrito acrescentado)

37. Naturalmente, o tráfego por vias públicas não importa uma autorização para o ingresso em outras partes da terra indígena, nem para o usufruto das riquezas do solo, dos rios ou dos lagos (e.g., a pesca nos rios que servem de hidrovia).

38. Inexistindo omissão, voto pelo **desprovemento** dos embargos nesta parte.

• **Como ficam as ações individuais que questionam a boa-fé dos portadores dos títulos de propriedade? Foram automaticamente extintas ou serão julgadas individualmente?**

39. Convém explicitar o ponto. Na Pet 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal julgou tão somente a validade da Portaria/MJ nº 534/2005 e do Decreto Presidencial de 15.04.2005. Não foram apreciados os outros processos que discutem questões individuais relacionadas à Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

40. Ocorre, porém, que, uma vez transitadas em julgado, as sentenças de mérito proferidas em ação popular são oponíveis *erga omnes*, nos termos do art. 18 da Lei nº 4.717/65, ressalvados apenas os casos de insuficiência de provas². Disso resulta que todos os processos

2 Lei nº 4.717/65, art. 18: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

PET 3388 ED / RR

relacionados a essa terra indígena deverão adotar, como necessárias, as seguintes premissas: **(i)** a validade da Portaria/MJ nº 534/2005 e do Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e **(ii)** a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição – do que resulta não poderem persistir pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º).

41. Nessa linha, **dou parcial provimento** aos embargos apenas para prestar os esclarecimentos acima, sem efeitos modificativos.

• **Como se dará a posse das fazendas desocupadas? Se um grupo ou entidade indígena, já ocupa determinada área, pode ser retirada sob o pretexto de que foram contrários à homologação nos termos decididos pelo eg. STF? (fl. 15.646)**

42. Não se trata de uma omissão, porque o tema não integrava o objeto da ação. Eventuais querelas entre grupos indígenas devem ser resolvidas pelas comunidades envolvidas, com a participação da União e da FUNAI, sem prejuízo da intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário. A conclusão, portanto, é pelo **desprovimento** dos embargos quanto a esta questão.

IV. EMBARGOS OPOSTOS POR LAWRENCE MANLY HARTE E OUTROS

43. Tais embargos reiteram a objeção ao fato de se haver determinado a execução de uma decisão declaratória, bem como a circunstância de que, tendo sido admitidos como assistentes simples, não tiveram oportunidade de produzir as provas de que poderiam dispor. Ambas as questões já foram examinadas acima, quando da apreciação dos embargos opostos pelo Senador Mozarildo Cavalcanti. Embora Sua

PET 3388 ED / RR

Excelência tenha questionado a não-participação do Estado de Roraima como parte – e não a dos particulares ora embargantes –, aplicam-se aqui as mesmas considerações expostas acima: o ponto é relevante e sensível, mas foi debatido pelo Plenário que, para além de qualquer dúvida, considerou correto admiti-los como assistentes simples, recebendo o processo no estado em que se encontrava. Não é viável reabrir a discussão sobre o tema em sede de embargos de declaração. Voto, assim, pelo **desproimento** dos embargos.

V. EMBARGOS OPOSTOS PELO ESTADO DE RORAIMA

44. Os pontos suscitados por esse embargante também já foram examinados anteriormente.

45. A primeira questão diz respeito às competências estaduais, notadamente as que se relacionam aos serviços de educação. Não há qualquer dúvida quanto ao fato de que as competências do Estado de Roraima podem e devem ser exercidas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol. A liderança da União, mencionada no acórdão, não exonera as autoridades estaduais e municipais das suas incumbências, mas apenas submete o seu exercício ao cumprimento das leis federais pertinentes. Naturalmente, o reconhecimento do direito originário à terra indígena afasta qualquer titularidade do Estado ou das entidades de sua Administração indireta a imóveis que, inseridos na área demarcada, não tenham sido excluídos pela Portaria e pelo Decreto. Nada impede, contudo, seu uso regular, conforme acertado com a União.

46. A segunda questão envolve o direito de passagem pelas vias públicas situadas na reserva, que não poderá ser obstado pelas comunidades indígenas, sendo irrelevante que se trate de rodovias ou hidrovias.

PET 3388 ED / RR

47. Voto pelo **desprovimento** dos embargos.

VI. EMBARGOS OPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

48. Os embargos opostos pelo Ministério Público abordam diversos pontos, os quais se passa a abordar.

VI.1. Validade e natureza das condicionantes incorporadas ao acórdão

49. O *Parquet* suscita uma questão prejudicial acerca das condições incorporadas ao dispositivo do acórdão por proposta do Ministro Menezes Direito. Segundo a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Procuradora-Geral da República então em exercício, “*não cabe ao STF, a partir de obiter dictum lançado em voto proferido em sede de processo subjetivo, traçar parâmetros abstratos de conduta, máxime em contexto em que os mesmos não foram sequer objeto de discussão no curso da lide*” (fl. 10.158). Sua Excelência reconhece que o Tribunal vem relativizando sua autolimitação à condição de “legislador negativo”, mas afirma que (fls. 10.158-9):

“(...) os princípios democrático e da separação de poderes impõem limites para esta atividade normativa do STF, que foram ostensivamente ultrapassados no caso. Na hipótese, sem nenhuma discussão prévia na sociedade, simplesmente foi proposta a edição de comandos gerais e abstratos, em tema extremamente complexo e de enorme relevância social e jurídica.

Tal procedimento viola não apenas as regras legais concernentes aos limites objetivos e subjetivo da coisa julgada (CPC, arts. 469 e 472, art. 18 da Lei nº 4.717/65), como também fere de morte os princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e da Separação de Poderes (art. 2º, CF), segundo os

PET 3388 ED / RR

quais cabe ao legislador, devidamente legitimado pelo voto popular, a prerrogativa constitucional de expedir normas gerais e abstratas de conduta.

Não bastasse, o procedimento adotado para imposição das mencionadas condições ofendeu também a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Com efeito, a maior parte das questões abordadas nas referidas condições não guarda qualquer relação com o objeto específico da lide, ou seja, os limites traçados para a procedência ou não de uma ação popular. Portanto, sobre elas não se estabeleceu o contraditório. Não se concedeu nem às partes, nem aos diversos grupos e instituições afetadas por medidas tão impactantes, qualquer possibilidade de se manifestarem e de tentarem influir na elaboração das citadas condições”.

50. Por fim, alega que condições definidas em caráter geral e abstrato só poderiam ser impostas, a partir de casos concretos, pela via das súmulas vinculantes. Mas isso, de todo modo, não seria viável na hipótese porque inexistiriam reiteradas decisões do Tribunal sobre o tema ou risco de multiplicação de processos sobre essa matéria.

51. Passo a examinar o ponto. Embora o acórdão me pareça bastante claro neste aspecto, é fato que as chamadas condicionantes a ele incorporadas vêm gerando alguma polêmica. Por conta disso, convém fazer alguns esclarecimentos. Para tanto, sequer é necessário debater a limitação do Tribunal à condição de “legislador negativo”. Embora instigante, o debate seria irrelevante para o caso em exame. Não é difícil observar por quê.

52. As condições em tela são elementos que a maioria dos Ministros considerou pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida, notadamente por decorrerem essencialmente da própria Constituição. Na prática, a sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar

PET 3388 ED / RR

não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição.

53. Na esteira da proposta do Ministro Menezes Direito, a maioria entendeu que não era possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à área demarcada. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a incidência das referidas diretrizes na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em outros processos. Não foi por outra razão, aliás, que o Tribunal substituiu a improcedência do pedido pela procedência parcial. Como observou a Ministra Cármen Lúcia, o que se fez foi acolher o pleito para interpretar os atos impugnados à luz das disposições constitucionais pertinentes ao tema.

54. Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. Não se aplica, no Brasil, o modelo de *stare decisis* em vigor nos países do *common law*, no qual as razões de decidir adotadas pelos tribunais superiores vinculam os órgãos inferiores. Embora essa regra admita exceções, entre elas não se encontram as sentenças e acórdãos proferidos em sede de ação popular, ainda que emanados deste Tribunal.

55. Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, “a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol” (fl. 336). Vale notar que essa linha já vem sendo observada

PET 3388 ED / RR

pelo Tribunal: foram extintas monocraticamente várias reclamações que pretendiam a extensão automática da decisão a outras áreas demarcadas (Rcl 8.070 MC/MS, dec. Min. Carlos Ayres Britto [RI/STF, art. 38, I], *DJe* 24.04.2009; Rcl 15.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 13.05.2013; Rcl 15.051/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 18.12.2012; Rcl 13.769/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 28.05.2012).

56. Apesar disso, seria igualmente equivocado afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática (Rcl 4.708/GO):

“Precedente, no direito brasileiro, não pode ser o que a doutrina aproveita ao cuidar dos sistemas do *common law*. Conquanto já não se creia que o sistema do *civil law* possa ser tido como o modelo que cobre, com todo rigor, o sistema jurídico brasileiro, é certo que o *leading case* não tem, aqui, as conseqüências vinculantes para os juízes daquele primeiro sistema. O papel de fonte do direito que o precedente tem, naquele, não é desempenhado pelo precedente no direito brasileiro, salvo nos casos constitucional ou legalmente previstos, como se dá com as ações constitucionais para o controle abstrato.

Mas também é certo que o precedente judicial – julgado anterior sobre a matéria não substituído ou desautorizado por entendimento sobre aplicação de norma jurídica em sentido contrário exarado pelo Supremo Tribunal – influi, direta ou indiretamente, na aplicação do direito pela jurisdição inferior. O precedente serve, no sistema brasileiro, apenas como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos

PET 3388 ED / RR

postos a exame. É ponto de partida, não é ponto de chegada. Não se faz inexorável a decisão proferida por ter tido outra em determinado sentido”.

57. É apenas nesse sentido limitado que as condições indicadas no acórdão embargado produzem efeitos sobre futuros processos, tendo por objeto demarcações distintas. Vale dizer: tendo a Corte enunciado a sua compreensão acerca da matéria, a partir da interpretação do sistema constitucional, é apenas natural que esse pronunciamento sirva de diretriz relevante para a as autoridades estatais – não apenas do Poder Judiciário – que venham a enfrentar novamente as mesmas questões. O ponto foi objeto de registro expresso por parte do Ministro Cezar Peluso (fls. 543 e 545):

“(...) a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exauram em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou **leading case**, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema.

Parece-me, daí, justificada a pertinência de certos enunciados que deixem claro o pensamento da Corte a respeito. Isso vale, principalmente, em relação às novas demarcações, que envolvem um complexo de interesses, direitos e poderes de vários sujeitos jurídicos, seja de direito público, seja de direito privado, envolvendo, basicamente, questões de Segurança Nacional no sentido estrito da expressão (...).

Desde logo(...), compreendo a inspiração de Sua Excelência [o Ministro Menezes Direito] ao fugir um pouco, vamos dizer assim, das técnicas tradicionais de comandos ou disposições decisórias, com o propósito de deixar clara a postura da Corte a respeito das questões ora suscitadas e prevenindo outras que possam surgir em demarcações futuras”.

58. Isto é: embora não tenha efeitos vinculantes em sentido

PET 3388 ED / RR

formal, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite de superação das suas razões.

59. Dessa forma, **dou parcial provimento** aos embargos de declaração, sem efeitos modificativos, apenas para prestar os esclarecimentos acima.

VI.2. Ponderações envolvendo os direitos dos índios

60. Em diversas passagens, a Procuradora-Geral da República sustenta que o Tribunal teria dado primazia incondicionada a interesses da União – inclusive econômicos –, bem como à tutela do meio ambiente, em detrimento dos direitos dos índios. Preocupação semelhante se verifica também nos embargos opostos pelas Comunidades Indígenas, adiante analisados.

61. Não há como acolher os embargos no ponto. Observo inicialmente que não há omissão, contradição ou obscuridade quanto a essa questão. O acórdão é claro e expresso a respeito da orientação adotada. Seja como for, não vislumbro, no julgado, uma primazia incondicionada em favor de quem quer que seja. Como destacado pela Ministra Cármen Lúcia, *“aos índios, como a quaisquer outros brasileiros nas suas terras, aplicam-se os regimes de proteção ambiental e de segurança nacional”* (fl. 519). O que fez o acórdão embargado foi uma *ponderação*: diante do choque de direitos constitucionais e fins públicos relevantes, o Tribunal definiu como devem ser conciliadas, *em princípio*, essas pretensões antagônicas. De ordinário, essa tarefa compete ao legislador, mas, na ausência de disposições claras sobre essas questões, coube à Corte discorrer sobre o sentido das exigências constitucionais na matéria, à luz das circunstâncias do caso em exame.

62. Nesse ponto, é importante observar que a ponderação em

PET 3388 ED / RR

abstrato feita pelo Tribunal não impede que outros juízes, diante dos elementos específicos de um caso concreto, cheguem a conclusões específicas diversas. Essas decisões poderão ser questionadas pelos meios tradicionais de impugnação do direito brasileiro, podendo até mesmo chegar ao Supremo Tribunal Federal (via recurso extraordinário, por exemplo).

63. Dessa forma, **nego provimento** aos embargos nesta parte.

VI.3. Sentido e alcance da lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição

64. Segundo o Ministério Público Federal, a utilização das terras indígenas pela União (para fins econômicos ou militares, ou para a prestação de serviços públicos) dependeria da prévia edição da lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição. Veja-se o dispositivo:

“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”.

65. Também neste ponto, os embargos não merecem ser acolhidos. O tema foi explicitamente tratado no voto do Ministro Menezes Direito, que integrou a maioria (fls. 391-2):

“Ainda de acordo com o art. 231, § 2º, da Constituição, cabe aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos

PET 3388 ED / RR

rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, **salvo, como dispõe o art. 231, § 6º, quando houver relevante interesse público da União, na forma de lei complementar, caso em que esta poderá iniciar a exploração dessas riquezas.**

Merecem destaque as restrições referentes à exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos e à pesquisa e lavra de riquezas minerais, especialmente em razão da incongruência que a uma primeira vista se apresenta entre os §§ 3º e 6º do art. 231.

(...)

De fato, a lei de que trata o § 3º do art. 231 é exigida para a fixação do percentual de participação dos índios na exploração dos recursos em suas terras. Nada mais. A lei complementar referida no § 6º do art. 231, por sua vez, é requisito para a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas. Não alcança a exploração de recursos hídricos e, principalmente do potencial energético ou a pesquisa e lavra dos recursos minerais, presente o interesse público da União”.

66. Dessa forma, na interpretação adotada pelo acórdão embargado, a reserva de lei complementar prevista no art. 231, § 6º, da Constituição não alcança toda e qualquer atuação da União nas terras indígenas. Em particular, o patrulhamento de fronteiras, a defesa nacional e a conservação ambiental nas áreas demarcadas não dependem da prévia promulgação da referida lei.

VI.4. A participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem os seus interesses e direitos

67. A consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho. Essa convenção integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004, e foi considerada em diversas passagens do acórdão embargado. Mas esse

PET 3388 ED / RR

direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro. Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A *defesa nacional* é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas. O tema também foi abordado pelo Ministro Menezes Direito, com referência expressa à Convenção (fl. 408):

“Dessa forma, estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional”.

68. Na mesma linha, confira-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello (fl. 731):

“**A circunstância** de a faixa de fronteira **constituir** área **indispensável** à segurança nacional, à defesa da integridade territorial do Brasil e à proteção da soberania nacional **justifica**, plenamente, **todas** as medidas **preconizadas** no voto que o eminente Ministro MENEZES DIREITO **proferiu** nesta causa, **notadamente** aquelas **concernentes à desnecessidade de prévia autorização** da FUNAI **ou de consulta prévia** às comunidades tribais interessadas, **para efeito** de instalação, em tais áreas

PET 3388 ED / RR

indígenas, de unidades militares e de atuação, nessas mesmas áreas, **de qualquer** das Forças Singulares”.

69. Dessa forma, o acórdão não infirma os termos da Convenção nº 169/OIT, mas apenas destaca que, em linha de princípio, o direito de prévia consulta deve ceder diante de questões estratégicas relacionadas à defesa nacional. Naturalmente, o acórdão embargado não sugere – nem poderia sugerir – que a expressão “defesa nacional” possa ser usada como rótulo para qualquer tipo de fim, apenas como subterfúgio para afastar a participação dos indígenas. Via de regra, o planejamento das operações militares não envolverá a necessidade de prévia consulta. Situação inversa ocorrerá, por exemplo, em relação à construção de uma estrada, ainda que ela seja estrategicamente relevante para o País. Caberá às autoridades competentes e, conforme o caso, ao Poder Judiciário, fazer valer as disposições da Convenção, ponderando os interesses em jogo à luz do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

70. Por fim, conforme observado pelo Ministro Gilmar Mendes, a relevância da consulta às comunidades indígenas *“não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade”* (fl. 799). Os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios.

71. A mesma lógica se aplica em matéria ambiental, que também mereceu proteção diferenciada por parte do constituinte. Por isso mesmo, e com a devida vênia em relação à posição da embargante (fl. 16.165), não há um problema *a priori* no fato de que *“as tradições e costumes indígenas”* sejam considerados como *“apenas mais um fator, a ser sopesado pela autoridade ambiental”*. Em verdade, essa é uma circunstância inerente à

PET 3388 ED / RR

unidade do sistema constitucional, que promove a tutela de um conjunto variado de interesses e direitos que, em diversas situações, podem entrar em rota de colisão. Ao não instituir uma hierarquia rígida ou estática entre tais elementos, a Constituição impõe a necessidade de que a concordância entre eles seja produzida em cada contexto específico, à luz de suas peculiaridades.

72. Assim, como responsável pela administração das áreas de preservação, o Instituto Chico Mendes não pode decidir apenas com base nos interesses dos indígenas, devendo levar em conta as exigências relacionadas à tutela do meio ambiente. Nesse cenário, é de fato possível – como afirma a embargante – que *“o administrador da unidade de conservação, até pela sua posição institucional, ponha em primeiro plano a tutela ambiental, em detrimento do direito das comunidades indígenas”*. Contudo, é igualmente possível que isso não ocorra, não cabendo a este Tribunal antecipar o erro, a negligência ou a má-fé. Em qualquer caso, os índios, suas comunidades e o próprio Ministério Público poderão recorrer ao Poder Judiciário sempre que reputarem inválida uma decisão do Instituto (ou de qualquer outra autoridade).

73. Como também este ponto já havia sido equacionado pelo acórdão embargado, **nego provimento** aos embargos nesta parte.

VI.5. Vedação à ampliação das áreas demarcadas

74. A condição *r* foi acolhida pela maioria do Tribunal, vencidos os Ministros Carlos Ayres Britto (Relator), Eros Grau e Cármen Lúcia. Prevaleceu a ideia de que a demarcação das terras indígenas não poderia permanecer em aberto, por acarretar consequências gravíssimas para terceiros – em particular a privação de direitos de propriedade sem indenização, ressalvadas apenas as benfeitorias de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). A questão comporta, contudo, três esclarecimentos.

PET 3388 ED / RR

75. Em *primeiro* lugar, afirmou-se que o instrumento da *demarcação* previsto no art. 231 da Constituição não pode ser empregado, em sede de revisão administrativa, para ampliar a terra indígena já reconhecida, submetendo todo o espaço adjacente a uma permanente situação de insegurança jurídica. Nada disso impede que a área sujeita a uso pelos índios seja aumentada por outros instrumentos previstos no Direito. Os próprios índios e suas comunidades podem adquirir imóveis, na forma da lei civil (Lei nº 6.001/73, arts. 32 e 33). Nessa qualidade, terão todos os direitos e poderes de qualquer proprietário privado (CF/88, art. 5º, XXII). A União Federal também pode obter o domínio de outras áreas, seja pelos meios negociais tradicionais (como a compra e venda ou a doação), seja pela desapropriação (CF/88, art. 5º, XXIV). Essas questões se refletiram nos debates de fls. 850-2:

“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Se Vossa Excelência me permite?

Isso aí é o pressuposto de toda a demarcação, isto é, se foi demarcado e, no ato da demarcação, se reconheceu que a área demarcada correspondia à posse efetivamente provada. Noutras palavras, se nós admitirmos que a área demarcada possa ser ampliada, significa que é duvidosa a área ocupada. Foi demarcada em situação duvidosa, porque, quando se demarca a área, é porque se reconheceu que essa é a área ocupada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Mediante laudo técnico, antropológico.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Exatamente. Isto é, se nós deixarmos em aberto a possibilidade de discussão dos limites da demarcação, nós deixamos em aberto para todos os efeitos – e não é só para a ampliação – o alcance da posse na data da Constituição.

(...)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A título de demarcação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – A título de

PET 3388 ED / RR

demarcação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, nada impede que certos indígenas super aculturados venham a adquirir outras áreas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Isso é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Ou até por desapropriação.

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO – (...) uma vez feita a demarcação, considerando o padrão da Constituição de 88, se nós vamos estender essa demarcação permitindo a ampliação, vamos, a meu ver, criar esse problema, que pode ser resolvido, mantido o critério da vedação da ampliação, pelo sistema ordinário das expropriações. Pode ser necessário, e a União pode exercer o direito expropriatório”.

76. Em *segundo* lugar, o acórdão embargado não proíbe toda e qualquer revisão do ato de demarcação. O *controle judicial*, por exemplo, é plenamente admitido (CF/88, 5º, XXXV) – não fosse assim, a presente ação jamais poderia ter sido julgada no mérito, já que seu objeto era justamente a validade de uma demarcação. A limitação prevista no acórdão alcança apenas o exercício da *autotutela administrativa*. Em absoluta coerência com as razões expostas, assentou-se que a demarcação de terras indígenas “*não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador*” (Ministro Menezes Direito, fl. 395). Isso porque a inclusão de determinada área entre as “*terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*” não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório.

77. O mesmo não ocorre, porém, nos casos em que haja vícios no processo de demarcação. A vinculação do Poder Público à juridicidade – que autoriza o controle judicial dos seus atos – impõe à Administração Pública o dever de *anular* suas decisões quando ilícitas, observado o prazo

PET 3388 ED / RR

decadencial de 5 anos (Súmula 473/STF; Lei nº 9.784/99, arts. 53 e 54). Nesses casos, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LVI e LV), a anulação deve ser precedida de procedimento administrativo idôneo, em que se permita a participação de todos os envolvidos (Lei nº 9.784/99, arts. 3º e 9º) e do Ministério Público Federal (CF/88, art. 232; Lei Complementar nº 75/93, art. 5º, III, e), e deve ser sempre veiculada por decisão motivada (Lei nº 9.784/99, art. 50, I e VIII). Ademais, como a nulidade é um vício de origem, fatos ou interesses supervenientes à demarcação não podem dar ensejo à cassação administrativa do ato. Esses pontos foram bem sintetizados no voto do Ministro Gilmar Mendes (fls. 776, 782-3):

“Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público, como bem salientado no percuciente voto do Ministro Menezes Direito.

[...]

Ressalte-se que não se está a defender a total impossibilidade de revisão do procedimento administrativo demarcatório. Disso não se trata. A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena.

[...]

A variedade e a complexidade de interesses envolvidos na demarcação da terra indígena e a consolidação de situações e

PET 3388 ED / RR

expectativas individuais constituem limites ao exercício do poder-dever de autotutela pela Administração Pública.

[...]

Nesse sentido, revela-se premente a adoção de critérios objetivos e de limites temporais claros para a resolução das questões fundiária, ambiental e indígena em nosso país, a fim de que o quadro de insegurança jurídica que hoje presenciamos possa ser, enfim, debelado ou, pelo menos, atenuado. Não se pode admitir a possibilidade de que, a qualquer momento, sejam ampliados os limites das terras indígenas já demarcadas, sob a alegação de que as necessidades dos grupos autóctones não foram corretamente aquilatadas à época da demarcação ou de que novos interesses teriam surgido após a sua conclusão.

A adoção da tese oposta daria azo a ampliações desmedidas e infundadas das dimensões das terras indígenas”.

78. Em *terceiro* lugar, e por fim, independentemente do que se observou acima, é vedado à União rever os atos de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, ainda que no exercício de sua autotutela administrativa. Recorrendo novamente às palavras do Ministro Gilmar Mendes: *“Como bem salientado pelo Ministro Menezes Direito, o procedimento demarcatório que redundou na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol não poderá ser revisto, considerando que a sua correção formal e material foi atestada por este Supremo Tribunal Federal”* (fl. 782). Essa orientação também contava com a adesão, *e.g.*, do Ministro Carlos Ayres Britto (Relator). Embora discordasse da condicionante *r* em caráter geral, Sua Excelência explicitamente observou que estava *“de pleno acordo”* com sua aplicação ao caso concreto decidido pelo Tribunal (fl. 848).

79. Como essas observações já estavam presentes no acórdão embargado, **nego provimento** aos embargos neste ponto.

VII. EMBARGOS DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

PET 3388 ED / RR

80. Por fim, analiso as questões suscitadas pelas comunidades indígenas.

VII.1. Garimpagem e faiscação

81. O primeiro ponto diz respeito à condição *d* (“o usufruto dos índios não compreende a garimpagem nem a faiscação, devendo-se obter, se for o caso, a permissão de lavra garimpeira”). As embargantes afirmam, em síntese, que caberia apenas aos índios o “aproveitamento de jazimento mineral que aflora ao solo e nos leitos dos rios e lagos, localizados nas terras tradicionalmente ocupados pelos índios” (fl. 15.855).

82. Não há omissão quanto à matéria, que foi debatida, *e.g.*, no voto do Ministro Menezes Direito, e novamente suscitada pelo Ministro Carlos Ayres Britto. Vejam-se, respectivamente, os trechos pertinentes dessas manifestações:

“O que deve ser lembrado é que a edição de uma lei prévia é também exigência de outro dispositivo constitucional, o § 1º do art. 176. E este está diretamente dirigido à exploração de potenciais hidráulicos e riquezas minerais.

[...]

É importante afirmar que os indígenas também não poderão, sem a autorização do Congresso e dos demais requisitos exigidos em lei, explorar os recursos hídricos e os potenciais energéticos (arts. 49, XVI, e 231, § 3º, ambos da Constituição Federal), já que não lhes é assegurado pela Carta Magna nenhum privilégio nesse sentido. Nem, tampouco, poderão criar obstáculos ou impor exigências.

A Constituição, seguindo a tradição iniciada em 1934, distingue o solo do subsolo para fins de tratamento dos direitos de propriedade (arts. 20, IX e 176, **caput**). Da mesma forma, o Código Civil (art. 1.230). Estando ou não afluída, a jazida é

PET 3388 ED / RR

parte distinta do solo (art. 176, **caput**, da Constituição Federal e art. 4º, Código de Mineração).

É bom notar que a garimpagem é, na interpretação sistemática das Leis nºs 11.685, de 2 de junho de 2008, e 7.805, de 18 de julho de 1989, *‘a atividade de extração de substâncias minerais garimpáveis, com aproveitamento imediato do jazimento mineral, que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possam ser lavradas, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM’* (art. 2º da Lei nº 11.685/2008). Como tal, é espécie de lavra (Lei nº 7.805/89), devendo ser autorizada previamente pelo DNPM, que outorgará, nesse caso, o título minerário (art. 3º da Lei nº 11.685/2008).

Assim, sendo o objeto de sua exploração uma jazida, não há como reconhecer diferença entre os índios e os não-índios no que se refere à lavra garimpeira, já que estes têm apenas o usufruto das riquezas do **solo**. Por isso, não havendo nas disposições constitucionais que proíbem a pesquisa e a lavra de riquezas minerais nenhuma exceção que beneficie os índios, também eles devem obter a adequada permissão (Leis nºs 7.805/89 e 11.685/08).

Embora não se trate de enfrentar este tema agora, haverá de ser examinada no momento próprio a questão da recepção do **caput** do art. 22, do art. 24, do inciso II do art. 39, do art. 44 e do art. 45 da Lei nº 6.001/1973, bem como do Decreto nº 88.985, de 10 de novembro de 1983.”

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Sobre as propostas constantes do voto do Ministro Menezes Direito, já houve, inclusive, manifestações dos Ministros, ausentes hoje, Celso de Mello e Ellen Gracie.

Ministro Carlos Britto, Vossa Excelência teria?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Umas sugestões meramente pontuais, se Vossa Excelência permitir?

PET 3388 ED / RR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Por favor.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Ministro Menezes Direito, na primeira condição, sugiro a Vossa Excelência a seguinte modificação:

[...]

III: o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra dos recursos minerais. Na Constituição, tem das riquezas minerais. Se Vossa Excelência quiser fazer a adaptação das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional.

[...]

IV: o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira. Aqui tenho uma dúvida: não sei se é permitido garimpagem em terra indígena? Mas Vossa Excelência deve ter feito um estudo mais.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Dependendo da autorização.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)

- Muito bem. Então, não faço sugestão.”

83. No acórdão embargado, não se discutiu à exaustão o regime legal e regulamentar aplicável à garimpagem e à faiscação. Nem seria próprio fazê-lo. Limitando-se à interpretação do sistema constitucional, o Tribunal definiu apenas que o usufruto dos índios não lhes confere o direito de explorar recursos minerais (bens públicos federais) sem autorização da União, nos termos de lei específica (CF/88, arts. 176, § 1º, e 231, § 3º). De toda forma, não se pode confundir a mineração, como atividade econômica, com aquelas formas tradicionais de extrativismo, praticadas imemorialmente, nas quais a coleta constitui uma expressão cultural ou um elemento do modo de vida de determinadas comunidades indígenas. No primeiro caso, não há como afastarem-se as exigências previstas nos arts. 176, § 1º, e 231, § 3º, da

PET 3388 ED / RR

Constituição.

84. Embora esse ponto me pareça claro, creio ser conveniente **prover parcialmente** os embargos apenas para prestar os esclarecimentos acima.

VII.2. Exigência de lei complementar

85. O ponto já foi examinado no item VI.3, a que se remete, por concisão.

VII.3. Prévia consulta às comunidades indígenas

86. Esse ponto também já foi abordado – v. item VI.4, acima.

VII.4. Indenizações pela “ocupação” de parte das terras indígenas

87. A questão diz respeito ao pagamento de indenização quando a realização de obras públicas, fora da terra indígena, prejudique o usufruto exclusivo dos índios sobre a área. O ponto não integra o objeto da ação e, por isso, não foi abordado pelo acórdão embargado. Nesse sentido, não há por que acolher os embargos. A configuração do dever de indenizar depende de pressupostos que devem ser examinados em cada caso concreto, à luz da legislação pertinente. **Nego provimento** aos embargos.

VII.5. Vedação à ampliação da área demarcada

88. O ponto já foi examinado acima – v. item VI.5.

VIII. CONCLUSÃO

PET 3388 ED / RR

89. Por todo o exposto, voto no sentido de:

(i) não conhecer dos embargos de declaração opostos por *Ação Integralista Brasileira, Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior*;

(ii) desprover os embargos opostos por *Lawrence Manly Harte e outros* e pelo *Estado de Roraima*; e

(iii) acolher parcialmente, sem efeitos modificativos, os embargos de declaração opostos pelo *Senador Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti*, pela *Procuradoria-Geral da República* e pelas *Comunidades Indígenas*, apenas para esclarecer que:

a) A decisão proferida na Pet 3.388/RR tem a força intelectual e persuasiva de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, mas não é vinculante, em sentido técnico, para juízes e tribunais, quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas;

b) Com o trânsito em julgado do acórdão proferido na Pet 3.388/RR, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: **(i)** são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, que demarcaram a área, observadas as condições indicadas no acórdão; e **(ii)** a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição importa em nela não poderem persistir pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º);

c) O usufruto dos índios não lhes confere o direito exclusivo de explorar recursos minerais nas terras indígenas. Para fazê-lo, quaisquer pessoas devem contar com autorização da União, nos termos de lei específica (CF/88, arts. 176, § 1º, e 231, § 3º). De toda forma, não se pode

PET 3388 ED / RR

confundir a mineração, como atividade econômica, com as formas tradicionais de extrativismo, praticadas imemorialmente, nas quais a coleta constitui uma expressão cultural ou um elemento do modo de vida de determinadas comunidades indígenas. No primeiro caso, não há como afastarem-se as exigências previstas nos arts. 176, § 1º, e 231, § 3º, da Constituição.

90. Antes de concluir, gostaria de fazer dois registros. Pensei em trazê-los como questões de ordem, mas, na verdade, é possível fazer de uma forma mais simples.

91. O primeiro deles diz respeito à supervisão judicial sobre o cumprimento da portaria demarcatória. Assim que assumi a relatoria do processo, determinei a expedição de ofício ao Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, solicitando um relatório final sobre o tema. Em homenagem à colegialidade, submeto à consideração do Plenário as principais informações prestadas por Sua Excelência:

(i) em junho de 2009, já não havia mais nenhum “não índio” residindo na Terra Indígena Raposa Serra do Sol;

(ii) não houve necessidade de nenhuma prisão;

(iii) a grande maior parte dos retirantes já sacou os valores depositados pela FUNAI a título de indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

92. Diante disso, se o Tribunal estiver de acordo em me delegar essa atribuição, gostaria de dirigir um ofício, em nome da Corte, ao Desembargador Federal Jirair, cumprimentando-o pela dedicação e pelo excelente trabalho desenvolvido.

93. O segundo registro diz respeito ao exaurimento da

PET 3388 ED / RR

competência deste Tribunal. Na Rcl 3.331/RR, decidiu-se que incumbiria *“a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena [Raposa Serra do Sol]”*. No entanto, reconhecida a validade dos atos que demarcaram a área, não me parece que ainda haja motivo que justifique a competência originária genérica deste Tribunal para toda e qualquer ação relacionada à Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O conflito federativo que se alegava existir foi resolvido em definitivo com a decisão desta Corte. Nada impede que outras lides autorizem a invocação do art. 102, I, da Constituição, mas caberá aos interessados – como sempre – demonstrar os fundamentos dessa excepcional atuação originária.

94. Nessa linha, proponho que se declare exaurida a jurisdição desta Corte com o trânsito em julgado do acórdão, a fim de que os demais processos sobre a Terra Indígena sejam julgados pelos órgãos locais competentes. Naturalmente, nada impede que outros conflitos federativos provoquem nova manifestação originária do Tribunal, nem que se chegue ao STF pelas vias recursais próprias ou, eventualmente, por reclamação.

95. É como voto.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

VOTO

**(S/TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)
(EMBARGOS OPOSTOS PELO SENADOR FRANCISCO MOZARILDO
DE MELO CAVALCANTI)**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, acompanho o Relator, sem prejuízo de algumas observações que farei, mais adiante, em relação à eficácia geral dessa decisão do Supremo Tribunal Federal.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

VOTO

(S/TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, estou de acordo também.

Quanto aos templos religiosos e locais de culto, eu apenas, como *obiter dictum*, me permitiria salientar que é preciso conciliar essa excelente solução dada pelo eminente Relator com aquilo que consta no artigo 5º inciso VI da nossa Constituição, que assevera que:

"VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;"

Não há nenhuma incompatibilidade disto que eu estou afirmando com aquilo que foi assentado por Sua Excelência, até porque os índios gozam e usufruem também - apesar do *status* especial que possuem por força da Constituição - de todos os direitos que estão listados no art. 5º desta Constituição.

Quanto aos locais de culto, estes têm uma situação diferenciada, no sentido de que merecem uma proteção toda especial, nos termos da Constituição.

23/10/2013**PLENÁRIO****EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, tenho uma única divergência relacionada à conclusão, até mesmo para que não ocorram leituras equivocadas do que decidido pelo Plenário. Houve a apreciação da ação popular, oportunidade na qual fiquei vencido, no que julgava inteiramente procedente, como ressaltado pelo ministro Luís Roberto Barroso, o pedido formulado na inicial.

Sua Excelência – isso está revelado na extensão do voto – acaba, até mesmo, a partir de premissas do acórdão formalizado, por prestar inúmeros esclarecimentos que, a meu ver, não ficaram limitados à penúltima questão. Esses esclarecimentos dizem respeito a outros itens veiculados pelo Senador embargante, como, por exemplo, o referente à atividade religiosa, já agora com o aspecto destacado pelo ministro Ricardo Lewandowski, ou seja, a liberdade de culto.

Também, Sua Excelência, muito embora desprovendo os declaratórios – e pediria vênias para provê-los, justamente para dar uma envergadura maior aos esclarecimentos –, adentrou a problemática das escolas públicas existentes e apontou, ressaltando algo que estaria implícito na decisão do Tribunal, a direção maior da própria União.

Também veio a prestar esclarecimentos quanto à passagem de não índios pelas rodovias existentes. Creio que é interessante – até mesmo para alcançar-se, de uma forma mais efetiva, a paz social na localidade – prover os embargos, sem eficácia modificativa, apenas para dar-se, como disse, envergadura maior aos esclarecimentos.

Penso que são esses os itens, em síntese, em que Sua Excelência foi adiante para prestar esclarecimentos. Sabemos que os embargos declaratórios podem ter dois objetivos: o primeiro, se for o caso, integrar o pronunciamento embargado; e o segundo, justamente, afastar a possível obscuridade na leitura da própria decisão proferida, prestando-se esclarecimentos.

Por isso é que me permito, Presidente, divergir quanto aos itens que

PET 3388 ED / RR

mençãoi, para, ao invés de desprover o recurso, provê-lo, visando encampar os esclarecimentos constantes do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

É como me pronuncio sobre a matéria.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

**ANTECIPAÇÃO AO VOTO
(S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)
(EMBARGOS OPOSTOS PELA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, pediria licença para, nesse ponto, tecer algumas considerações a mais, devendo desde logo antecipar que, nas conclusões, acompanho o Ministro Relator. Apenas registro um enfoque um pouco diferente no que se refere à eficácia subjetiva e a alguns aspectos da eficácia temporal da decisão que aqui se proferiu.

1. Conforme salientado no voto do Ministro Roberto Barroso, os embargos de declaração não se prestam, em princípio, a promover a reforma do acórdão embargado mediante formulação de novo juízo sobre as questões decididas. E, no caso, ficou demonstrado que, em sua essência, a matéria suscitada nos diversos embargos de declaração diz respeito, não a omissões ou contradições porventura verificadas na decisão embargada, mas a questões que nela foram enfrentadas e decididas, não comportando, por isso mesmo, um novo juízo de revisão.

2. Os pontos que mereceram atenção – e, eventualmente, esclarecimentos – pelo relator dizem respeito à eficácia subjetiva do acórdão recorrido, especialmente no que se refere às denominadas “condicionantes” nele estabelecidas.

3. A propósito, desde logo é preciso enfatizar que tais condicionantes representam, na verdade, os fundamentos jurídicos adotados como pressupostos para a conclusão, que foi pela procedência parcial do pedido. De qualquer modo, é importante considerar que o acórdão embargado está revestido dessa peculiar característica de ter

PET 3388 ED / RR

estabelecido a definição do regime jurídico a ser observado em relação à área de terra indígena nele demarcada. Isso desperta duas espécies relevantes de questionamento: quanto à sua eficácia subjetiva, ou seja, quanto aos efeitos da decisão em face de terceiros não vinculados à relação processual; e a segunda, quanto à sua eficácia temporal, ou seja, relativamente aos efeitos prospectivos da decisão em face de eventuais modificações futuras do estado de fato ou de direito.

4. Quanto ao primeiro aspecto, é preciso registrar a distinção entre eficácia e imutabilidade das sentenças. A *imutabilidade* é uma qualidade própria da coisa julgada, na exata dicção do art. 467 do CPC). Nesse sentido, não há dúvida de que a coisa julgada, assim considerada "a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença" (CPC, art. 467), tem âmbito subjetivo restrito "às partes entre as quais é dada" (art. 472 do CPC, primeira parte). Isso, todavia, não significa que os efeitos da sentença também estejam assim circunscritos. Pelo contrário: como todo ato estatal, a sentença produz efeitos naturais de amplitude subjetiva universal. Há, a propósito do tema, estudo clássico de Enrico Tullio Liebman, sempre lembrado, em que afirma:

"[A] sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação processual a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrê-la igualmente. Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam. Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente a relação jurídica que em caso concreto foi submetida a exame do juiz; mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que se produzirão efetivamente para

PET 3388 ED / RR

todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso concreto. O juiz, que na plenitude de seus poderes e com todas as garantias outorgadas pela lei, cumpre sua função, declarando, resolvendo ou modificando uma relação jurídica, exerce essa atividade (e não é possível pensar diversamente) para um escopo que outra coisa não é senão a rigorosa e imparcial aplicação e atuação da lei; e não se compreenderia como esse resultado todo objetivo e de interesse geral pudesse ser válido e eficaz só para determinados destinatários e limitado a eles” (ENRICO TULLIO LIEBMAN. Eficácia e autoridade da sentença. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 123).

A eficácia universal do julgado, assim estabelecida, é particularmente significativa em se tratando de sentença proferida pelo Supremo Tribunal Federal. A sua vocação expansiva e persuasiva em relação às questões decididas fica realçada pela superior autoridade da chancela dessa mais alta Corte de Justiça.

5. Isso não significa, é certo, que os terceiros prejudicados estejam inibidos de, em ação própria, deduzir em juízo pretensões que entendam legítimas. O direito de ação, em casos tais, além de garantido pelo art. 5º, XXXV da Constituição, decorre do próprio artigo 472 do CPC. No estudo já citado Liebman deixou isso expresso:

”[D]iversamente do que ocorre com as partes, para quem a própria sentença adquire a coisa julgada e seus efeitos se tornam imutáveis, para os terceiros a sentença é eficaz, mas - não ficando coberta pelo julgado - é discutível a qualquer tempo. O terceiro, desde que tenha interesse, pode, em qualquer circunstância e em qualquer novo juízo, demonstrar que a sentença está errada e não lhe pode ser oposta. (...) Por isso os terceiros, embora sujeitos à eficácia da sentença, podem opor-lhe razões de fato e de direito que demonstrem a sua contrariedade à justiça. Nem por isso podem os terceiros, é claro, modificar ou anular a sentença, mas podem torná-la inaplicável,

PET 3388 ED / RR

paralizando a sua eficácia no que lhe diz respeito” (op. cit., p. 289).

É nesse sentido também a doutrina pátria, fundada no sistema que entre nós disciplina a eficácia subjetiva da sentença e da coisa julgada, notadamente no art. 472 do CPC:

“Verifica-se, portanto [do art. 472], que o julgamento apenas entre as partes é imutável. Disto não se deduz, porém, que não deva produzir efeitos em relação a terceiros. Todo julgamento tem eficácia natural e imperativa, que resulta de sua qualidade de ato estatal. (...) Donde deve concluir-se que o julgamento final, como ato de órgão do Estado, tem eficácia erga omnes; mas seus efeitos somente são imutáveis entre as inter partes, pelo que o terceiro, que tenha interesse jurídico, poderá impugnar os efeitos do julgamento, demonstrando estar ele em desacordo com o direito objetivo” (MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, 3º volume, 9ª ed., SP: Saraiva, 1987, p. 243).

“A sentença, do mesmo modo que todo ato jurídico - diz Chiovenda - existe e vale em relação a todos (...). Mas afirmar que a sentença, e, pois, a coisa julgada, vale em relação a terceiros, não quer dizer que possa prejudicar terceiros. Apenas quer dizer que terceiros não podem desconhecê-la, não que por ela podem ser prejudicados” (AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3ª volume, 21ª ed., SP: Saraiva, 2003, p. 75/76)

“‘A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros’. Não quer dizer isto que os estranhos possam ignorar a coisa julgada. ‘Como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos’ [Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, 3ª ed., v. I, nº 133, p. 414]. Não é certo, portanto, dizer que a sentença só prevalece ou somente vale entre as partes. O que ocorre é que apenas a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença não podem prejudicar, nem beneficiar, estranhos ao processo em que foi preferida a decisão trânsita em julgado (...) Assim, um

PET 3388 ED / RR

estranho pode rebelar-se contra aquilo que foi julgado entre as partes e que se acha sob a autoridade da coisa julgada, em outro processo, desde que tenha sofrido prejuízo jurídico” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 51ª ed., RJ: Forense, 2.010, p. 557)

6. Quanto à eficácia temporal, a decisão embargada, como toda sentença de efeitos prospectivos, deve ser compreendida com implícita cláusula *rebus sic stantibus*: sua eficácia supõe a manutenção do estado de fato e de direito tomados como pressupostos do julgamento. Essa observação é particularmente significativa para o caso, uma vez que, como salientado, a sentença definiu vários aspectos importantes do regime jurídico da terra indígena demarcada. Ora, não há regime jurídico imutável. Nem mesmo o regime constitucional o é. É certo, portanto, que a decisão embargada não pode inibir futura atuação do legislador, seja no plano constitucional, seja no exercício da edição da lei complementar ou da ordinária (como as que se refere o § 6º do art. 231 da CF). Nesse sentido, sem prejuízo, obviamente, do controle jurisdicional da sua legitimidade, eventuais disposições normativas futuras, legitimamente editadas, hão de ser observadas para todos os efeitos, inclusive no que se refere às “condicionantes” de que trata a decisão embargada. Da mesma forma, não fica inibida futura atuação do próprio Poder Judiciário, no âmbito jurisdicional, para promover, como prevê o art. 471, I do CPC, revisão ou complementação dos termos dessas “condicionantes”, para compatibilizá-las com supervenientes modificações futuras no estado de fato ou de direito.

7. Enfatizo que essas observações nada mais representam do que a explicitação de decorrências próprias do sistema normativo processual, em nada comprometendo ou alterando os termos do acórdão embargado. Acompanho, assim, o voto do Ministro relator. É o voto.

PET 3388 ED / RR

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Senhor Presidente, não tenho nenhuma divergência substancial em relação ao que diz o eminente Ministro Teori Zavascki.

O acórdão, rigorosamente, faz coisa julgada a propósito de duas coisas: a Portaria do Ministério da Justiça, que fez a demarcação, e o Decreto presidencial, que a homologou, são válidos. Penso que isso, fora de dúvida, faz coisa julgada. Ademais, acho que faz coisa julgada a caracterização desta terra como terra indígena para as consequências constitucionais, inclusive no tocante à indenização ou benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé. Essas duas questões inequivocamente fazem coisa julgada.

Agora, concordo com o Ministro Teori em que, se houver uma substancial mudança de fato no mundo, ou se houver uma substancial mudança na disciplina constitucional da matéria, é possível que eventualmente haja algum impacto. Estou de acordo. Mas acho que qualquer coisa julgada no mundo está sujeita a esse tipo de modificação – pode cair um meteorito na região...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Mas é para isso que os parlamentos são eleitos a cada quatro, cinco anos, para examinar eventuais mudanças sociais, políticas, econômicas.

.....

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

VOTO
(S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)
(EMBARGOS OPOSTOS PELA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, no quadro ao qual objetiva, a decisão faz coisa julgada em relação ao pedido principal, e, no meu modo de ver, há os efeitos acessórios dessa decisão, porque, não fossem essas condicionantes, talvez até se inutilizaria o resultado do processo. Quer dizer, se não houvesse essa aplicação das condicionantes, que, na verdade, são efeitos acessórios até contidos no pedido principal, não teria a menor relevância a procedência, em parte, do pedido.

Agora, se houver uma modificação tal como se prevê, aí não se estará falando de coisa julgada, porque, para se falar de coisa julgada, é preciso que haja uma tríplice identidade: é preciso que sejam os bens sujeitos; é preciso que seja o mesmo pedido e a mesma **causa petendi**. Ora, se isso tudo for transformado, a **causa petendi**, por exemplo, ela é composta por fatos, e, se os fatos são novos, não é a mesma **causa petendi**, não estaremos falando de coisa julgada. Essa coisa julgada, ela se mantém tal como ela está hoje assentada: essa terra foi demarcada, com essas condições e com esses efeitos acessórios, que inclusive estão previstos na própria Constituição. Por exemplo, diz a Lei de Locações: Extinta a locação, automaticamente estará extinta a sua locação; extinto o casamento, automaticamente será extinto o regime matrimonial de bens.

Diz a Constituição:

"Art. 231 ...

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras (...) - dessas que aqui foram demarcadas.

PET 3388 ED / RR

De sorte que, realmente, se houver uma modificação do estado fático, estaremos diante de outra ação, de outro pedido, e não haverá nenhuma interferência na coisa julgada. Até porque pedi a palavra, pela ordem, e, pela ordem, peço licença à Ministra Rosa para já adiantar que acompanho o voto do Ministro Relator.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, evidentemente já há convencimento da maioria sobre a matéria, mas começo subscrevendo as preocupações do ministro Teori Zavascki. Nós não julgamos mandado de injunção e, mesmo assim, quando o fazemos, fixamos as condições para o exercício do direito assegurado constitucionalmente, compondo o pronunciamento uma condição resolutiva, que é a revelada por lei superveniente disciplinando a matéria. A decisão, então, perde eficácia em termos de regulamentação.

Vou me restringir, quanto aos embargos do Ministério Público, à questão estritamente instrumental. Ressalto, de início, que as condicionantes contidas na parte dispositiva do pronunciamento do Tribunal encerram normas abstratas autônomas. Sabemos que a ação popular não é uma ação de mão dupla, como a possessória, por exemplo. O que se pleiteou na inicial desta ação – e digo que o autor, talvez, tenha vindo à ultima trincheira da cidadania buscar lá e acabou tosqueado? Unicamente a declaração de nulidade da Portaria nº 534, de 2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República em 15 de abril de 2005, em que definidos os limites da terra indígena Raposa Serra do Sol – sustentando que, em síntese, o ato derivou de procedimento de demarcação viciado e ofensivo aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal.

Fiquei a imaginar-me, atuando no campo extraordinário, julgando recurso extraordinário, em que as condições tivessem sido fixadas por órgão do Judiciário. Diria que o Tribunal, presumido o que normalmente ocorre, partiria para a glosa. Mas o Supremo não pode, atuando originariamente – e isso restou proclamado na decisão proferida e ora embargada –, abandonar, com a devida vênia daqueles que entendem de forma diversa, o arcabouço normativo regedor da matéria. E, em vez de julgar simplesmente improcedente o pedido de declaração de nulidade,

PET 3388 ED / RR

partir para a fixação de normas que não foram discutidas no processo.

Digo que o Executivo nacional está aguardando o julgamento desses embargos declaratórios para ter diretriz quanto a outras situações conflituosas envolvendo povos indígenas e que tomará de empréstimo porque, repito, as condicionantes ou as salva-guardas institucionais criadas são abrangentes, abstratas – o que for proclamado pelo Tribunal. E fomos muito criativos. Quem sabe talvez o Congresso não o fosse, isso na estipulação do que deve ser observado em termos do gênero terras indígenas, não apenas quanto à Raposa Serra do Sol, à reserva que revista de grande circulação, após o afastamento dos cidadãos em geral, apontou – refiro-me à *Veja*, não me lembro o número – como a reserva da miséria.

Não tenho, Presidente, sob pena de colocar em segundo plano a ordem jurídica, como deixar de agasalhar o que assentado pelo Ministério Público. Não concebo o Supremo atuando de forma tão larga, tão linear, como legislador positivo. Sempre soube que a atuação possível é como legislador negativo e não positivo. Mas acabou, no lançamento das salvaguardas, na parte dispositiva do acórdão, como se isso implicasse a procedência do pedido inicial, estivesse compreendido no pedido inicial, por introduzir, no cenário normativo, normas que somente poderiam vir à balha mediante a atuação dos deputados federais e dos senadores da República. Substituiu-se o Supremo – e devo dizer com desassombro – ao Congresso Nacional, atuando no vácuo por ele deixado, e o fez abandonando a postura que se aguarda do Judiciário, principalmente diante de lide que tem balizas certas, já que, até mesmo no processo objetivo, o Tribunal está submetido ao pedido formulado pelo requerente.

Presidente, longe de mim buscar a prevalência do voto vencido que proferi pela procedência total do pedido veiculado na ação popular. Um voto que, inclusive, como deixei registrado para histórico da própria Corte, para ficar nos anais da Corte, acabei proferindo quando o imaginei inicialmente como o terceiro voto e acabou sendo o nono, porque o Presidente, à época, em vez de proclamar o pedido de vista, suspendeu a Sessão para o lanche e, no retorno, os colegas, mesmo diante do pedido de vista, anteciparam o convencimento. Houve, inclusive, um colega que

PET 3388 ED / RR

queria que a Corte proclamasse o resultado do julgamento sem o meu voto. Então lembrei a ele que ainda havia um Colegiado e que essa proclamação seria impossível.

Mas se apreciarmos, com a equidistância que se imagina tenha o juiz, o que fixado em termos de salvaguardas, colocando em segundo plano as balizas da lide, concluiremos – daí ter subscrito as preocupações do ministro Teori Zavaski – que, realmente, foram criadas condições não apenas para essa situação concreta de "Raposa Serra do Sol", mas que se irradiam a outras áreas, já que o tratamento deve ser, pela própria Carta da República, igualitário.

Acolho, Presidente, com eficácia modificativa substancial, para afastar, portanto, as salvaguardas, que, para mim, são normas abstratas autônomas, ao todo, dezenove salvaguardas – chegou-se ao ponto de disciplinar questão tributária, questão de usufruto, questão de atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal, questões não colocadas, como disse, no processo –, os embargos interpostos para afastar essas salvaguardas e concluir, pura e simplesmente, porque não houve procedência parcial, já que não compreendo, no pedido do autor, as questões decididas, e o meu voto no sentido da procedência ficou isolado pela improcedência do pedido.

É como voto.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

VOTO SOBRE OS SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, a essa altura, a gente tem enorme dificuldade de reconstituir todas as questões que foram postas nesse já longínquo julgamento de 2009; isso mostra também um pouco a nossa disfuncionalidade em termos de atuação do Plenário, uma vez que estamos discutindo somente agora, em 2013, essa questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E prolação de uma decisão, sem dúvida alguma, constitutiva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro, o Ministro Teori chama a atenção para um tema que é extremamente importante e que tem ocupado a própria doutrina processual, a partir das próprias lições clássicas de Liebman, sobre a submissão da coisa julgada à Cláusula *rebus sic stantibus*. Mas, de qualquer forma, o eminente Ministro Roberto Barroso já precisou que essas condições deveriam estar e ser observadas. De modo que eu também não vejo aqui contradição substancial entre as duas posições elencadas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite, ministro Gilmar Mendes? Inicialmente, o relator apontou que as salvaguardas somente seriam – a não ser que tenha ouvido mal – aplicáveis a essa reserva.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas, na verdade, o Relator também ressalta que isto funciona como precedente para efeito de orientação geral, isto está claro. Agora – ele dizia condizente com a nossa doutrina e a nossa jurisprudência –, é que essa

PET 3388 ED / RR

decisão não é dotada de efeito vinculante, tanto é que citou precedentes nos quais nós já indeferimos reclamações, mas é uma orientação que demanda do Tribunal.

De qualquer forma, eu gostaria de lembrar que essas questões todas, por exemplo, hoje a memória já está um tanto quanto prejudicada em relação às questões que se colocaram, mas, à época, quando essa questão chegou ao Tribunal, se dizia até que tinha que se pedir licença ou tinha que fazer tratado com as tribos indígenas para assentar bases militares – portanto, essas questões todas foram devidamente contempladas – ou para passar uma estrada, ou realizar uma obra pública. Portanto, a rigor, não são respostas dadas no vazio, mas a partir das situações que se colocaram neste caso.

O debate foi muito intenso a propósito da chamada demarcação em ilha, ou demarcação de forma alongada, a colocação de distritos dentro desta demarcação, mais ampla, que provocou tanta discussão. Vossa Excelência, mesmo, Ministro Marco Aurélio, sustentou, e depois veio, inclusive, este resultado, que é altamente constrangedor, quer dizer, a exclusão da área de atividade econômica, que empregava parte da população indígena, e que levou depois aos resultados que nós conhecemos.

Eu me lembro dessa reportagem e de outras que mostravam que muitos desses...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Todos aculturados, migraram para a capital para mendigar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Ou mostraram parte desses índios, hoje, vivendo nos lixões de Boa Vista, tendo em vista a desativação da atividade econômica, o que faz parte do aprendizado em que sugere a necessidade talvez de revisão de regime. E, aí, sim, entra o legislador para permitir parcerias. É esse sentido que eu entendo a observação do Ministro Teori. É no sentido de que esse modelo, esse regime, esse estatuto é passível de atualização no tempo, tendo em

PET 3388 ED / RR

vista as mudanças que inevitavelmente já ocorreram, e ocorrem.

Agora, essas questões todas que foram tratadas, muitas delas, claro, promanam efeitos, em função da jurisprudência, para outras situações, de qualquer forma, essas questões estavam postas no caso. Por exemplo, o Estado de Roraima suscitava que não só neste caso, mas, em relação às demais demarcações de terra, ele estava ficando desprovido de base territorial, sem que participasse do processo de demarcação. Então, se chamou a atenção para a necessidade de que a unidade federada... ora, o texto constitucional consagra como cláusula pétrea.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E foi tomado como um assistente simples. Onde está o conflito federativo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Pois, é. Mas veja, essa questão veio: era importante que, tendo em vista inclusive que o princípio federativo compõe a Constituição como cláusula pétrea, que o estado-membro participasse do processo demarcatório. Nesta própria demarcação, retirava-se base territorial de municípios, sem que houvesse nenhuma participação do município. Então, chamava-se a atenção para a necessidade de que se observasse.

E por isso, inclusive, no debate, no Plenário, o Ministro Barroso já respondeu bem quando falou da questão da legislação negativa e legislação positiva, no âmbito dos tribunais. E disse que, já há muito, não se pode falar que a resposta há de ser apenas no sentido de um juízo cassatório, muitas vezes é inevitável buscar uma outra solução.

Aqui, o Tribunal debateu isso de forma bastante clara, para dizer, inclusive, que estava julgando parcialmente procedente a ação para estabelecer, inclusive, essas condições. Vossa Excelência se lembra, não é, Ministro Celso de Mello, que nós discutimos isso, tendo em vista a necessidade de que essas condições compusessem a coisa julgada. Então, houve consciência em relação a esse debate.

Só gostaria de deixar claro que a própria referência que Kelsen faz a propósito deste chamado legislador negativo tinha, na sua origem, não

PET 3388 ED / RR

apenas um referencial histórico, que é claro. Evidente que, naquele momento, dominava o modelo de direitos fundamentais e de relações com o Estado de caráter negativo, logo, a intervenção judicial seria basicamente de caráter cassatório. Era o modelo do chamado *status negativus*, era o que era o modelo dominante na relação entre o indivíduo e o Estado. Mas Kelsen também partia de uma premissa filosófica, tanto é que, em princípio, ele dizia: "Não pode haver uma declaração de nulidade da lei inconstitucional, a lei terá que ser apenas anulada". E a Corte constitucional austríaca, que é por ele inspirada e desenvolvida, ela, só em casos excepcionais, aceita a eficácia assim chamada retroativa. Dizia Kelsen que isso era um absurdo, porque declarar a nulidade de uma lei era mandar alguém fazer algo ontem. Então, dizia ele, isso é impossível com as próprias premissas do sistema.

Então, a rigor, essa imagem diz com o seu próprio modelo ou sistema, mas diz também com a sua historicidade. Claro que, depois, com a própria evolução que tivemos em matéria de omissão inconstitucional, passamos a ter necessidade de dar outras respostas. E aqui ficou evidente, porque o Tribunal, a partir das questões que se colocavam, deu respostas para as várias questões, como essa: saber se era possível ou não instalar quartel ou se precisava de licença da comunidade para instalar quartel nas áreas indígenas, ou para passar uma estrada, ou para realizar uma obra pública, ou uma obra de comunicação, que muitas vezes levava benefício para a própria comunidade.

Então, essas questões estavam postas. E, nesse sentido, vou pedir vênua ao Ministro Marco Aurélio para assentar que o Tribunal discutiu essas condições, claro que olhando também para o futuro, o desenvolvimento, mas tendo em vista as questões concretas que se colocaram neste caso, daí o juízo inclusive de procedência parcial.

Tendo feito essas considerações, Presidente, eu gostaria também de agregar o meu voto, a minha manifestação, e cumprimentar a manifestação cuidadosa e bem elaborada do Ministro Barroso.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

VOTO
(S/ SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu quero fazer uma rapidíssima intervenção também, porque acabei não sendo ouvido, pelo fato de os demais Ministros exercerem o seu direito regimental de se manifestarem.

Mas eu queria assentar que o Ministro Barroso, em boa hora, afasta essa expressão "condições", dizendo que, na verdade - e leio trecho aqui, páginas 32 e seguintes do voto do Ministro Relator, que diz que não são propriamente condições, mas a maioria dos Ministros, na verdade, explicitou os pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida da terra indígena.

E mais ainda, disse o eminente Relator, a meu ver, com bastante propriedade, que a Corte, por sua maioria, entendeu que não era possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à terra indígena.

Então, o que nós fizemos aqui, e eu me recordo bem, apesar do tempo que já se passou desde aquele julgamento, que, a rigor, nós não estabelecemos condições, nós não legislamos em abstrato, mas nós simplesmente assentamos o regime jurídico que deve reger as terras indígenas, e que era necessário, naquele momento, explicitar para pormos fim a um conflito social e fundiário que objetivamente posto à Corte.

Eu também queria me reportar e dizer que fui honrado com a menção a uma Reclamação da qual fui Relator, a 15.668, em que eu assento que, na verdade, quando nós julgamos aquela ação popular, em nenhum momento, nós tomamos a decisão com efeito vinculante, que é próprio das decisões de natureza abstrata, mas simplesmente nós enunciamos uma decisão com efeitos *erga omnes*.

Não obstante isso, consta do meu voto, e Sua Excelência o Relator

PET 3388 ED / RR

também traz à colação um trecho da manifestação do Ministro Cezar Peluso, dizendo que: não obstante aquele julgamento não tenha efeito vinculante, mas, sim, *erga omnes* - e há uma distinção muito clara que os teóricos conhecem muito bem -, o Ministro Cezar Peluso disse que, naquele momento, a Corte estava, na verdade, enunciando um voto ou manifestando um pronunciamento que era um verdadeiro *leading case*, um caso padrão que traçava diretrizes não apenas para a solução concreta que se estava examinando, mas para a disciplina de todas as ações futuras. E até o Ministro Cezar Peluso dizia que, num certo sentido, poderia nortear a solução até de questões pretéritas já colocadas à cerca do tema.

Então, com essas ponderações, Senhor Presidente, eu quero dizer que também não vejo nenhum conflito fundamental básico entre as posições do Ministro Teori e do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, porque, claro, todas as decisões judiciais e os contratos, de modo geral, se baseiam na cláusula *rebus sic stantibus*. Se as condições se alterarem fundamentalmente, este vínculo jurídico, seja de natureza judicial, seja de natureza contratual, não pode mais subsistir.

Acompanho o Relator, portanto, Senhor Presidente.

23/10/2013**PLENÁRIO****EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA**

VOTO
(S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)
(EMBARGOS OPOSTOS PELA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, faço questão de registrar, inicialmente, a profundidade e clareza, não só do voto do eminente Relator, mas da exposição que fez aqui, neste Plenário. Sabe-se que não é fácil sintetizar de uma forma - talvez, porque tenha ocupado tanto tempo a tribuna - e expressar o pensamento. Então, faço esse registro primeiro.

Senhor Presidente, em um segundo momento, registro que estamos - todos sabemos - em sede de embargos de declaração. E tenho uma posição restritiva quando da análise de embargos de declaração. Claro que as visões, os olhares e as compreensões, são diferentes, cada um de nós com a sua circunstância - já dizia Ortega y Gasset - e, sequer, a decisão foi unânime, foi majoritária. Vossa Excelência emitiu um juízo de improcedência da ação; o eminente Ministro Marco Aurélio um juízo de procedência, inclusive, declarando a própria nulidade, pelo que compreendi do voto de Sua Excelência; e a maioria se formou no sentido de um juízo de procedência parcial.

Eu não participei do julgamento. Se o eminente Ministro Gilmar, que participou, manifestou dificuldade até de reconstituir as condições em que ele foi efetuado, com todas as particularidades e peculiaridades que foram trazidas à época - os próprios embargos já demonstram a quantidade de questões que foram ventiladas -, então, eu não teria como, em embargos de declaração, chegar a uma conclusão diferente daquela a que chegou o eminente Relator.

Também registro, especificamente com relação às ponderações

PET 3388 ED / RR

sempre tão profundas, tão bem colocadas pelo eminente Ministro Teori, que não vejo conflito no que foi dito, tanto que acompanhou o Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência me permite? Quero dizer que comecei o meu voto dizendo que não há esse conflito.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Isso.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu concordei integralmente com o Ministro Barroso. Apenas fiz algumas ponderações que, na verdade, são complementares, especialmente no que se referem aos efeitos prospectivos dessa decisão, que, na verdade, agora ficou salientado no debate, veio estabelecer um regime jurídico com efeito prospectivo em relação a uma reserva indígena de grande dimensão.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

V O T O

(s/ sextos embargos de declaração)
(EMBARGOS OPOSTOS PELA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênia, Senhor Presidente, para acompanhar o eminente Relator, cujo voto examinou, com absoluta clareza e total precisão, os diversos aspectos que foram suscitados nos vários embargos de declaração opostos à decisão plenária, explicitando, inclusive, algumas passagens dela constantes, o que se tornou importante para efeito de clarificação do próprio alcance da parte dispositiva do acórdão em questão.*

É o meu voto.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
EMBTE.(S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
EMBTE.(S)	: LAWRENCE MANLY HARTE E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: LUIZ VALDEMAR ALBRECHT
EMBTE.(S)	: FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI
ADV.(A/S)	: ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS
EMBTE.(S)	: COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ E OUTROS
ADV.(A/S)	: PAULO MACHADO GUIMARÃES
EMBTE.(S)	: ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
EMBTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
EMBTE.(S)	: AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E OUTROS
ADV.(A/S)	: CÁRMINO EUDÓXIO SANTOLÉRI
EMBDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
EMBDO.(A/S)	: AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS
INTDO.(A/S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL

**CONTINUAÇÃO DE VOTO
(S/SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)
(EMBARGOS OPOSTOS PELA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente,
posso concluir o meu voto?

Concedi um aparte ao Ministro Teori, e foi excelente, porque Sua
Excelência disse exatamente o que eu ia dizer, portanto, concluo o meu

PET 3388 ED / RR

voto. Na minha compreensão, os fundamentos trazidos pelo Ministro Teori, na sua explicitação quanto à eficácia subjetiva e à eficácia temporal da decisão, na verdade, complementam - na minha compreensão, repito - todos os fundamentos adotados pelo eminente Relator.

Por isso, endosso a fundamentação de ambos. Acompanho o que foi decidido com relação ao acolhimento dos embargos, nos termos propostos por Suas Excelências.

É como voto, Senhor Presidente.

23/10/2013

PLENÁRIO

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA

VOTO

**(S/ SEXTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO)
(EMBARGOS OPOSTOS PELA
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA)**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

Eu peço vênia ao eminente Relator e aos que o acompanham para acolher os embargos com efeitos infringentes, tal como fez o Ministro Marco Aurélio, por entender que, realmente, o Tribunal extrapolou, o Tribunal traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente. O Tribunal agiu como um verdadeiro legislador.

Por essas razões, eu acolho parcialmente os embargos para expungir da decisão as dezenove condicionantes que foram acrescentadas.

23/10/2013**PLENÁRIO****EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388 RORAIMA****EXPLICAÇÃO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

– Senhor Presidente, eu gostaria só de fazer uma brevíssima observação. Eu li o voto de Vossa Excelência, como li o voto do Ministro Marco Aurélio. Acho que Sua Excelência, o Ministro Marco Aurélio, vocalizou com grande empenho, num voto analítico, uma posição que era importante, que vicejava na sociedade brasileira. Teria sido ruim se essa posição não tivesse sido vocalizada por alguém no Tribunal. Embora não corresponda ao meu ponto de vista, ela foi sustentada com grande proficiência, como tudo o que o Ministro Marco Aurélio faz.

Agora, eu gostaria de fazer uma defesa do acórdão, do ponto de vista do interesse das comunidades indígenas, que é a minha constatação, depois de ter lido os votos – em particular, os votos do Ministro Carlos Ayres Britto e o do Ministro Carlos Alberto Direito, que merecem ambos a minha reverência pelo trabalho que fizeram, o voto do Ministro Gilmar, o voto do Ministro Celso... A minha constatação é que, se o Tribunal não tivesse feito do modo como fez – se tivesse se limitado a julgar a ação improcedente ou procedente em parte –, a execução do julgado não teria sido concretizada. Então, eu acho que o Tribunal foi ousado e que esta é uma decisão atípica. Como um padrão, não creio que seja o melhor e, portanto, não acho que o Tribunal deva fazer isso rotineiramente. Mas, neste caso, não se decidiu só a questão pontual, mas se definiu o sistema: nós vamos executar e o modo de executar é esse, está aqui o pacote. Portanto, eu reconheço, na linha do que falaram o Ministro Marco Aurélio e Vossa Excelência, que houve uma atuação um tanto atípica, talvez uma sentença quase aditiva.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - O
Ministro Marco Aurélio disse que um pouco criativa, uma atuação um

PET 3388 ED / RR

pouco criativa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Atuamos como se estivéssemos julgando, na Justiça do Trabalho, um dissídio coletivo de natureza econômica: criando normas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite só uma observação?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– Claro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O Ministro Celso lembrava há pouco que, quando dessa discussão, e de fato os fatos vão se perdendo diante da distância no tempo, mas lembrava de um pronunciamento do General Heleno - todos devem se lembrar -, em que ele disse da necessidade que se impunha ao exército de ter licença para entrar no âmbito territorial de determinadas comunidades.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, o Exército não precisou recorrer ao Supremo!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, mas o quadro de conflito estava estruturado; o Ministro Barroso acaba de mencionar: nós tínhamos queima de pontes, episódios vários ligados com a dificuldade de execução. Portanto, as questões que foram tratadas, nessas condições estabelecidas, a rigor, foram suscitadas nesse contexto, nesse processo, e, claro, irradia para os demais processos.

Não é demais recordar que este Tribunal já tinha anteriormente se pronunciado sobre a necessidade do contraditório e da ampla defesa no contexto da demarcação, porque antes isso não era previsto, até que veio o célebre caso da impetração, acho que ligado a uma dada fazenda no Mato Grosso do Sul, em que o Tribunal, seguindo a jurisprudência que já

PET 3388 ED / RR

se acentuava de que, em qualquer procedimento administrativo, era de observar o devido processo legal e o contraditório; impunha-se então essa revisão. E, aí, então houve um pedido de vista, e, enquanto não se retomava o julgamento, o próprio governo, sabedor de que haveria a revisão da jurisprudência do Tribunal, com risco de anulação de tudo o que fora feito antes, ao contrário do que se dizia, a cláusula do contraditório e da ampla defesa, que foi estabelecido em decreto, veio para inclusive proteger - como Vossa Excelência está dizendo também - as demarcações já realizadas, para evitar que houvesse a possibilidade de anulação. Esse foi o primeiro passo: foi a questão do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista o que está estabelecido no texto constitucional.

Por isso que é importante, realmente, o que Vossa Excelência está ressaltando.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Obrigado pelo aparte.

O que eu queria concluir, em defesa do Tribunal e do meu estudo do processo, é que não teria acontecido, com a presteza e a eficiência que aconteceu, se o Tribunal não tivesse ousado, indo um pouco além do convencional, ao estabelecer essas salvaguardas. Via de regra, eu me alinho a uma visão mais crítica do excesso de normatização abstrata feita pelo Tribunal. Mas, neste caso, eu acho que hoje nós não estaríamos celebrando uma execução bem sucedida de um caso difícil, sem que o Tribunal tivesse sido mais ousado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Veja, Ministro Barroso, eu, nos últimos meses, recebi, por mais de uma vez, os representantes dos dois lados nesse conflito, e, em razão disso, estou informado de que, talvez, algumas dessas condicionantes sejam até do agrado dos representantes das comunidades indígenas. Apenas, eu externei o meu ponto de vista quanto á restrição, o aspecto restrito, limitado do que foi postulado, aqui, perante o Tribunal.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NA PETIÇÃO 3.388

PROCED. : RORAIMA

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

EMBT. (S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV. (A/S) : ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS

EMBT. (S) : LAWRENCE MANLY HARTE E OUTRO (A/S)

ADV. (A/S) : LUIZ VALDEMAR ALBRECHT

EMBT. (S) : FRANCISCO MOZARILDO DE MELO CAVALCANTI

ADV. (A/S) : ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS

EMBT. (S) : COMUNIDADE INDÍGENA SOCÓ E OUTROS

ADV. (A/S) : PAULO MACHADO GUIMARÃES

EMBT. (S) : ESTADO DE RORAIMA

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

EMBT. (S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

EMBT. (S) : AÇÃO INTEGRALISTA BRASILEIRA E OUTROS

ADV. (A/S) : CÁRMINO EUDÓXIO SANTOLÉRI

EMBD. (A/S) : UNIÃO

PROC. (A/S) (ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

EMBD. (A/S) : AUGUSTO AFFONSO BOTELHO NETO

ADV. (A/S) : ANTÔNIO MÁRCIO GOMES DAS CHAGAS

INTDO. (A/S) : FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

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

Decisão: Retirado de mesa em face da aposentadoria do Relator. Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 26.11.2012.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração opostos por **Ação Integralista Brasileira, Movimento Integralista Brasileiro e Anésio de Lara Campos Júnior**. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Também por unanimidade, desproveu os embargos de declaração opostos por **Lawrence Manly Harte** e outros, pelo **Estado de Roraima** e pelo Senador **Augusto Affonso Botelho Neto**. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Quanto aos embargos opostos pelo Senador **Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti**, em que ficou vencido o Ministro Marco Aurélio, que os acolhia em maior extensão; quanto aos embargos opostos pela **Procuradoria-Geral da República**, em que ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente), que os acolhiam com efeitos modificativos, e quanto aos embargos opostos pelas **Comunidades Indígenas**, o Tribunal os acolheu parcialmente, sem efeitos modificativos, apenas para esclarecer que: **a)** a decisão proferida na PET 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas; **b)** com o trânsito em julgado do acórdão proferido na PET 3.388/RR, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidas a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.4.2005, que demarcaram a área, observadas as condições indicadas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição, importa em nela não poderem persistir pretensões



possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante a benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º); **c)** o usufruto dos índios não lhes confere o direito exclusivo de explorar recursos minerais nas terras indígenas. Para fazê-lo, quais pessoas devem contar com autorização da União, nos termos de lei específica (CF/88, arts. 176, § 1º, e 231, § 3º). De toda forma, não se pode confundir a mineração, como atividade econômica, com as formas tradicionais de extrativismo, praticadas imemorialmente, nas quais a coleta constitui uma expressão cultural ou um elemento do modo de vida de determinadas comunidades indígenas. No primeiro caso, não há como afastarem-se as exigências previstas nos arts. 176, § 1º, e 231, § 3º, da Constituição. Tudo nos termos do voto do Relator, Ministro Roberto Barroso. Quanto à votação dos embargos opostos pelas Comunidades Indígenas, ausentes os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente) e Marco Aurélio. Presidiu e votou o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente). O Tribunal, por unanimidade, resolveu as questões de ordem suscitadas pelo Relator para: **a)** declarar encerrada a supervisão judicial sobre os atos relacionados ao cumprimento da Portaria/MJ nº 534/2005 e do Decreto Presidencial de 15.4.2005; e **b)** declarar exaurida a eficácia do acórdão proferido na RCL 3.331/RR, pondo fim à presunção absoluta de competência desta Corte para as causas que versem sobre a referida Terra Indígena, sem prejuízo da possibilidade de que, em cada situação concreta, os interessados demonstrem ser esse o caso. Votou o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente). Ausentes, ocasionalmente, os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente) e Marco Aurélio. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar do Programa del VI Observatorio Judicial Electoral e do Congresso Internacional de Derecho Electoral, promovidos pela Comissão de Veneza, na Cidade do México. Plenário, 23.10.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

21/02/2019

PLENÁRIO

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL FEDERAL
RECDO.(A/S)	: FUNDACAO DO MEIO AMBIENTE
ADV.(A/S)	: CARLOS DA COSTA SOARES

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

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

2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.

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

Ministro EDSON FACHIN

Relator

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA**MANIFESTAÇÃO:**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

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

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

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

No recurso extraordinário interposto pela FUNAI, com fundamento

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

É, em síntese, o relatório.

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

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

“A inconformidade da Recorrente merece ser conhecida e

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

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

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

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

Entendo, assim, que há questão constitucional com repercussão geral

RE 1017365 RG / SC

que merece ser reconhecida.

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

PORTARIA Nº 796 DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

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

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

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

(...)

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

(...)

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA.

SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

RE 1017365 RG / SC

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

RE 1017365 RG / SC

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

RE 1017365 RG / SC

ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. **A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.** Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraterna ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. **O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO.** Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado

RE 1017365 RG / SC

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

RE 1017365 RG / SC

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

RE 1017365 RG / SC

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

RE 1017365 RG / SC

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

“Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria

RE 1017365 RG / SC

Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. **4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.**

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

Portanto, o domínio dessas áreas pertence à União, reservando-se aos índios a posse e o usufruto dessas terras, compreendidas nos termos do § 1º do artigo 231 da Constituição, como “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

“(…) A Constituição Federal diz o seguinte:

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

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

RE 1017365 RG / SC

não tem a disponibilidade das terras.

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

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

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

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

É como me manifesto.

Publique-se.

Brasília, 19 de dezembro de 2018.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365 SANTA CATARINA

PRONUNCIAMENTO

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

O extraordinário foi admitido na origem.

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

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

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

RE 1017365 RG / SC

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

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

3. Admito configurada a repercussão geral.

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

5. Publiquem.

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

Ministro MARCO AURÉLIO