



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.017.365/SC

RELATOR: MINISTRO EDSON FACHIN

RECORRENTE: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO – FUNAI

**RECORRIDO: INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE SANTA CATARINA –
IMA – NOVA DENOMINAÇÃO DO FATMA**

**RECORRIDO: COMUNIDADE INDÍGENA XOKLENG, TERRA INDÍGENA
IBIRAMALA KLAÑO**

ADVOGADO: ALISSON DE BOM DE SOUZA E OUTROS

AM. CURIAE: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI

ADVOGADO: RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

MEMORIAL ARESV/PGR Nº 206377/2021

MEMORIAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1031. RELAÇÕES DE POSSE. ÁREAS DE TRADICIONAL OCUPAÇÃO INDÍGENA. ESTATUTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MARCO TEMPORAL. INADEQUAÇÃO. *TEMPUS REGIT ACTUM*. DEMARCAÇÃO. NATUREZA DECLARATÓRIA. DUPLA AFETAÇÃO. MEIO AMBIENTE. HARMONIZAÇÃO. DIÁLOGO INTERCULTURAL. RECURSO. PROVIMENTO.

1. O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos índios direitos originários sobre as terras de ocupação tradicional, cuja identificação e delimitação há de ser feita à luz da legislação vigente



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

à época da ocupação, reconhecida por meio de estudo antropológico, o qual pode, somado ao aspecto intertemporal do direito, atestar a tradicionalidade da ocupação conforme os parâmetros constitucionalmente fixados.

2. É possível a dupla afetação de uma área, sob os aspectos da proteção da comunidade tradicional e do meio ambiente. Esta impescinde da harmonização entre os múltiplos usos do território, no contexto de um diálogo multicultural e efetivo com a comunidade, tendo em conta o aspecto transgeracional dos direitos das populações tradicionais e as previsões constitucional e convencional de preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade, na forma dos arts. 7º, parágrafo 4, da Convenção 169 da OIT e art. 231 da CF.

3. Manifestação pelo provimento do recurso extraordinário.

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Edson Facchin

Excelentíssimas Senhoras Ministras

Excelentíssimos Senhores Ministros,

Trata-se de recurso extraordinário, representativo do Tema 1031 da sistemática da Repercussão Geral, 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”*.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

O RE foi interposto pela FUNAI, alegando ofensa ao art. 231 da Constituição Federal pelo acórdão do TRF/4ª Região. Este confirmou a 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.

O acórdão recorrido amparou-se nos seguintes argumentos:

(i) apesar de existirem elementos indicativos de que a área litigiosa está abrangida pela Portaria 1.128/2003 do Ministro da Justiça, o fato de não haver sido concluído o processo de demarcação da terra indígena pela União impede o reconhecimento da terra como de tradicional ocupação indígena; (ii) a portaria ministerial é insuficiente para autorizar a imissão dos indígenas na posse da área; (iii) até que se ultimem os atos de regularização fundiária, com a demarcação das terras e indenização dos proprietários por benfeitorias, estes exercem posse legítima sobre a área objeto de processo demarcatório, não podendo dela ser retirados sem o devido processo legal; (iv) necessidade de preservação do meio ambiente.

Sobre o tema de repercussão geral objeto do presente debate, para além do precedente afetado como paradigma, há de se traçar considerações sobre o aspecto intertemporal da matéria, cuja regulamentação antecede à Constituição Federal de 1988.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

O Brasil sempre manteve com os indígenas relação de reconhecimento do seu direito às terras de **ocupação tradicional**, seja como Colônia de Portugal, como Reino Unido a Portugal e Algarves, como Império do Brasil, como República dos Estados Unidos do Brasil e, agora, como República Federativa do Brasil.

O marco regulatório do direito dos indígenas às terras de ocupação tradicional foi estável ao longo dos séculos, iniciando-se com o Alvará Régio de 1º.4.1680 – posteriormente ratificado pela Lei de 6.6.1755 –, que firmara princípio segundo o qual, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos indígenas, considerados como *“primários e naturais senhores delas”*.

Esse documento estabeleceu as raízes do chamado indigenato, instituto jurídico luso-brasileiro consistente no reconhecimento do direito originário dos índios sobre suas terras.

Nas palavras de José Afonso da Silva, o indigenato *“não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, ‘não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem’”*¹.

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 876.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Tal direito – congênito e originário – dos indígenas sobre suas terras, independentemente de titulação ou reconhecimento formal, foi preservado no sistema legal brasileiro com o advento da Lei de Terras de 1850 (Lei 601/1850) e seu decreto regulamentador (Decreto 1.318/1854), e da Lei de Terras dos Índios de 1928 (Decreto 5.484/1928).

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a dedicar-se à regulação de questões ligadas aos índios, prevendo a proteção das terras onde essas populações estivessem permanentemente localizados (art. 129). Todos os textos constitucionais posteriores também reconheceram expressamente o direito dos índios à posse sobre suas terras (CF 1937, art. 154; CF 1946, art. 216; CF 1967, art. 186).

A Constituição Federal ora vigente, além de decretar a proteção da posse, relaciona o direito sobre as terras ocupadas pelos índios aos seus modos próprios de organização social, costumes, línguas e tradições, deixando clara a fundamentalidade desse direito e sua indispensabilidade para o exercício de todos os demais direitos assegurados às populações indígenas.

No art. 231, o texto constitucional dispôs sobre os principais aspectos do direito à terra, com o objetivo de recuperar, conservar e acautelar os direitos indígenas desta e das próximas gerações.

Há de se entender tal dispositivo à luz da legislação existente no Brasil que nele culminou, compreendendo que **a definição da terra como**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

tradicionalmente ocupada pelos indígenas há de considerar a legislação vigente à época da ocupação.

A adoção da data da promulgação da Constituição Federal vigente (5.10.1988) como referencial insubstituível para o reconhecimento aos índios dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam iria de encontro ao regime de direito intertemporal e ignoraria a existência de uma ordem normativa prévia à 1988.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, assim tidas sob a perspectiva da legislação vigente à época da ocupação, destinam-se à sua posse permanente. Cabe-lhes o usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes.

A posse dos índios sobre suas terras é voltada à sua sobrevivência física e à preservação de sua identidade cultural. São terras inalienáveis e indisponíveis, porque se destinam a esta e às futuras gerações; os direitos sobre elas são imprescritíveis. Não produzem efeitos jurídicos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse por terceiros das terras indígenas.

O constituinte de 1988, repetindo previsão do regime constitucional anterior, inseriu as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios entre os bens da União (art. 20, XI). Trata-se, todavia, de *“propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar*



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”².

O art. 231 da CF, ao prever a demarcação, confere-lhe natureza *declaratória* do direito dos índios às terras de ocupação tradicional, como direito secularmente assegurado ³. O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é obrigação constitucionalmente posta à União como forma de protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens.

A demarcação é ato de mero reconhecimento (declaratório) dos direitos originários dos índios sobre suas terras; logo, sem natureza constitutiva⁴.

A identificação, delimitação e demarcação das terras indígenas há de valer-se da metodologia antropológica, aliada a estudos de naturezas etno-histórica, sociológica, geográfica, cartográfica, ambiental, entre outras.

² RE 183.188/MS, Relator: Min. Celso de Mello, *DJe* 14.02.1997.

³ A definição do espaço de terras de que trata a Constituição Federal há de ocorrer, em cada caso, por meio de estudo antropológico, vocacionado ao exame e compreensão dos costumes, crenças, tradições e organização social de cada grupo indígena. O Decreto 1.775/1996 – e, antes dele, o Decreto 22/1991 –, dispõe que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, o qual elaborará estudo antropológico de identificação.

⁴ Nesse sentido é a jurisprudência já reiterada da Suprema Corte - “O reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional” (ACO 312/BA, Relator para o acórdão: Min. Luiz Fux, *DJe* de 21.03.2013).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

O estudo antropológico pode, portanto, atestar a tradicionalidade da ocupação segundo os parâmetros constitucionais fixados, havendo de ser conjugado, porém, com a legislação vigente à época da ocupação.

A conciliação da metodologia antropológica com a análise do regramento jurídico decorrente da legislação vigente à época da ocupação possibilitará decisão assertiva e segurança jurídica para todos os envolvidos.

Atento ao paradigma afetado à repercussão geral, é imperioso ainda o reconhecimento da possibilidade de dupla afetação de uma área sob os aspectos da proteção da comunidade tradicional e do meio ambiente, regime que imprescinde da harmonização prévia entre os múltiplos usos do território.

É equivocada a assertiva no sentido de que a sobreposição espacial entre terras indígenas e áreas ambientalmente protegidas representa, por si só, fator de risco ao meio ambiente, motivo pelo qual o estabelecimento de uma hierarquia entre a tutela do meio ambiente e os direitos das populações indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional, com prevalência do primeiro, fere a ordem constitucional vigente.

Cumpram harmonizar ambas as dimensões na perspectiva da preservação da sustentabilidade do modo de vivência tradicional, contemplando os interesses dos membros da comunidade de hoje e futuros.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

Excepcionalmente, no contexto de planos de desintração, é possível cogitar de restrições relativas e parciais de posse, transitórias e delimitadas de modo funcional e espacial por um curto e pré-determinado espaço de tempo, por motivos de relevante interesse público e segurança, apenas nas hipóteses de restabelecimento da posse, visando a dar efetividade ao 231, § 6º, da CF e nos moldes da cláusula de flexibilidade prevista no art. 34 da Convenção 169 da OIT.

É necessário um diálogo multicultural e efetivo com a comunidade, desde a delimitação dos usos até a efetivação do plano de manejo, tendo em conta o aspecto transgeracional dos direitos das populações tradicionais e as previsões constitucional e convencional de preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar da comunidade, na forma dos arts. 7º, parágrafo 4, da Convenção 169 da OIT e 231 da CF.

Em face do exposto, manifesta-se o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pelo provimento do recurso extraordinário.

Brasília, data da assinatura digital.

Augusto Aras
Procurador-Geral da República
Assinado digitalmente