



Os dois votos de Fachin: o que o STF decidiu julgar de novo sobre terras indígenas

Em 7 de agosto de 2026, o ministro Edson Fachin apresentou votos em dois julgamentos que tramitam paralelamente no Supremo Tribunal Federal e que, em conjunto, definem aspectos centrais do regime jurídico dos direitos territoriais indígenas. O primeiro é o RE 1.017.365, relativo ao povo Xokleng e à Terra Indígena Ibirama-La Klãnõ, no qual o STF afastou, em 2023, a tese do marco temporal e fixou o Tema 1.031 da repercussão geral. Fachin é o relator, e estão em julgamento os últimos recursos opostos naquele processo.

O segundo julgamento reúne a ADC 87 e as ADIs 7.582, 7.583 e 7.586, que discutem a constitucionalidade da Lei nº 14.701/2023, aprovada pelo Congresso Nacional para restabelecer legislativamente o marco temporal. Sob relatoria do ministro Gilmar Mendes, o STF voltou a declarar a inconstitucionalidade da tese em dezembro de 2025, mas introduziu alterações profundas no regime de demarcação, fazendo recair sobre os povos indígenas consequências da mora estatal, como a ampliação das hipóteses de indenização a não indígenas, a criminalização das retomadas e a previsão de territórios alternativos. Após pedido de vista, Fachin apresentou voto parcialmente divergente.

Os dois julgamentos estão diretamente articulados. O próprio acórdão relativo à Lei nº 14.701/2023 afirmou estar reafirmando e operacionalizando o Tema 1.031. Assim, ao propor, no caso Xokleng, ajustes na tese de repercussão geral, Fachin modifica o parâmetro jurídico que orienta o controle de constitucionalidade da lei e, em seu voto-vista, propõe expressamente que a nova redação do item V do Tema 1.031 seja incorporada também ao julgamento da ADC 87 e das ADIs conexas.

I. O voto no caso Xokleng (RE 1.017.365)

Os embargos de declaração não reabrem o mérito: servem para corrigir erro material, sanar contradição, esclarecer obscuridade e suprir omissão. É nesse espaço estreito que o relator apresentou seu voto.



Ele parte de uma premissa recente. Em dezembro de 2025, ao julgar a ADC 87 e as ADIs correlatas, o STF declarou a inconstitucionalidade dos principais dispositivos da Lei 14.701/2023. Fachin toma esse juízo como base e ajusta a tese de 2023 para compatibilizar os dois julgamentos.

Antes do mérito, uma preliminar: não conheceu os embargos de doze entidades admitidas como *amici curiae*, quase todas do agronegócio. O STF firmou nos Temas 881 e 885 que *amicus curiae* não tem legitimidade recursal contra decisão de mérito.

Analisando os recursos das partes, o ministro rejeita integralmente os do Estado de Santa Catarina e do Instituto do Meio Ambiente catarinense, e acolhe em parte os do povo Xokleng, da União e da Funai. Seis pontos avançam. Um continua como estava.

1. Cada povo resiste do seu jeito

O item III da tese já afastava o marco temporal e a definição de renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente em 5 de outubro de 1988. Mas os itens IV e V voltavam a empregar a expressão como critério indenizatório, gerando a antinomia apontada pelo povo Xokleng, pela Funai e pela AGU.

A origem da leitura restritiva é o ARE 803.462 AgR, no qual a Segunda Turma exigiu, alternativamente, controvérsia possessória judicializada ou conflito deflagrado na área, ambos persistindo até a promulgação da Constituição.

Fachin afasta os dois requisitos. Quanto à judicialização, invoca o regime tutelar: até 1988 os indígenas eram relativamente incapazes na legislação civil e dependiam do SPI e depois da Funai para estar em juízo, órgãos cujos interesses, no contexto integracionista, eram frequentemente conflitantes com os das comunidades. Quanto ao conflito de fato, registra que o ordenamento constitucional não pode incentivar conflitos para reconhecer direitos, e que resistir de forma reiterada até 1988 significaria "enfrentar a morte quase certa". Cita ainda o voto do ministro Barroso no mérito, para quem condicionar o direito à terra a medida judicial estranha à cultura do povo ou a conflito que arrisque sua vida esvazia o direito à identidade cultural e à vida.



Conclusão (letra A do dispositivo): acolhimento com finalidade esclarecedora. Renitente esbulho corresponde aos modos de resistência de cada povo considerado, desvelados pelos estudos antropológicos elaborados no processo administrativo de demarcação.

2. Sem indenização para grileiro

O item V trata da hipótese excepcional de indenização. A nova redação proposta o modifica em quatro pontos.

- **Exigência de destaque regular do patrimônio público.** Passa a constar que os atos e negócios jurídicos devem ser "advindos do destaque aparentemente regular do patrimônio público". Sem essa cláusula, adverte Fachin, estar-se-ia "placitando a eventual concessão de indenizações a possuidores de títulos grilados ou inválidos por outra forma de ocupação indevida de terra pública", com risco de formação de um mercado de terras públicas constitucionalmente adstritas a uma única finalidade.
- **Cumulação de requisitos.** A redação original falava em "justo título **ou** posse de boa-fé"; a nova, em "justo título **e** posse de boa-fé". O possuidor de boa-fé sem justo título fica restrito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis do art. 231, §6º. Era o pedido expresso da AGU.
- **Aparência de validade.** Os títulos deixam de "ser válidos e eficazes" e passam a "ostentar a aparência de validade e eficácia", eliminando a colisão literal com o art. 231, §6º da Constituição, que declara nulos e extintos os atos incidentes sobre terra indígena.
- **Supressão de 5 de outubro de 1988 na segunda hipótese.** A expressão "renitente esbulho *na data da promulgação da Constituição*" perde o complemento temporal, ficando apenas "renitente esbulho", coerente com o esclarecimento da letra A.

Fachin também separa os dois regimes indenizatórios que a tese misturava, com apoio expresso nos votos de Alexandre de Moraes, Zanin, Barroso e Toffoli:

- **Benfeitorias necessárias e úteis** (art. 231, §6º) devem ser apuradas e pagas no próprio procedimento demarcatório;
- **Terra nua** (art. 37, §6º, responsabilidade civil do Estado): a indenização não decorre da demarcação, mas do ato ilícito de titular terra pública indisponível.



O deslocamento é visível na própria redação: a remissão ao art. 37, §6º sai do fim do item e passa a encabeçar a hipótese de indenização pela terra nua.

Quanto ao regresso, Santa Catarina e o IMA sustentaram inexistir fundamento normativo e ausência de nexo causal, alegando que o Decreto Estadual 15/1926 foi ato lícito. Fachin rejeita: o item 8 da ementa assenta que as terras de ocupação tradicional foram objeto de tutela legal desde a colônia e nas Constituições desde 1934, inexistindo fratura protetiva que autorizasse a apropriação particular. A União responde por ser o ente que conduz a demarcação e detém, pela Funai, a expertise para apurar os requisitos do item V — com direito de regresso contra o ente titular.

3. Publicou a portaria, acabou a desculpa

União e Funai pediram a fixação expressa de termo final para a aferição da boa-fé. Fachin acolhe. A portaria declaratória do Ministro da Justiça é publicada no Diário Oficial da União e no da unidade federada após contraditório e ampla defesa. A partir dela, os limites da terra indígena tornam-se públicos e incontroversos, e não se pode mais alegar desconhecimento quanto à presunção de nulidade da titulação — argumento que Toffoli já havia sustentado no julgamento de mérito.

Conclusão: a nova redação do item V passa a considerar "como termo final do alcance da boa-fé a data da portaria declaratória da terra indígena". A finalidade declarada é dupla: proteger o erário de pagar benfeitorias erigidas após a certeza da tradicionalidade e impedir a valorização artificial da área.

4. O que já foi declarado não se discute

A Funai pediu a supressão da ressalva "ressalvados os casos judicializados e em andamento", do item VI, sob o argumento de que reabriria discussões em áreas já desintrusadas.

Fachin não suprime a ressalva, mas fixa sua interpretação à luz da proposta original do ministro Zanin, para quem descabe rediscutir indenização em áreas já em posse indígena ou de posse concomitante à Constituição, sob risco de ressuscitar conflitos apaziguados.



Conclusão (letra C do dispositivo), com duas travas. Primeira: a terra reconhecida e declarada, para incidência do item VI, é a que já conta com portaria declaratória do Ministro da Justiça; ausente impugnação nas fases anteriores ou ação contestando domínio até essa fase, e alcançada essa situação antes da fixação da tese, a discussão não se reabre. Segunda: o ingresso dos indígenas nas terras tradicionais, com ou sem desintrusão, não pode sob hipótese alguma ser objeto de reversão para exercício de direito de retenção.

5. Esperar o pagamento sim, travar a demarcação não

O povo Xokleng, a União e a Funai pediram a supressão do direito de retenção previsto no item V. Os fundamentos: a natureza meramente declaratória da demarcação, a titularidade da União sobre a terra antes mesmo do procedimento, a nulidade do título do ocupante e a inexistência de previsão de retenção no art. 37, §6º.

Fachin mantém a retenção como garantia de quem legitimamente confiou no poder público, mas delimita seu alcance.

Valor incontroverso. A União pediu que se esclarecesse a expressão. Fachin entende que a redação não precisa de complementação, mas fixa o sentido: é o montante apurado administrativamente pela União nos levantamentos fundiários do procedimento demarcatório e depositado à disposição do particular. Transcreve o trecho dos debates em que Barroso propõe essa leitura — a parte incontroversa é o depósito feito pelo poder público e levantado pelo particular — com concordância expressa do próprio relator, da ministra Rosa Weber e do ministro Toffoli.

Discussão do valor em autos apartados. Qualquer questionamento sobre o montante corre em processo separado e **sem direito de retenção**.

Irreversibilidade da retomada, nos termos da letra C.

Rejeitou-se, ainda, o pedido da Funai para excluir o pagamento em títulos da dívida agrária: a obrigação é da União, ente gestor dos TDA, e não da autarquia indigenista, cuja competência é executar a política indigenista.

6. "Não dá para demarcar" não é desculpa



O item VII admite formação de áreas reservadas apenas diante da "absoluta impossibilidade de concretização da ordem constitucional de demarcação", com remissão ao art. 16.4 da Convenção 169 da OIT. A Funai pediu delimitação do conceito e definição de quem o declara.

Fachin sustenta que o art. 16 deve ser lido integralmente. O 16.1 veda o traslado; o 16.2 exige consentimento livre e com pleno conhecimento de causa; o 16.3 garante o retorno às terras tradicionais assim que cessarem as causas do deslocamento; o 16.4 só se aplica quando o retorno for impossível. Essa leitura converge com o art. 231, §5º da Constituição, que veda a remoção salvo catástrofe, epidemia ou interesse da soberania, garantido o retorno imediato.

Conclusão (letra D do dispositivo): acresce-se à fundamentação que a absoluta impossibilidade não pode ser compreendida como inconveniência ou inoportunidade a juízo do poder público, preferência pelos interesses particulares em detrimento dos indígenas, ou dificuldades impostas pela consulta prévia, livre e informada. A constatação cabe à Funai, no processo demarcatório, ouvidas as comunidades atingidas e no interesse dos povos afetados.

Ficou como estava: o prazo de cinco anos

O item VIII condiciona o redimensionamento de terra indígena a pedido de revisão apresentado em até cinco anos da demarcação anterior, mediante comprovação de erro grave e insanável.

A Funai pediu a supressão do prazo: o direito originário preexiste à demarcação e é imprescritível (art. 231, §4º); atos declaratórios não se sujeitam a prescrição ou decadência, que alcançam apenas atos constitutivos de direito; e a limitação temporal violaria a vedação ao retrocesso social. A AGU acompanhou, apontando contradição com o item I da própria tese. Santa Catarina e o IMA, em sentido oposto, pediam o reconhecimento da consumação do prazo quanto ao Decreto Estadual 15/1926.

Fachin rejeita todos. Quanto a SC e ao IMA, remete a matéria à ACO 1.100. Quanto à União e à Funai, adota a formulação de Toffoli, que retoma o voto de Gilmar Mendes na Pet 3.388: concluído o procedimento e registrada a área, forma-se coisa julgada administrativa; a



revisão fica restrita a hipóteses excepcionais de grave e insanável erro e se sujeita, como todo procedimento administrativo, a prazo decadencial para anulação de ato viciado.

Acolhimento parcial. O pedido subsidiário da Funai prospera: a expressão "até a data de conclusão deste julgamento", que ressalva os pedidos de revisão já instaurados, deve ser compreendida como a data do trânsito em julgado deste acórdão — o que amplia a janela dos pedidos protegidos.

E ainda:

Povos isolados e de recente contato (letra E do dispositivo). Ressalvada a incidência dos itens V, VI, VII e VIII. Fachin acolhe integralmente o pedido da Funai: é inviável exigir prova de presença física em 1988 de comunidades que a política de não contato mantém deliberadamente fora de contato, inviável constatar renitente esbulho de quem está isolado, e inviável obter consentimento prévio, livre e informado — lembrando que a Funai não exerce tutela e não pode substituir a manifestação de vontade indígena pela de servidor da autarquia. O risco invocado é de genocídio e etnocídio.

Regime de transição negado. SC e IMA pediram, com base no art. 23 da LINDB, regime de transição para os casos decididos sob as condicionantes da Pet 3.388. Fachin rejeita: além de a Corte ter sinalizado a revisão da matéria desde o reconhecimento da repercussão geral em 2019, e de o Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU estar suspenso desde maio de 2020, um regime de transição promoveria "clivagem entre os povos indígenas", submetendo uns a regime reconhecido como constitucionalmente inadequado.

Erro material corrigido de ofício. O item 17 da ementa remetia ao art. 536 do CPC; o correto é o art. 565, que disciplina a audiência de mediação nos litígios possessórios coletivos. Correção com efeitos sobre o rito das ações possessórias envolvendo território indígena.

Pedidos também rejeitados. A alegação de omissão quanto à intimação pessoal de proprietários e posseiros foi afastada — o Decreto 1.775/96 prevê notificação por edital, e suas regras de contraditório já foram declaradas constitucionais. A suposta contradição entre o rompimento do paradigma assimilacionista e o afastamento do marco temporal foi qualificada como mero inconformismo. E a omissão quanto à continência com a ACO 1.100



esbarra em preclusão, já que o IMA não embargou a decisão do TRF-4 que afastou a conexão.

II. O voto na Lei 14.701 (ADC 87 e ADIs 7.582, 7.583 e 7.586)

Aqui, Fachin não é o relator. O relator é o ministro Gilmar Mendes, que havia rejeitado praticamente todos os recursos. Fachin conhece dos embargos, acompanha o relator na admissibilidade e no não conhecimento dos recursos de Assumpção Júnior Cardozo da Costa e outros, bem como no encaminhamento dado à manifestação da Famasul e **diverge em sete pontos de Gilmar**, acolhendo em parte os embargos.

Ele perdeu em dezembro, mas joga com as regras da maioria

Na sessão virtual de 15 a 18 de dezembro de 2025, Fachin votou no sentido de que a matéria não configurava hipótese de iniciativa legislativa do STF, razão pela qual não aderiu nem homologou os termos da proposta apresentada pela Comissão Especial. Ficou vencido, acompanhado apenas pela ministra Cármen Lúcia.

Prevalecendo orientação diversa, ele pediu vista na sessão iniciada em 19 de junho de 2026, quando já haviam votado o relator e o ministro Cristiano Zanin, este último abrindo divergência parcial quanto às hipóteses indenizatórias.

Não é rediscutir o mérito: é apontar contradição

Embargos de declaração não servem, em regra, para rever mérito. Fachin constrói uma premissa metodológica para superar esse obstáculo: o acórdão embargado fundamenta-se declarando que reafirma e operacionaliza as teses do Tema 1.031. Tomado aquele julgado como premissa, cabe verificar se as conclusões não caminham em sentido oposto às teses invocadas.

Não é divergência de mérito a ser repelida, é contradição interna, vício típico dos arts. 1.022, I, do CPC e 337 do RISTF. E ele acrescenta um dado prático: decisões de instâncias inferiores que já aplicam o julgado de modo expansivo demonstram que a obscuridade não é teórica.



Divergência 1 — O prazo de um ano cria um novo marco temporal

O acórdão determinou que as reivindicações territoriais formuladas após um ano do trânsito em julgado sejam atendidas por desapropriação por interesse social, salvo descoberta posterior de indígenas isolados.

Fachin identifica contradição em dois níveis. Com o próprio acórdão, que na mesma assentada declara a inconstitucionalidade do marco temporal e reafirma o caráter originário e imprescritível dos direitos territoriais: substituir uma data por outra mantém intacta a lógica da preclusão. E com o Tema 1.031: se a demarcação é declaratória, o protocolo do pedido não é fato constitutivo do direito, e condicionar sua existência ao protocolo tempestivo inverte a natureza declaratória que a Corte assentou.

Acrescenta que os dois regimes não são fungíveis. A desapropriação é o caminho das terras quilombolas (art. 68 do ADCT e ADI 3.239), justamente porque ali não há direito originário; reconduzir o direito territorial indígena à lógica expropriatória é negar-lhe a originariedade. Registra ainda que a ressalva restrita aos povos isolados é insuficiente, porque há comunidades com barreiras severas de acesso à justiça e à administração que seriam penalizadas pela própria vulnerabilidade.

Conclusão: o acesso à via demarcatória permanece assegurado enquanto subsistir a ocupação tradicional, independentemente da data do protocolo.

Divergência 2 — O relógio dos 180 dias só começa no fim do processo

O relator fixou o termo inicial dos 180 dias na publicação da ata de julgamento no DJe, em 7 de janeiro de 2026.

Fachin registra que o acórdão estabeleceu o prazo sem fixar termo inicial, e que há obrigações com prazos que podem inclusive anteceder o prazo geral — como a publicação das listas de reivindicações e dos procedimentos em curso. Invoca a complexidade das providências, reconhecida pelo ministro Flávio Dino, que inaugurou a divergência para estender o prazo de 60 para 180 dias.

Conclusão: suprida a omissão, o prazo conta a partir do trânsito em julgado das ações.



Divergência 3 — Tamanho da terra não pode depender do tamanho da população

O item "s" do tópico 5.4 condiciona o redimensionamento posterior à demarcação à proporcionalidade entre território e população existente na reanálise administrativa.

Nem o art. 231 nem o Tema 1.031 associam o direito territorial à densidade demográfica. O item II da tese define a posse tradicional pelas terras habitadas em caráter permanente, pelas utilizadas para atividades produtivas, pelas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais e pelas necessárias à reprodução física e cultural — dimensões que o critério populacional ignora por construção. Há também contradição com a natureza declaratória do redimensionamento, que serve para corrigir erro pretérito na definição do perímetro real, não para ajustá-lo a contingências demográficas. A territorialidade não encolhe porque a população, em dado momento, é menor.

Conclusão: supressão do item "s", reservando-se o redimensionamento à sua função própria de correção de grave e insanável erro, nos termos do item VIII do Tema 1.031.

Divergência 4 — Sem criminalização das retomadas

Os itens 5.4.w e 5.4.x instituem, em caso de "invasões no campo" após o início do julgamento, a recolocação do pedido da comunidade no último lugar da lista de antiguidade da Funai — o que a União qualificou como "sanção de prioridade negativa".

Fachin acolhe os embargos da União. A lógica sancionatória opera apenas contra uma das frentes em atrito, sem disciplina análoga para a conduta hostil de não indígenas, e sem explicitar o que seriam "invasões", o que permite sancionar uma comunidade inteira por atos isolados. A contradição está em que o mesmo acórdão reconhece que as comunidades indígenas foram historicamente desumanizadas por práticas de retirada forçada, mortes e perseguições. Reconhece a legítima preocupação do relator com conflitos fundiários, mas registra que a resposta constitucional construída pela Corte é protetiva e dialógica, não sancionatória.

Conclusão: supressão do item "w", inclusive como medida de pacificação social e segurança jurídica.

Divergência 5 — Ordem de chegada não pode ser o único critério da fila



O acórdão adota a ordem cronológica de protocolo como critério único de sequenciamento das demarcações, com responsabilização civil e administrativa do servidor que der causa a atraso ou quebra da ordem.

Fachin acolhe expressamente os embargos da APIB: a simples data de protocolo ignora que comunidades em maior vulnerabilidade podem ter protocolado mais recentemente justamente por terem permanecido inacessíveis ao aparato estatal ou por terem sofrido pressões que só recentemente se tornaram insuportáveis.

A contradição é mais aguda quanto aos povos em isolamento voluntário. O acórdão lhes confere proteção diferenciada e ressalva expressa, mas os submete a um critério que pressupõe um ato que sua própria condição os impede de praticar — uma fila movida pelo protocolo é uma fila à qual eles jamais terão acesso. A APIB apontou ainda comunidades em conflito territorial ativo e situadas em faixa de fronteira. Quanto à responsabilização do servidor, Fachin acompanha a União: a tipificação infracional genérica gera obscuridade aplicativa e potencializa ambientes intimidatórios.

Conclusão: supressão da observância irrestrita da ordem cronológica, que não constitui critério absoluto e exclusivo.

Divergência 6 — "Não dá para demarcar" não é desculpa

Este ponto é a transposição direta do que Fachin decidiu no caso Xokleng (Parte I, item 6). A "absoluta impossibilidade" de concretizar a ordem constitucional de demarcação não pode ser compreendida como inconveniência ou inoportunidade a juízo do poder público, preferência pelos interesses particulares em detrimento dos indígenas, ou dificuldades impostas pela consulta prévia, livre e informada. Quem constata é a Funai, dentro do processo demarcatório, ouvidas as comunidades atingidas.

Há um acréscimo que não está no voto do RE. Acolhendo em parte os embargos da APIB, Fachin declara **incompatível com o Tema 1.031 o "sistema de obrigações sequenciais e sucessivas"** inspirado na jurisprudência da Corte Interamericana que o acórdão da Lei 14.701 construiu. O item VII do Tema 1.031 admite áreas reservadas apenas como último recurso, com retorno assegurado assim que cessarem as causas do reassentamento — e a leitura integral do art. 16 da Convenção 169 da OIT, somada ao art. 231, §5º da Constituição, não comporta um sistema escalonado de alternativas à demarcação.



Divergência 7 — Quem recebe indenização, quanto e até quando

Aqui Fachin traz para dentro do julgamento da Lei 14.701 o que reescreveu no caso Xokleng.

Valor incontroverso. É o montante apurado administrativamente pela União nos levantamentos fundiários do procedimento demarcatório e depositado à disposição do particular. Qualquer questionamento corre em autos apartados, sem direito de retenção após o pagamento — o direito de retenção cessa com o depósito.

Fundamento da indenização. É o art. 37, §6º da Constituição — responsabilidade do Estado que titulou indevidamente —, e não o §6º do art. 231. A distinção é apresentada como premissa fundamental.

Momento do pagamento. Fachin vota pela exclusão do item "q" do tópico 5.4, que condicionava a indenização de benfeitorias à fase posterior ao decreto presidencial, e determina que a efetivação das indenizações pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, a partir da edição da portaria declaratória. Identifica também contradição na amplitude que o acórdão conferiu ao direito de retenção no subitem "i".

Nova redação do item V. Fachin pede que a redação reescrita no caso Xokleng — com a exigência de destaque regular do patrimônio público, a cumulação de justo título e boa-fé, a aparência de validade e o termo final da boa-fé na portaria declaratória — passe a integrar também a parte dispositiva destes embargos, por ser premissa deste julgamento.

O que liga os dois votos

A nova redação do item V vai por importação expressa para o dispositivo. A definição de "absoluta impossibilidade" vai por transposição quase literal. A ressalva dos povos isolados e de recente contato, embora não seja importada formalmente, sustenta a argumentação contra o prazo de um ano e contra a fila cronológica.

E quatro pontos não têm correspondente no Tema 1.031: o prazo de um ano, o termo inicial dos 180 dias, o critério de proporcionalidade e a sanção de prioridade negativa. São criações do acórdão de dezembro e dependem exclusivamente da divergência prevalecer no julgamento da Lei 14.701.



ATENÇÃO! Nos dois casos trata-se de voto, não de resultado. No RE Xokleng, é o voto do relator, com a nova redação do item V submetida expressamente aos pares como proposta. Na ADC 87, é voto-vista divergente parcial em relação ao relator, ministro Gilmar Mendes. O plenário ainda vai deliberar, a partir do posicionamento dos demais ministros.