



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO – POPULAÇÕES INDÍGENAS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS

NOTA TÉCNICA Nº 02/2018-6CCR

REFERÊNCIA	Análise da antijuridicidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, que estabelece o dever da Administração Pública Federal, direta e indireta, de observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, de forma obrigatória, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas.
-------------------	---

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME JURÍDICO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL DE CARÁTER INDISPONÍVEL. NATUREZA JURÍDICA DA DEMARCAÇÃO. ATO MERAMENTE DECLARATÓRIO. PARECER NORMATIVO 001/2017/GAB/CGU/AGU. INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SER CONFERIDA INTERPRETAÇÃO VINCULANTE À ADMINISTRAÇÃO FEDERAL QUE CONSTITUA VIOLAÇÃO OU NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE NORMAS DA CONSTITUIÇÃO, DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E DE DIPLOMAS LEGAIS. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA LEGALIDADE. VIOLAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE AS CONDICIONANTES ESTABELECIDAS NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL NÃO GOZAM DE EFICÁCIA VINCULANTE. VÍCIO DE FORMA. PARECER NORMATIVO NÃO É MEIO CABÍVEL PARA INOVAÇÃO DA ORDEM

JURÍDICA. AFRONTAS AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NÃO PODE SE FURTAR À DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS, BEM COMO DE EXERCER O DIREITO DE DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DA ADMINISTRAÇÃO, DIRETA E INDIRETA, FEDERAL. INTERFERÊNCIA INDEVIDA EM ATIVIDADE EMINENTEMENTE TÉCNICA (DELIMITAÇÃO DE TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS) DA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. AUSÊNCIA DE HIERARQUIA E SUBORDINAÇÃO DA FUNAI EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO DIRETA FEDERAL. VIOLAÇÃO À TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS. INOBSERVÂNCIA DO DIREITO À CONSULTA LIVRE, PRÉVIA E INFORMADA PARA INSTITUIÇÃO DE ATO QUE AFETE DIRETAMENTE OS DIREITOS DOS ÍNDIOS. VIOLAÇÃO À CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT QUE EIVA DE NULIDADE O ATO. INCONSTITUCIONALIDADE, INCONVENCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO PARECER NORMATIVO 001/2017GAB/CGU/AGU.

1. O Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU é inválido e inaplicável, na medida em que busca conferir interpretação que viola redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.
2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, por reiteradas vezes, no sentido de que as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol não se aplicam a outras demarcações, bem como não haver sobre a “teoria do marco temporal” “inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria” e que “falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição”(PSV 49), de modo que é incabível a tentativa de atribuir eficácia vinculante a fragmentos do acórdão da Pet. 3.388.
3. A tentativa de aplicar as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol e a tese do “marco temporal”, com eficácia obrigatória, à Administração Federal, em conflito com o entendimento fixado pelo STF, revela a inconstitucionalidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, dado seu caráter de ato normativo geral, ultrapassando os limites meramente interpretativos de um parecer, em clara usurpação da atividade legislativa de competência exclusiva do Congresso Nacional.
4. A fixação de diretrizes que conflitam com os interesses dos índios, da Fundação do Índio e da própria União, colocando em risco o patrimônio federal e os direitos fundamentais dos povos indígenas, em benefício de particulares, é incompatível com a elevado função da Advocacia-Geral da

União de representar a União, suas autarquias e fundações públicas, judicial e extrajudicialmente, conforme dispõe o art. 131 da Constituição da República, a Lei Complementar nº 73/93, e as Leis nº 9.028/95 e nº 10.480/02.

5. O parecer também implica violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, uma vez que impede ou, no mínimo, restringe a utilização de argumentos, recursos jurídicos e outros instrumentos processuais com aptidão para resguardar os direitos e interesses legítimos da União, da Funai e dos índios.

6. A transposição das condicionantes da Raposa Serra do Sol de modo acrítico, sem indicação dos moldes para seu cumprimento, implica paralisia das demarcações de terras indígenas, gera riscos e insegurança jurídica de revogações de atos já constituídos, além de potencializar conflitos entre índios e não-índios.

7. A demarcação de terras indígenas é ato meramente declaratório, inexistindo discricionariedade do administrador. Nessa seara, metodologia de identificação da terra indígena é a propriamente antropológica, pela qual são demonstrados concretamente os pressupostos constitucionais configuradores da tradicionalidade da área. A teoria das capacidades institucionais impõe ao profissional do Direito a autocontenção, evitando o avanço sobre análise de questões estritamente técnicas de outros campos do conhecimento.

8. A tentativa de impor procedimento e requisitos não previstos na Constituição e na Lei para demarcação de terras indígenas se traduz em invasão de atividade técnica privativa da Fundação Nacional do Índio. Considerando que o procedimento de identificação e delimitação de terras indígenas se dá por meio de estudo técnico, em que não há espaço para discricionariedade, a invasão de tal seara pela Advocacia-Geral da União e da própria Presidência da República constitui-se ato ilícito, dada a ausência de hierarquia e subordinação da FUNAI.

9. Considerando os impactos diretos sobre direitos dos povos indígenas, especialmente a transformação de diretrizes em enunciados vinculantes, a observância do direito de consulta livre, prévia e informada, prevista na Convenção nº 169, é imprescindível para validade do ato, razão pela qual, também por esse motivo, o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU é nulo de pleno direito .

10. A tentativa de impor restrições ao direito ao território indígena viola o Direito Internacional dos Direitos humanos, acarretando risco de responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

11. Considerando que o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU viola a redação literal da Constituição, de Leis e de Tratados Internacionais de

Direitos Humanos, são também inválidos atos supervenientes que, a título de cumprir os mandamentos do parecer, violem os direitos indígenas.

Sumário

1. Breve Contextualização.....	4
2. Da Atividade Interpretativa.....	7
3. Do Regime Jurídico das Terras Tradicionalmente Ocupadas e de sua Incompatibilidade com o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU.....	11
3.1 Da Violação ao Próprio Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	11
3.2 Da Natureza Meramente Declaratória do Procedimento Demarcatório.....	15
4. Análise Particularizada das Salvaguardas Institucionais do Caso Raposa Serra do Sol.....	25
4.1 Condicionantes I, V, VI e VIII – Do Caráter Contramajoritário Dos Direitos Fundamentais e da Impossibilidade de sua subjugação ao “Interesse Público”.....	25
4.2 Condicionantes VIII a XI – Dupla Afetação de Terras Indígenas e Unidades de Conservação.....	27
4.3 Condicionantes XII e XIII – da Cobrança de Tarifas e Contrapartidas pelos Índios.....	31
4.4 Condicionante XVII – Vedação de Ampliação e sua Incompatibilidade com o Regime Jurídico dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras.....	33
4.5 Da Aplicação da Teoria das Capacidades Institucionais às Demarcações de Terras Indígenas.....	39
5. Do Vício Formal do Parecer – Violação aos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes.....	41
6. Da Violação aos Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal.....	42
6.1 Em Face da União.....	42
6.2 Em Face da Fundação Nacional do Índio.....	44
6.3 Em Face dos Índios.....	45
7. Do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e dos Bens Da União.....	47
8. Da Ausência de Consulta aos Povos Indígenas.....	48
9. Do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Possibilidade de Responsabilidade Internacional do Brasil.....	51
11. Conclusão.....	53

1. Breve Contextualização

1. Em 19 de julho de 2017, a Advocacia-Geral da União publicou o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, que, aprovado pelo Presidente da República, tem por objetivo conferir efeitos vinculantes às chamadas “*salvaguardas institucionais*” do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), tornando obrigatório o seu cumprimento pela Administração Pública Federal, direta e indireta, em todos os processos de demarcação.

2. A tentativa de imposição das condicionantes pela Advocacia-Geral da União não é de todo nova. Logo quando da publicação do acórdão da PET 3.388/RR, foi editada a **Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012**, que fixava interpretação uniforme das salvaguardas às terras indígenas pelos **órgãos jurídicos da Administração Pública Federal**

direta e indireta, não impactando, contudo, na atividade finalística de autarquias (sobretudo Fundação Nacional do Índio) e de outros órgãos federais.

3. Nesse aspecto, o que se almeja com o ***Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU*** é muito mais audacioso e grave, pois, embora a questão sobre a qual trata esteja notoriamente permeada de controvérsias no âmbito da própria Corte Constitucional, ele impõe a sua aplicação a **toda a Administração Pública Federal, direta e indireta, de forma obrigatória** e, por vezes, como demonstrar-se-á, violando a literalidade da Constituição, das Leis e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

4. Além disso, embora a conclusão do parecer não seja clara, a fundamentação leva a crer que também se pretende conferir interpretação vinculante à chamada “tese do marco temporal”, ***que jamais foi objeto de qualquer das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol.***

5. A despeito desse pretensioso desiderato de se conferir eficácia de lei (e, por vezes, até de emenda constitucional), o parecer, em sua extensa argumentação, tangencia aspectos meramente formais, teóricos e abstratos da teoria dos precedentes, sem densidade no que concerne ao direito indigenista e aos seus reflexos práticos no tratamento do regime jurídico das terras indígenas, do direito de consulta livre, prévia e informada, de eventuais impactos na autodeterminação de cada grupo étnico, do respeito ao pluralismo e à diversidade cultural, etc. Nada disso é tratado no parecer. Não se dispõe sequer a enfrentar a aplicabilidade prática de qualquer de suas condicionantes, o que certamente ocasionará o caos administrativo, sobretudo na condução do processo administrativo de demarcação de terras indígenas no âmbito Fundação Nacional do Índio, além de prejudicar a atuação da própria Advocacia Geral da União nos processos judiciais em que houver questionamento da validade do procedimento demarcatório.

6. A falta de aprofundamento do parecer implica aplicação de fragmentos do acórdão de forma ***completamente irrefletida e em dissonância com o próprio contexto em que o precedente foi construído.*** Nesse sentido, o item 8 do parecer trouxe em seu texto a seguinte afirmação: “*é importante deixar esclarecido e enfatizado que a decisão na PET 3.388/RR, complementada pelo acórdão dos embargos de declaração, tem sido reafirmada em diversos outros julgamentos no próprio STF, tornando indubitável a consolidação e a estabilização normativa das salvaguardas institucionais e dos demais parâmetros fixados pelo Tribunal para a demarcação de terras indígenas no país*”.

7. Não obstante, a leitura atenta do parecer permite deduzir que não há “*diversos julgamentos*” e tampouco entendimento consolidado. Na verdade, ***toda a***

fundamentação do parecer se ampara em três casos supervenientes à PET. 3.388 do STF (RMS nº 29087/DF, RMS 29.542/DF, ARE nº 803.462/MS) dos quais, a partir de uma análise cautelosa, extraímos as seguintes características:

- 1) toda a base argumentativa consiste em três casos, dos quais dois não transitaram em julgado, portanto, passíveis de modificação¹;**
- 2) de órgão fracionário (2ª turma);**
- 3) decididos por votação majoritária;**
- 4) baseados em peculiaridades próprias do caso concreto;**

8. Tais constatações são suficientes para demonstrar a fragilidade do parecer normativo, sobretudo quando caberia à própria Advocacia-Geral da União buscar atuar nos casos em que a questão pende de discussão e consolidação, com vistas a evitar a formação de entendimento que manifestamente prejudica os interesses da União.

9. Não bastasse, os precedentes tratam da chamada “tese do marco temporal”, que não é objeto de nenhuma das 19 condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388)². Ao contrário, o parecer não indica um precedente sequer que tenha discutido efetivamente a aplicabilidade de qualquer das condicionantes. Portanto, invoca as condicionantes, mas tenta justificar aquilo que delas não faz parte.

10. Em uma das passagens, o parecer assim afirma:

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 nº 3.388/RR, especialmente das dezenove salvaguardas institucionais às terras indígenas. (Grifou-se)

11. Ao fim, no capítulo 9 do parecer (conclusões), afirma-se que “nos processos de demarcação de terras indígenas, os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, deverão observar as seguintes condições...”, reproduzindo as 19 condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol, o que levaria a crer que apenas a elas se busca conferir eficácia normativa.

12. Apesar da falta de clareza, tudo leva a crer que se pretende também tornar obrigatória a observância da tese do marco temporal, que ficou estabelecido um item específico da fundamentação do acórdão. Importante mencionar que tentativa de fixação dos parâmetros estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol, de forma obrigatória, para toda a

¹ A própria Pet. 3.388 ainda é passível de reforma, pois não encontra-se acobertada pelo manto da coisa julgada.

² Apenas no RMS 29.542 houve discussão acerca de uma das condicionantes, qual seja, a XIX, que impede a “ampliação de terras indígenas”, mas mesmo neste caso o debate central se deu a partir do “marco temporal”.

Administração Pública foi, inclusive, objeto de contundente crítica por parte do **Ministro Luís Roberto Barroso** na ocasião do recente julgamento das **ACOs 362 e 366**, ocorrido em 16 de agosto de 2017:

Faço, por fim, a título de *obiter dictum*, algumas considerações. Na Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, que julgou a validade da demarcação da terra indígena “Raposa Serra do Sol”, foi fixado como “marco temporal” de ocupação a data de promulgação da Constituição de 1988. **Entretanto, não vejo motivo para aplicar esse marco temporal no caso ora em análise, já que no julgamento dos embargos de declaração (Pet 3.388 ED, sob a minha relatoria) foi consignada a restrição dos parâmetros decisórios àquele caso concreto.** Além disso, o Parque Indígena do Xingu foi demarcado antes mesmo da própria Constituição de 1988, tornando sem sentido a discussão sobre o marco temporal de 05.10.1988.

13. Também não é possível assegurar, a partir da leitura do parecer, se outros (e quais) trechos da fundamentação, do dispositivo ou até mesmo a íntegra do voto condutor devem ser objetos de observância pelos antropólogos, engenheiros florestais, agrimensores, historiadores, geógrafos, indigenistas e demais profissionais envolvidos no processo de identificação e de demarcação de terras indígenas. Não se pode atribuir tal ônus a profissionais de outras áreas do conhecimento, quando a própria Advocacia-Geral da União não se propôs a definir com clareza quais serão os objetos de cumprimento obrigatório pelos integrantes da Administração Federal. Disso se percebe que o parecer, ao contrário do que se propõe, implica insegurança jurídica e tumultua o procedimento de demarcação de terra indígenas.

14. Nesse sentido, apresentados equívocos de fácil constatação no parecer normativo, inicia-se a presente nota técnica por meio de uma abordagem sintética sobre a teoria da argumentação, com o fim de revelar preceitos básicos da hermenêutica que foram violados, como a necessidade de coerência e integridade com a história e jurisprudência constitucionais. Em seguida, aprofundar-se-á na análise do regime jurídico das terras tradicionalmente ocupadas, que é incompatível com a tese do marco temporal, e as implicações mais preocupantes das 19 condicionantes. Por fim, serão analisadas outras causas de invalidade do parecer, como a falta de consulta prévia e a violação ao direito internacional dos direitos humanos.

2. Da Atividade Interpretativa

15. Considerando que a tese central do parecer normativo é a de que busca cumprir a “jurisprudência consolidada do Supremo”, torna-se intransponível a necessidade de se fazer uma breve digressão acerca da atividade interpretativa para, em seguida, demonstrar

os equívocos da tentativa de tornar vinculantes as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol.

16. O processo de compreensão, com o *giro hermenêutico*, passa a ser entendido como um *diálogo* constante, em que os interlocutores trabalham para o estabelecimento de uma visão sobre o mundo³. Nele, o significado de uma palavra ou expressão só possui sentido a partir do uso que se faz dela, isto é, os *jogos de linguagem* e as *formas de vida* são extremamente variados e depende de cada contexto⁴.

17. A interpretação é vista como um fenômeno social e, enquanto tal, passa a ter como finalidade a verdade sobre um objeto⁵. Mas, diferentemente da ciência, as proposições interpretativas são indissociáveis da justificação interpretativa que recorra a um complexo de valores, de modo que nenhum deles pode ser individual e independentemente verdadeiros⁶.

18. O Direito é essencialmente interpretativo, pelo que nele se incluem não só as regras específicas postas em vigor conforme as práticas aceitas pela comunidade, mas também justificadores de natureza moral e diretrizes políticas, ainda que nunca tenham sido promulgadas.⁷

19. A indeterminação do direito e a dificuldade de resolução típica dos *hard cases* não justificam o decisionismo judicial. Para Dworkin, ao lado das regras, o direito é formado por princípios, de modo que ao juiz não é dado inventar soluções aleatórias, mas buscar a **resposta correta**, “não enquanto mandamento inscrito a *priori* nas norma gerais e abstratas, mas como postura a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não-reguladas apresentadas pelos *hard cases*”.⁸

20. No cerne da interpretação dworkiniana, está a **responsabilidade moral enquanto virtude**.⁹ É responsável aquele que aceita a integridade¹⁰ e a autenticidade morais como ideais apropriados e empenha um esforço razoável para realizá-las.¹¹ A integridade exige que o juiz resolva os *hard cases* buscando encontrar a melhor estrutura política da doutrina jurídica da sua comunidade, em um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres, atendendo a critérios de adequação e justificação, tratando a todos como detentores

³ GADAMER, H.G. *El giro hermenêutico*. Madrid: Cátedra, 1998, p. 229.

⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. México: UNAM, 1988, p. 94.

⁵ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Martins Fontes: São Paulo, 2014, p. 199.

⁶ Ibidem, p. 234

⁷ DWORKIN, Ronald. op. cit, p. 615.

⁸ RODRIGUES, Guilherme Scotti. A Afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 61.

⁹ Ibidem, p. 156.

¹⁰ FREITAS, Vladimir Passos de. A dimensão interpretativa do direito como integridade a partir de Ronald Dworkin. 2017. “A integridade exige que a interpretação produzida seja adequada à história institucional da prática jurídica, assim como o juiz deve escolher a interpretação que melhor possa fazer desta prática a melhor possível.”

¹¹ DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor. Martins Fontes: São Paulo, 2014, p. 164.

de igual respeito e consideração¹².

21. Para perseguir e (re)descobrir tal complexa rede de princípios, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, criterioso e metódico, com capacidades sobre-humanas, que deve aceitar as principais regras não controversas que constituem e regem o direito. Para tanto, ele tem o dever geral de seguir, **além da legislação, as decisões anteriores de seu tribunal ou de tribunais superiores cujo fundamento racional eventualmente se aplique ao caso sob apreciação**¹³.

22. Para bem compreender a ideia do direito como integridade, Dworkin se ampara na metáfora do ***romance em cadeia***, pela qual os juízes seriam igualmente autores e críticos; a cada decisão, acrescentariam um novo elemento à tradição que interpretam. Compara-se a atividade interpretativa do direito com a da literatura, criando um gênero literário artificial. Nesse projeto, cada romancista interpreta a obra que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante: “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”.¹⁴

23. A atividade interpretativa deve observar *duas dimensões: a primeira é a da adequação, segundo a qual ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se nenhum autor poderia ter redigido, de modo substancial, o texto que lhe foi entregue*.¹⁵ Afastam-se a discricionariedade e o arbítrio. **É necessário que o autor da vez leve seriamente em consideração aquilo que já foi construído antes, em toda sua dimensão, não podendo ignorar qualquer elemento relevante – personagens, trama, gênero, tema e objetivo.**

24. Apesar disso, o intérprete pode concluir que nenhuma interpretação se ajusta ao conjunto do texto, mas que mais de uma o faz. E aqui entra a importância da *segunda dimensão*, em que, após apreciados todos os aspectos em jogo, deve se identificar qual das leituras possíveis melhor se adapta à obra. Ainda que se admitam os juízos estéticos mais profundos sobre a importância, o discernimento, o realismo ou a beleza das diferentes ideias que se poderia esperar que o romance expressasse, as considerações formais e estruturais presentes na primeira dimensão também deverão ser trazidas para este âmbito de apreciação.¹⁶

25. Mais uma vez, por mais que haja liberdade do novo autor na etapa de construção de seu capítulo sob uma perspectiva eminentemente valorativa, ***ainda assim é***

¹² Idem, 2012, p. 305

¹³ Ibidem, p. 165.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 277.

¹⁶ Ibidem, p. 278.

necessário que qualquer nova interpretação leve em consideração as estruturas gerais já presentes na obra, evitando a desconfiguração de seu conjunto.

26. Espera-se que os romancistas (os intérpretes) **realmente estejam alinhados às suas responsabilidades de continuidade da obra; devem criar em conjunto, com o máximo de coerência, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.**¹⁷Em seu labor, primeiramente, devem analisar o direito existente e reconhecer seu sentido. Em seguida, devem buscar respostas possíveis, entre as muitas viáveis, reconstruindo a continuação da forma mais factível possível.¹⁸

27. É sob essa perspectiva da teoria da argumentação que a presente Nota Técnica se baseia para análise da inconstitucionalidade e ilegalidade do parecer normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, pois, como será demonstrado, não há ali o respeito aos capítulos anteriores da história constitucional brasileira e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A interpretação de fragmentos de julgados isolados não respeita as Constituições brasileiras, atual e anteriores, bem como antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constituída de decisões anteriores e posteriores ao caso Raposa Serra do Sol.

28. A título de se aplicar a decisão da Pet. 3.388, fez-se, em verdade, uma interpretação estrita, gramatical e em tiras da Constituição. Mas, como visto anteriormente na teoria de Dworkin, não é o que se espera de uma interpretação ***responsável***. Na imagem do romance em cadeia, é dever do intérprete analisar todo o conjunto da obra que lhe é entregue, sem desconsiderar elementos relevantes da “trama”.

29. Sendo assim, o parecer não só não cumpre seu objetivo de garantir segurança jurídica e estabilidade como agrava os conflitos no campo entre indígenas e não-indígenas. Prova disso é que, além de não ter havido **nenhuma** homologação de demarcação de terras indígenas após a publicação do parecer, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, fundamentando-se no parecer normativo 001/2017 da AGU, revogou a Portaria Declaratória da Terra Indígena Jaraguá, o que pode indicar que outras demarcações estão em riscos, caso o parecer não seja imediatamente anulado.

30. Não bastasse, o marco temporal, da forma como é defendida, estimula que índios se mantenham fisicamente em conflito com fazendeiros. Considerando o contexto brasileiro, em que tantas comunidades já foram dizimadas, é difícil crer que o próprio Estado sugira a permanência de confrontos violentos, ao invés de assumir o seu papel de principal responsável em demarcar, proteger e fazer respeitar as terras indígenas.

31. Feitas essas breves considerações sobre a necessidade de uma interpretação coerente e íntegra da jurisprudência e da legislação, passemos ao conteúdo

¹⁷ Ibidem, p. 276.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. Interpretando Dworkin, p. 11.

propriamente dito do parecer normativo 001/2017 da Advocacia-Geral da União.

3. Do Regime Jurídico das Terras Tradicionalmente Ocupadas e de sua Incompatibilidade com o Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU

3.1 Da Violação ao Próprio Entendimento do Supremo Tribunal Federal

32. A tese central de sustentação do parecer normativo 001/2017 da AGU é a de que está se limitando a tornar obrigatória a jurisprudência já consolidada do Supremo Tribunal Federal”¹⁹. No entanto, dos **11 Ministros** atualmente em exercício na Corte Suprema, o parecer indica feitos em que votaram **apenas 3**, sempre **baseados em peculiaridades próprias do caso concreto**. Ignora, deliberadamente, farta jurisprudência que conclui em sentido contrário do qual advoga.

33. Registre-se, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal rechaçou expressamente a tentativa de dar efeitos vinculantes ao caso Raposa Serra do Sol quando do julgamento dos Embargos de Declaração da Pet. 3.388, em 23 de outubro de 2013, em que, sob a relatoria do Min. Barroso, assim decidiu :

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. (...) 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 a superação de suas razões.

34. Não se nega com isso a relevância de tal precedente, até porque a

¹⁹ No item 9 do parecer (conclusões) há a seguinte passagem “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. 29.087/DF; ARE n. 803.462; RMS. 29542)”. Ao menos se nota sinceridade ao indicar que todos os precedentes que lhe interessavam estão apresentados no parecer. Isto é, limita-se a 3 julgados pós-Raposa Serra do Sol.

Suprema Corte desenvolveu nele aprofundada análise sobre o regime protetivo das terras indígenas. O que não se pode, contudo, é permitir que seu conteúdo seja distorcido e interpretado em descompasso com os outros capítulos (na linguagem de Dworkin) da história constitucional brasileira e de remansosa jurisprudência do STF.

35. Nessa linha, especificamente quanto a teoria de marco temporal, a tentativa de se aplicar de forma obrigatória foi expressa e categoricamente rejeitada pelo STF. Na **Proposta de Súmula Vinculante nº 49/DF**, de autoria da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), que tinha tal objetivo, a Corte reputou que “a deliberação sobre a edição de enunciado de súmula a respeito do assunto *“dependeria da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria”* e que *“falta o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição”*.”

36. Ora, quisesse a Corte tornar vinculante o precedente, assim teria feito por meio das vias que lhes são próprias. Ao contrário, houve a expressa rejeição dessa possibilidade, por entender faltar a existência de decisões reiteradas, de modo que carece de sustentação a tese de que a Advocacia-Geral da União “se curvou” ao entendimento do Supremo do Tribunal Federal. Não há jurisprudência consolidada no sentido que advoga o parecer, seja em relação à tese do marco temporal, seja quanto às condicionantes estabelecidas na Raposa Serra do Sol. E muito menos houve o interesse de que o precedente fosse tornado vinculante por vias transversas, no caso, o parecer normativo.

37. Em inúmeras outras oportunidades o Supremo Tribunal Federal afastou a pretensa vinculação às condicionantes. Justamente nesse sentido a Ministra Rosa Weber, em 11 de março de 2014, no MS 31.901/DF, decidiu:

As ‘condicionantes’ adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico. O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado; apenas limitam, de forma mais ou menos extensa, o campo de abrangência sobre o qual poderia ser estendido o entendimento inicial, caso tais condicionantes não existissem. **À primeira vista, deve-se evitar um processo de rompimento de unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos, possam vir a ser aplicadas de modo independente.**

Tal resultado prático resultaria contraditório, em última instância, à intenção externada pelo saudoso Ministro Direito – no sentido de fazer da Pet 3.388/RR um caso verdadeiramente paradigmático, a orientar a jurisprudência e a Administração Pública na tomada de decisões futuras a respeito da questão indígena.

Dessa forma, há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema,

a pretensão de destacar uma dessas ‘condicionantes’ do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida. Se a própria inicial assume que o auxílio ao *leading case* é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda. (Grifou-se)

38. Da mesma forma, o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do Agravo Regimental no MS 31.100/DF, também ratificou esta inteligência, em 13/8/2014, conforme o trecho abaixo extraído do acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “EM VIAS DE SER PRATICADO” PELA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. DECRETO 1.775/1996. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) IV - O Plenário deste Tribunal, quanto ao alcance da decisão proferida na Pet 3.388/RR e a aplicação das condicionantes ali fixadas, firmou o entendimento no sentido de que “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. (Grifamos)

39. No mesmo sentido, na Rcl. 113.769/DF, em que se alegava o desrespeito à autoridade da decisão prolatada pelo Plenário do STF no julgamento da Petição 3.388/RR, o Ministro Lewandowski já havia pontuado que *“não houve no acórdão que se alega descumprido o expresse estabelecimento de enunciado vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, atributo próprio dos procedimentos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, bem como das súmulas vinculantes, do qual não são dotadas, ordinariamente, as ações populares”*.

40. No julgamento da Rcl 14.473/RO, o Ministro Marco Aurélio dispôs que *“ao julgar os embargos declaratórios na Petição nº 3.388/RR, o Plenário, nas discussões ocorridas, não sufragou o entendimento sobre o fato articulado nesta reclamação, ou seja, a tomada das salvaguardas fixadas visando definições de conflitos de interesse a envolver terras indígenas. O relator dos embargos chegou a consignar que o pronunciamento alusivo à referida petição mostrou-se específico, limitado às terras indígenas de Raposa Serra do Sol”*, negando então seguimento ao pedido formulado pelo Município de Lábrea.

41. Não bastasse, para ressaltar a fragilidade do parecer normativo, basta identificar que dois dos três casos citados no parecer foram decididos em sede de mandado de segurança, em confronto com a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal e também do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não cabe mandado de segurança para discussão de demarcação de terras indígenas, haja vista a impossibilidade de produção probatória.²⁰

42. O Ministro Dias Toffoli, no MS nº 33.821, que tratou especificamente do caso da terra indígena Jaraguá, também seguiu tal entendimento e indeferiu monocraticamente mandado de segurança justamente por não ser via cabível para discussão de terras indígenas.

43. Na mais recente oportunidade (16 de outubro de 2017, portanto, após a emissão do parecer normativo 001/2017 da AGU) em que o Supremo STF se debruçou sobre o tema, a Min. Rosa Weber, no âmbito no MS nº 28.555 e no MS nº 2.8567, também rechaçou a possibilidade de discutir a tradicionalidade de terras indígenas em sede de mandado de segurança, ainda que haja a alegação de que não havia presença física dos índios em 5 de outubro de 1988:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. HOMOLOGAÇÃO DE DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA ARROIO-KORÁ, NO MATO GROSSO DO SUL. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA NO JUÍZO FEDERAL. LITISPENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA. CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 1.775/96. EXERCÍCIO DE DEFESA ADMINISTRATIVA PELOS IMPETRANTES, NO CASO CONCRETO. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE TÍTULOS DE DOMÍNIO E PRESENÇA INDÍGENA. LAUDO ANTROPOLÓGICO ATESTANDO A PRESENÇA INDÍGENA NA REGIÃO, AINDA QUE SOB INFLUXO DE ATOS DE TERCEIROS VISANDO À EXPULSÃO DOS ÍNDIOS. MATÉRIA DE FATO INSUSCETÍVEL DE DESLINDE EM MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DENEGADA, NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE (ART. 205 DO RISTF).

44. Os sucessivos indeferimentos monocráticos de Ministros da Corte, baseados no art. 205 do RISTF, comprovam justamente a existência de *“matéria de*

²⁰ É reiterada a jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ, no sentido de que a via do mandado de segurança não se mostra adequada para discussão acerca da tradicionalidade da terra indígena. Nesse sentido: MS 22800 (STJ, AgintMS 22808 9STJ), MS 20686 (STJ). No STF, também colhe-se inúmeros precedentes com a mesma orientação: MS 25483 (2007), RMS 24531 (2005), RMS 22913 (2004), MS 24566 (2004), MS 21891 (2003), MS 1892 (2001), MS 21649 (2000), MS 21575 (1994), MS 20751 (1988), MS 20722 (1988), MS 20723 (1988), MS 20575 (1986), MS 20556 (1986), MS 20515 (1986), MS 20453 (1984), MS 20235 (1980), MS 20234 (1980), MS 20215 (1980), MS 21.892 (2003), MS 24566 (2004), MS 21891 (2004), MS 24.015 (2005), RMS 24532 (2004), MS 21660 (2006), MS 25.483 (2007), MS 31100 (2/9/14), RMS 29.193 (20/03/2015), MS 31245 AgR (19/08/2015), RMS 27.255 (11/12/2015), MS 33821 (28/10/2016), MS 28555 (19/10/2017), 28567 (19/10/2017).

jurisprudência consolidada do Tribunal” no sentido de que não é cabível mandado de segurança para discussão de matéria de alta complexidade como a tradicionalidade da ocupação de terras indígenas.

45. Considerando que, dos três precedentes utilizados pelo parecer normativo, dois se tratam de mandados de segurança, soa óbvia a fragilidade jurisprudencial sob a qual é construído. Conclui-se, assim, que jamais houve uma real intenção da Corte Suprema de que as condicionantes da Raposa Serra do Sol se tornassem obrigatórias e vinculantes, razão pela qual o ato deve ser imediatamente anulado.

3.2 Da Natureza Meramente Declaratória do Procedimento Demarcatório

46. Desde 1934 a proteção às terras indígenas é albergada em sede constitucional²¹, o que foi não apenas preservado nas constituições seguintes²², mas sucessivamente potencializado, alcançando seu clímax na Constituição da República de 1988²³. Portanto, ante a ausência de vácuo normativo-constitucional no tratamento da matéria, qualquer título incidentes sobre terras indígenas, pelo menos desde 1934²⁴, deve ser declarado

²¹ Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

²² CR/37 - Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.

CR/46 - Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

CR/67 - Art 4º - Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

CR/69 - Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: IV - as terras ocupadas pelos silvícolas; Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

²³ Art. 20. São bens da União: XI - as 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 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

²⁴ “A Constituição Federal, no seu art. 198, afirma a inalienabilidade das terras habitadas pelos silvícolas “nos

nulo de pleno direito²⁵.

47. Tal entendimento é consagrado de longa data no âmbito do STF, pelo que é cabível citar a ACO 323-7/MG (rel. Min. Francisco Rezek, DJ 08.04.94), em que a Corte declarou que o afastamento dos índios de suas terras não importa perda do seu direito territorial, tendo o saudoso Min. Néri da Silveira assim se manifestado:

Trata-se de terras ocupadas pelos índios ao longo do tempo e, se houve remoção, como ficou demonstrado nos autos, de forma violenta, isso não as descaracterizou como terras de índios. Não estava o Estado, de forma alguma, habilitado a proceder à alienação de terras que já pertenciam, por força de dispositivo constitucional, à União Federal.

48. Essa digressão é suficiente para indicar o absurdo retrocesso que se teria com uma tese rígida sobre o marco temporal, afastada da realidade da luta pela construção dos direitos dos índios. A partir dessa análise é possível se afirmar que, se marco há, ele seria em **1934**, quando se inaugura a proteção constitucional das terras indígenas.

49. Sob a égide da Constituição de 1988, o art. 231 reconhece, em seu *caput*, “**os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**”, atribuindo à União o dever de “**demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens**”. O § 1º do art. 231, por sua vez, define como 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.

50. A Constituição de 1988, conscientemente, preferiu a terminologia “tradicionalidade” a “imemorialidade”, de modo a expressar que o elemento central para a definição de terra indígena é o modo de ocupação tradicional, e não propriamente que haja presença dos índios no local desde tempos remotos.

51. Ademais, deixou clara a constituição que identificação de terra indígena está intrinsecamente ligada com a noção de **identidade coletiva** do grupo, de modo que a “tradicionalidade” não poderia simplesmente ser afastada caso algum particular tivesse em algum momento se apropriado indevidamente da área. A CF/88 incumbiu, então, à União

termos em que a lei determinar”, declarando a nulidade e a extinção dos efeitos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das aludidas terras. Daí entender Pontes de Miranda serem “ nenhuns quaisquer títulos, mesmo registrados, contra a posse dos silvícolas, ainda que anteriores à Constituição de 1934, se à data da promulgação havia tal posse” (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 1974, tomo VI, p. 457). Idêntica posição é perfilhada por Manoel Gonçalves Ferreira (Comentários à Constituição Brasileira, 1983, p. 731/732), Paulino Jacques (A Constituição Explicada, 1970, p. 195) e Rosah Russomano (Anatomia da Constituição, 1970, p. 346).” (MS 20.575, relator Min. Aldir Passarinho, DJ 21.11.86)

²⁵ MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1946, tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, p. 467-468.

a identificação, a delimitação e a demarcação das terras indígenas, que devem ser executadas conforme a presença peculiar de cada etnia e sua própria cosmovisão (endógena ou intraétnica)²⁶. Para tanto, a metodologia utilizada é a antropológica, aliada a estudos de naturezas etnohistórica, sociológica, geográfica, cartográfica, ambiental, entre outras.

52. Sendo assim, o estudo *antropológico é fundamental para se demonstrar concretamente o atendimento dos pressupostos constitucionais para se concluir se a área é (ou não) tradicionalmente ocupada*. Isso ficou muito claro no voto condutor do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.338), da lavra do Min. Carlos Ayres de Britto:

O que importa para o deslinde da questão é *que toda a metodologia propriamente antropológica* foi observada pelos profissionais que detinham competência para fazê-lo (...). Afinal, é mesmo ao *profissional da antropologia que incumbe assinalar os limites geográficos de concreção dos comandos constitucionais em tema de área indígena*. (Grifamos).

(...)

Quanto ao recheio topográfico ou efetiva abrangência fundiária do advérbio “tradicionalmente”, grafado no caput do art. 231 da Constituição, ele coincide com a própria finalidade prática da demarcação; quer dizer, 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 (deles, indígenas de uma certa etnia), mais as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (parágrafo 1º do art. 231. Do que decorre, inicialmente, o sobredireito ao desfrute das terras que se fizerem necessárias à preservação de todos os recursos naturais de que dependam, especificamente, o bem-estar e a reprodução fisio-cultural dos índios.

Sobredireito que reforça o entendimento de que, em prol da causa indígena, o próprio meio ambiente é normatizado como elemento indutor ou via de concreção (o meio ambiente a serviço do indigenato, e não o contrário, na lógica suposição de que os índios mantêm com o meio ambiente uma relação natural de unha e carne).

53. Quanto à natureza jurídica da demarcação, o multicitado art. 231 da CR/88 afasta qualquer polêmica: é ato de mero reconhecimento (declaratório) dos direitos

²⁶ STF, PET. 3388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres de Britto. 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 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**. (Grifamos),

originários dos índios sobre suas terras, portanto, sem natureza constitutiva. É precisamente essa a lição de José Afonso da Silva²⁷:

Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é o direito originário já mencionado.

54. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou por inúmeras vezes, incluindo uma das últimas vezes que a Corte se debruçou sobre o tema, **em 2012, no caso Caramuru-Catarina-Paraguaçu (ACO 312)**:

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, Ementa)

55. Em oportunidade ainda mais recente, no dia 16 de agosto de 2017, o Supremo, no julgamento das ACOs 362 e 366, indeferiu pedido de indenização do Estado de Mato Grosso, em que se alegava que a União teria se apropriado de áreas de seu domínio e que haveria ampliação de terras indígenas. Confirmando o entendimento que aqui se advoga (de todo incompatível com o Parecer Normativo 001/2017 da AGU), o Min. Alexandre de Moraes, acompanhou o Min. Relator Marco Aurélio de Melo, para firmar que desde a Carta de 1934 não se pode caracterizar as terras indígenas como devolutas:

Não é possível, insisto, falar em terras devolutas ocupadas por silvícolas. Ou são “devolutas”, e aí seriam do Estado. Ou são “indígenas”, e aí seriam da União. Dessa forma, se não cabe falar, no caso, em terras devolutas, consequentemente, a propriedade, o domínio, não passou para o Estado em momento algum. Esse domínio foi caracterizado e, posteriormente, consagrado da União, e a União não precisa indenizar, seja o Estado, sejam particulares, pela utilização das suas próprias terras para uma destinação constitucionalmente prevista, que é o reconhecimento dessas áreas indígenas.

56. A proteção das terras indígenas, por se tratarem de áreas destinadas exclusivamente ao usufruto dos índios, impede qualquer tipo de utilização com objetivo diverso e/ou esbulho, inclusive se praticados por meio de atos do Estado (incluindo União, estados e municípios). Nesse sentido, o Ministro Eros Grau ressaltou, no caso Raposa Serra

²⁷ Parecer disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf

do Sol, a proteção das terras indígenas contra esbulho de qualquer natureza:

As terras indígenas são de propriedade da União, porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui - propriedade da União - resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras - leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete - são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. (PET 3388/RR)

57. O regime jurídico das terras indígenas é muito bem resumido no seguinte trecho da lavra do Ministro Gilmar Mendes²⁸:

a) as terras indígenas não integravam o patrimônio estadual, mesmo na vigência da Constituição de 1891; b) a teor do disposto no art. 129, da Constituição de 1934 (e, posteriormente, no art. 154, da Carta de 1937 e no art. 216, da Constituição de 1946), a propriedade da União sobre as terras ocupadas pelos silvícolas constitui expressão do ato-fato relativo à posse; c) embora a demarcação das terras indígenas tenha resultado, eventualmente, de uma lei estadual, não se reconhece à unidade federada o poder de reduzir a área, que, na época da promulgação da Constituição, era ocupada pelos índios como seu ambiente ecológica; d) os atos legislativos estaduais que estabeleceram os limites das áreas ocupadas pelos indígenas, bem como as transcrições no Registro Imobiliário, tem, portanto, caráter meramente declaratório, uma vez que o domínio aqui é mera expressão da **posse permanente**; e) o reconhecimento da situação dominial, de forma reduzida, não obsta a que se postule ou a que se proceda à sua aplicação, pelas vias legais; f) os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição pela chamada nulidade superveniente, que decorre da regra expressa no seu art. 129; g) as terras ocupadas pelos silvícolas que, sob o regime da Constituição de 1891, integram o patrimônio coletivo indígena, passaram, com a promulgação da Carta de 1934, em caráter irreversível, para o domínio da União (Cf. Dec. 736/36, art. 3ª, “a”); h) a concessão dos títulos dominiais em terras ocupadas pelos indígenas após o advento da Constituição de 1934 é írrita, de nenhum efeito; i) a expulsão, o homicídio ou genocídio de silvícolas não tem o condão de convalidar os títulos originariamente nulos, concedidos a partir de 16.7.34; j) assim, em caso de desafetação ou desdestinação das terras de domínio federal anteriormente ocupadas pelos silvícolas, inevitável se afigura a reversão ao domínio pleno da União; k) toda e qualquer discussão toda e qualquer discussão sobre a existência de não de posse indígena – e, por conseguinte sobre a caracterização ou não de

²⁸ Revista de Direito Público. Repositório de Jurisprudência autorizado pelo Supremo tribunal Federal sob n. 005/85. N. 86 – abril-junho de 1988 – ano XXI. “Terras ocupadas pelos índios.”

domínio federal – há de remontar, inevitavelmente, aos idos de 1934, quando o constituinte houve por bem consagrar o domínio da União sobre as terras de ocupação indígena.”

58. Nesse cenário, a interpretação mais apurada do acórdão da Pet. 3.388 demonstra que o Supremo Tribunal Federal nem para aquele caso aplicou um marco rigoroso e absoluto em 1988 que permitisse ignorar toda sorte de violência e ilegalidades que tivessem resultado no afastamento dos índios de suas terras contra a sua vontade. Havia na Terra Indígena Raposa Serra do Sol áreas indígenas não ocupadas pelos índios em 5 de outubro de 1988, em que estavam presentes “possuidores” de boa-fé e de má-fé²⁹ - ou seja, adquiridas mediante títulos ou por meio de esbulho. Em ambos os casos a Corte Suprema entendeu válida a demarcação, determinando a desocupação pelos ocupantes não-índios.

59. Se realmente tivesse sido adotada a interpretação que o parecer normativo tenta conferir ao caso Raposa Serra do Sol, no sentido de que bastaria que os índios não estivessem na área em 1988 para se desqualificar a tradicionalidade da área, a própria demarcação da TI Raposa Serra do Sol teria sido desconstituída. Ao contrário disso, a proteção da terra indígena em face de terceiros foi inclusive destacada no caso Raposa Serra do Sol pelo Ministro Eros Grau:

As terras indígenas são de propriedade da União porque eram tradicionalmente ocupadas pelos índios. A propriedade aqui - propriedade da União - resulta da sua ocupação tradicional pelos índios. Essas terras - leio em parecer do Professor Moreira Alves que veio ao meu gabinete - são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também que contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores. Repito: essas terras são protegidas contra os esbulhos posteriores à Constituição de 1988, mas também contra elas são inválidos e de nenhum efeito os títulos de propriedade anteriores.

Daí porque não é mais necessário recorrermos à conhecida exposição de João Mendes Jr. sobre o indigenato . A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupavam na data da sua promulgação. Direi, pois, ainda outra vez: disputa entre agentes econômicos e índios, por terra indígena, consubstancia disputa juridicamente impossível; em situações como tais não há oposição de direitos; ao invasor de bem público não se pode atribuir direito nenhum. Em termos gentis, embora plenos de vigor: a suposição de que no caso de Raposa Serra do Sol houvesse disputa pela terra entre

²⁹“Esbulho que veio acompanhando da multiplicação do tamanho de fazendas na região. A história documentada pelos próprios posseiros demonstra que a Fazenda Depósito media, em 1954, 2.500 hectares (fls 2.922) Em 1958, formou-se a Fazenda Canadá com parte da chamada Fazenda Depósito e já agora com extensão de 3.000 hectares (fls. 2.895 e 2924) portanto maior que toda a área dividida. Em 1979, Lázaro Vieira de Albuquerque vende a Fazenda Canadá e nessa data possuía não mais que 1.500 hectares (fls 2.925). Em 1982 as Fazendas Depósito e Canadá são vendidas e somam 3.000 hectares (fls. 2.926). Em 10/04/1986, as Fazendas Depósito (agora com 3.000 hectares), Canadá (com 3.000 hectares) e Depósito Novo (com 3.000 hectares) são vendidas, 'podendo ainda as áreas totais serem dimensionadas em proporção maior de 9.000 hectares””.

índios e qualquer agente econômico privado configuraria evidente tolice, rematada insensatez.

60. Apesar de o Supremo ter se utilizado naquela assentada (Caso Raposa Serra do Sol) do termo esbulho renitente, o conteúdo interpretativo ganhou sentido totalmente diverso no Caso Limão Verde, e desta conotação diversa o parecer normativo parece ter se apropriado. No voto condutor do Ministro Aires Brito consta 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. Caso das 'fazendas' situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação *não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação de sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da 'Raposa Serra do Sol*. (Grifamos)

61. Na linha do que já se expôs, nos *jogos de linguagem*, os sentidos dos itens mentais ou linguísticos só podem ser interpretados no contexto de seu uso. O voto condutor da Pet. 3.388 reconheceu que o renitente esbulho não se dá exclusivamente por eventual conflito de natureza possessória, mas pela **resistência** e pela **afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo**. Isto é, devem ser levados em consideração os modos próprios de afirmação e de resistência do grupo envolvido, sendo que a presença em um contexto macro, em todo o complexo, não exige que a resistência seja de índole exclusivamente civil e mediante conflito físico, marcado pela violência.

62. As formas de resistência também são reflexos da organização cultural de cada etnia, que, em última instância, estão resguardadas pelos arts. 215³⁰, 216³¹ e 231³² da Constituição da República. Conforme defende Duprat, recorrendo a James Scott:

De resto, há povos indígenas para os quais o conflito e a violência são muito penosos, às vezes até insuportáveis. Aliás, James Scott chama a atenção de que, para

³⁰ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. §3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional.

³¹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

³² 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.

a maioria dos grupos historicamente subordinados, as pequenas guerrilhas silenciosas, travadas em seu cotidiano, costumam ter um impacto bem maior do que rebeliões, revoltas e levantes de larga escala. Ele tem em mente armas comuns, tais como, o “corpo mole”, a dissimulação, a submissão falsa, as sabotagens, os saques, os incêndios premeditados, a ignorância fingida, a fofoca, etc.³³

63. Basta lembrar que na TI Raposa Serra do Sol vários indígenas que trabalhavam nas fazendas então sob o poder de particulares, o que representa forma estratégica e inteligente dos grupos minoritários de se manterem nos seus territórios enquanto o Estado não promove a demarcação³⁴. E como bem resumiu Duprat, “a desqualificação dessas iniciativas e a exigência de que a figura do 'esbulho renitente' se acomode à imagem de disputas possessórias entre indivíduos em situação de simetria são, a um só tempo, a negativa ao pluralismo e ao processo histórico nacional.”³⁵

64. Ao contrário disso, no caso Limão Verde, base principal do parecer normativo 001/2017, o Supremo Tribunal Federal, adentrando em seara vedada no Recurso Extraordinário, ao analisar provas,³⁶ reconhece o esbulho, mas reduz a oposição a ele ao conflito possessório e violento. Isso fica muito claro no seguinte trecho do voto condutor:

O que se tem nessa argumentação, bem se percebe, é a constatação de que, no passado, as terras questionadas foram efetivamente ocupadas pelos índios, fato que é indiscutível. Todavia, 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, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

65. Afastou ainda que configurasse esbulho renitente o pleito aos órgãos competentes para que assumissem suas responsabilidades e demarcassem a área:

Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e

³³ DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde. p.39

³⁴ “Para os guaranis, por exemplo, o tekoha é uma instituição divina criada por Ñande Ru. Deles desalojados com a chegada do homem branco, procuram ali permanecer, inclusive trabalhando para este nos ervais e em roças. Consideram-se, de ssa forma, de posse de seu território tradicional.” DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. pg. 7.

³⁵ DUPRAT, Deborah, op, cit, p. 39.

³⁶ Súmulas 279 (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).

1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.

66. Em resumo, neste caso concreto utilizado pelo Parecer Normativo, o STF, a título de aplicar a jurisprudência firmada no caso Raposa Serra do Sol, ignorou a presença e o modo de utilização da terra pelos indígenas³⁷, bem como não reconheceu suficiente que tivessem, por no mínimo três vezes, recorrido aos órgãos públicos para que fizessem valer os seus direitos: a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e c) cartas enviadas em 1982 e 1988 (portanto, às vésperas da promulgação da Constituição de 1988) pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Para o relator, “essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual”.

67. Tendo o parecer normativo se baseado principalmente no “Caso Limão Verde”, termina-se por legitimar ato de esbulho contra a própria União, em prejuízo do titular do direito fundamental em jogo, tornando impossível a resistência dos indígenas. Impossível porque, primeiramente, antes da Constituição, aplicava-se o regime tutelar estabelecido pela Lei nº 6.001/73 – Estatuto do Índio -, segundo o qual incumbia à União a tutela dos indígenas, de modo que o ajuizamento de ação possessória dependia do próprio órgão indigenista, não podendo os indígenas acionarem o judiciário diretamente. Há uma impossibilidade jurídica nessa via.

68. Ademais, não é crível que o Estado, especialmente por meio da Advocacia-Geral da União, que tem também por atribuição a defesa dos direitos dos índios, imponha

³⁷Segundo trecho do laudo antropológico, a área sempre foi de utilização para fins de caça e coleta, o que persistia até os dias atuais. “Como indicamos nos itens 2.1 e 2.2, e depois nos itens 4.1 e 4.2 deste laudo, o processo de colonização da região da bacia do Aquidauana se intensifica especialmente depois do término da Guerra do Paraguai. Na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas, como Ipegue na planície e o Piranhinha nos morros, como são registrados nos documentos já citados, pelo menos desde 1865-66. A partir de 1892 inicia-se um processo de colonização conduzido por um grupo de coronéis (apesar de que antes da aquisição de terras por esse grupo, já existiam posseiros na região, como é o caso de João Dias Cordeiro) por meio da constituição vila de Aquidauana e de propriedades rurais e urbanas. Pelos documentos localizados, a partir de 1895 em diante iniciasse um processo de titulação em terras localizadas entre o Córrego João Dias, o Morro do Amparo e o Aquidauana que se choca com as terras de ocupação indígena em diversos pontos. Isso caracteriza um choque entre o poder local e a economia agropecuária e a sociedade Terena. Esse choque de interesses sobre as terras e os recursos ambientais está registrado nos diversos documentos analisados e citados no laudo, e resultará na titulação das terras para o município em 1928 e depois na criação da Colônia XV de Agosto em 1959, incidentes na área depois identificada como indígena. Assim, consolida-se o processo ocupação nos territórios em questão. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra.”

como condição para proteção de direitos o exercício da autotutela e do estado de violência, que em muitos casos levaram à extinção de inúmeros grupos indígenas³⁸. A sinalização de que o Estado brasileiro estimula a violência é incompatível com a Constituição da República de 1988 e com o mínimo ético fundamental.

69. Por fim, a própria prática de se manter material e fisicamente em disputa pela terra constituía em si ato ilícito, haja vista que os Decretos nºs 10.652, de 16 de outubro de 1942, e 52.668, de 11 de outubro de 1963, previam prisão de até 5 anos para os indígenas considerados “prejudiciais às populações vizinhas”³⁹. Ou seja, caso não fossem massacrados, poderiam ser objetos de coerção do próprio Estado. Daí se percebe que as condutas passíveis de configuração do renitente esbulho, de acordo com o estabelecido no caso Limão Verde – base do parecer normativo – são, jurídica e materialmente, impossíveis.

70. Diante do exposto, percebe-se que o parecer normativo 001/2017 GAB/CGU/AGU, apesar de alegação de cumprir o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na verdade, tenta fazer tese que não guarda coerência com a teoria constitucional do Brasil desde 1934 e com os demais precedentes da Corte sobre a matéria. O destino dos índios, sem poderem se defender e sem poderem contar com o cumprimento do Estado para com seus deveres na sua defesa, depende da anulação imediata do parecer.

71. Para encerrar este tópico, mister se faz recorrer novamente ao que o Min. Roberto Barroso ressaltou no curso do julgamento da ACOs 362 e 366 rechaçando de forma contundente o entendimento estabelecido no Caso Limão Verde e, reflexamente, no parecer normativo 001/2017 da AGU:

Mas, a despeito disso e em *obiter dictum*, deixo consignada, desde logo, a minha posição em relação a esta matéria, a qual considero extremamente relevante, no sentido da **possibilidade de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo.** Por isso entendo que somente será descaracterizada a ocupação tradicional indígena caso demonstrado que os índios deixaram voluntariamente o território que postularam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650. Nessa mesma matéria, **tampouco me parece razoável exigir-se violência ou conflito envolvendo os índios para que a ocupação não seja considerada extinta, nem tampouco se exige o ajuizamento de uma ação possessória, o que implicaria em interpretar o comportamento das comunidades indígenas à luz dos nossos costumes e instituições.**⁴⁰ (Grifou-se)

³⁸ Vide o relatório da Comissão Nacional da Verdade.

<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo13/Capitulo%2013.pdf>

³⁹ DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde. p. 38.

⁴⁰ ACO 312, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJE, 02/10/2017

4. Análise Particularizada das Salvaguardas Institucionais do Caso Raposa Serra do Sol

72. Afastada a alegação de que o Supremo Tribunal Federal tivesse adotado a tese do marco temporal como jurisprudência dominante, necessário se faz, agora, o prosseguimento da análise no que concerne às condicionantes propriamente ditas, com considerações sobre algumas delas.

73. Inicialmente, há que se registrar que a maioria das 19 condicionantes não foi devidamente debatida e nem era objeto de análise no caso sobre o qual a Corte Suprema se debruçava. Essa constatação, por si só, revela a dificuldade em acolhê-las como fonte insofismável de direito, tal como busca fazer de forma acrítica o parecer normativo 001/2017 da AGU.

74. Ademais, não se poderia mesmo admitir que o Supremo Tribunal Federal estabelecesse normas de natureza geral e abstrata em prejuízo aos princípios democrático e da separação de poderes, além de desrespeito aos limites objetivo e subjetivo da coisa julgada. Não houve ali discussão da sociedade sobre tais diretrizes, e sequer pela própria Corte, pois não eram objeto específico da lide.

75. Como soa óbvio dizer, ressaltados os casos de controle concentrado de constitucionalidade, não deve o Poder Judiciário decidir sobre teses jurídicas, mas sobre fatos e conflitos concretos, assim como não caberia ao Supremo a atividade legislativa. Exatamente para evitar incorrer em tais inconstitucionalidades foi que o Supremo Tribunal Federal buscou mitigar os efeitos colaterais não esperados com a aplicação rigorosa e absoluta das condicionantes, declarando expressamente que o que fora ali decidido tinha aplicação exclusiva para o caso concreto.

76. Afinal, a casuística e os problemas práticos que certamente sucederiam seriam a base para o aprimoramento e o desenvolvimento dos múltiplos temas tratados nas condicionantes, o que, agora, fica prejudicado pelo parecer, que, ao contrariar o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, tenta tornar a discussão sobre o(s) tema(s) acabada, impedindo a sua natural evolução.

77. Feitas essas considerações preliminares, passa-se a analisar algumas das principais condicionantes, para se demonstrar a sua incompatibilidade com a Constituição e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4.1 Condicionantes I, V, VI e VIII – Do Caráter Contramajoritário Dos Direitos Fundamentais e da Impossibilidade de sua subjugação ao “Interesse Público”

(i) O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União na forma de Lei Complementar.

(v): O usufruto dos índios fica condicionado 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 (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

(vi): A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

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

78. A interpretação literal de tais condicionantes admite que os direitos dos índios sejam simplesmente “suplantados” sempre que houver “interesse público da União na forma de Lei Complementar”. Em uma democracia real, há necessidade intransponível de respeito aos direitos de minorias – que são naturalmente contramajoritários e, não raramente, contrários à abstrata noção de interesse público. Aliás, o traço natural de qualquer direito fundamental é limitar o poder do Estado.

79. Não por outra razão, a doutrina administrativista moderna tem relativizado a visão tradicional da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula de restrição dos direitos fundamentais. A Constituição de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e ao consagrar diversos direitos fundamentais, sobretudo e especificamente o direito à terra indígena, impede que se utilize a genérica expressão “interesse público” para restrição de direitos.

80. É que não se está diante propriamente de conflito de interesses “particular” e público, mas de uma sobreposição de um interesse da maioria contra um direito fundamental de uma minoria étnica. A clássica prevalência do interesse público, em um Estado Democrático de Direito, cede espaço à ponderação no caso concreto e ao respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da unidade constitucional.

81. Não bastasse, tal condicionante também viola o art. 15. 2 da Convenção

169 da OIT, que assim preceitua:

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

82. As condicionantes V e VI conferem primazia completa e incondicionada à política de Defesa Nacional em detrimento dos direitos indígenas, que tornam sua defesa dependente de leituras sobre segurança nacional, com possibilidade de supervalorização de riscos e ameaças em detrimento dos interesses constitucionalmente protegidos das comunidades indígenas.

83. Por outro lado, não fazem qualquer referência ao art. 231, §6º da Constituição, que, ao tratar dos atos de ocupação e posse das áreas indígenas por terceiros, ressalva “relevante interesse da União, segundo o que dispuser lei complementar”, até o momento inexistente.

84. Tais empreendimentos podem, muitas vezes, gerar efeitos nefastos sobre comunidades indígenas, afetando a sua cultura e suas tradições e comprometendo o seu modo de vida. Os direitos fundamentais indígenas cedem, em caráter absoluto, a interesses da União, sem que se preveja, sequer, a necessidade de consulta, nos termos do art. 6º da Convenção nº 169 da OIT. Também aqui se faz tábula rasa das ressalvas do art. 231, §6º, CF, além de se omitir a respeito da legislação ambiental, que, em situações similares, determina a realização de estudos sobre os impactos a serem suportados pelas comunidades atingidas.

85. Assim, a interpretação literal de tais condicionantes está em manifesto descompasso com a Constituição, de modo que a sua aplicação vinculante pelo parecer normativo 001/2017 termina por violar frontalmente a ordem-constitucional, razão pela qual se justifica a imediata anulação do ato.

4.2 Condicionantes VIII a XI – Dupla Afetação de Terras Indígenas e Unidades de Conservação

(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): Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

86. As condicionantes VIII a XI devem ser objeto de análise conjunta, na medida em que tratam do regime de dupla afetação de terras indígenas e unidades de conservação.

87. Em inúmeros casos, os espaços mais preservados estão localizados exatamente nas áreas tradicionalmente ocupadas pelos índios e outras comunidades tradicionais, portanto, realmente não deve haver qualquer conflito em tal sobreposição; há simbiose e convergências. Assim, não há dúvidas de que é perfeitamente compatível a existência de terras indígenas e unidades de conservação, o que também encontra amparo no Sistema de Unidades de Conservação da Natureza (arts. 5º e 57 da Lei nº 9.985/00).

88. A legislação pátria estabelece a plena possibilidade de coexistência harmônica de terras indígenas e áreas de outras comunidades tradicionais com unidades de conservação, inclusive de proteção integral.⁴¹ Em razão desse robusto arcabouço jurídico que ampara a sobreposição de terras indígenas e unidades de conservação, as 4º e 6º Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal possuem entendimento consolidado acerca da compatibilidade do regime das terras indígenas e das unidades de conservação:

Nos casos de unidades de conservação já criadas, que não levaram em conta por ocasião da respectiva criação a presença de populações tradicionais, há que se buscar a compatibilização entre a permanência das populações tradicionais e a proteção ambiental.

Para a efetiva garantia dos direitos das comunidades tradicionais em unidades de conservação, é imprescindível a realização da consulta prévia, livre e informada para elaboração e revisão do plano de manejo, bem como o estabelecimento de

⁴¹ **Decreto nº 6.040/2007** – que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, define como objetivos específicos “solucionar ou minimizar os conflitos gerados pela implantação de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios tradicionais e estimular a criação de Unidades de Conservação de Uso Sustentável” (Art. 2º, II)

Decreto nº 4.339/2002, que institui a Política Nacional da Biodiversidade, traz como objetivos específicos do Componente 2 – Conservação da Biodiversidade “11.2.8. promover o desenvolvimento e a implementação de um plano de ação para solucionar os conflitos devidos à sobreposição de unidades de conservação, terras indígenas e de quilombolas”.

Decreto nº 7.747/2012, que institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, estabelecendo, dentre outras, a seguinte diretriz o “protagonismo e autonomia sociocultural dos povos indígenas, inclusive pelo fortalecimento de suas organizações, assegurando a participação indígena na governança da PNGATI, respeitadas as instâncias de representação indígenas e as perspectivas de gênero e geracional” e a “contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas”.

PPA 2016-2019 (Lei nº 13.249)- OBJETIVO: 1013 - Promover a gestão territorial e ambiental das terras indígenas. Iniciativas 04M8 - “Articulação da elaboração de instrumentos que promovam a gestão compartilhada em Terras Indígenas e Unidades de Conservação Federais”.

diálogo permanente entre as comunidades tradicionais e os gestores da UC, buscando-se a simetria entre as partes.

Nos casos em que o plano de manejo houver sido elaborado sem consulta às comunidades tradicionais, este deverá necessariamente ser revisto, para garantia da participação informada dessas populações.

É necessária a realização de estudos antropológicos e etnoambientais nos casos de identificação de povos e comunidades tradicionais habitantes em unidades de conservação, envolvendo profissionais de diversas áreas do conhecimento, de forma a possibilitar, entre outros, a caracterização do modo de vida tradicional das comunidades, a identificação de saberes que promovam, a conservação ambiental e a compatibilidade das atividades desenvolvidas com a adequada proteção à preservação ambiental.⁴²

89. Tal entendimento também consta do Manual da 6ª CCR, “Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral”, onde estão listadas as seguintes premissas para a atuação do MPF:

15. Reconhecer o Plano de Manejo como o instrumento de gestão mais importante da Unidade de Conservação, devendo este ser construído considerando o reconhecimento técnico da presença da população tradicional;

16. Reconhecer a importância de elaboração do Plano de Manejo por meio da instauração de processo participativo que permita aprendizagem social e a valorização dos saberes locais/tradicionais sobre o manejo dos recursos naturais.

90. Quanto a esse ponto, cumpre acentuar que a diretiva supra funda-se na experiência institucional no trato do conflito resultante da sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e unidades de conservação, *expertise* que está sintetizada em Enunciados⁴³ da 6ª. CCR, como os transcritos abaixo:

1. Em casos de sobreposição territorial entre comunidades tradicionais e/ou unidades de conservação, é necessária a realização de estudo antropológico para contextualizar a dinâmica sociocultural.

2. As várias formas de proteção no âmbito cultural reforçam, e não substituem, a pretensão de titulação territorial.

3. Impõe-se a atuação do MPF pela implementação de políticas públicas destinadas às comunidades tradicionais, independentemente da regularização fundiária e de

⁴² “Carta de Belo Horizonte” - resultante do Seminário *Convergências entre as Garantias de Direitos Fundamentais e a Conservação Ambiental*, realizado pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF das temáticas de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural e de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais, 4ª e 6ª CCR, com o intuito de debater e propor diretrizes de atuação para o MPF.

⁴³ Enunciados do II Encontro Temático Quilombola, em 9 de outubro de 2014. Os princípios estabelecidos nesses Enunciados foram confirmados em encontros intercamerais reunindo as 4a. e 6a. Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

qualquer ato oficial de reconhecimento.

4. Os direitos territoriais dos povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais têm fundamento constitucional (art. 215, art. 216 e art. 231 da CF 1988; art. 68 ADCT/CF) e convencional (Convenção nº 169 da OIT). Em termos gerais, a presença desses povos e comunidades tradicionais tem sido fator de contribuição para a proteção do meio ambiente. Nos casos de eventual colisão, as categorias da Lei 9.985 não podem se sobrepor aos referidos direitos territoriais, havendo a necessidade de harmonização entre os direitos em jogo. Nos processos de equacionamento desses conflitos, as comunidades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária. Na parte em que possibilita a remoção de comunidades tradicionais, o artigo 42 da Lei 9.985 é inconstitucional, contrariando ainda normas internacionais de hierarquia supralegal.

5. O uso sustentável de recursos naturais por parte de povos e comunidades tradicionais é assegurado pela Constituição Federal (art. 215 e 216) e pela Convenção nº 169 da OIT (art. 14, 1), dentro e fora de seus territórios.

6. Os direitos territoriais dos povos quilombolas e outros povos e comunidades tradicionais gozam da mesma hierarquia dos direitos dos povos indígenas pois ambos desfrutam de estatura constitucional. Em casos de conflito, é necessário buscar a harmonização entre estes direitos, consideradas as especificidades de cada situação.

7. Os direitos territoriais dos povos e comunidades indígenas, quilombolas e outras tradicionais gozam da mesma hierarquia constitucional que o interesse público na proteção da segurança nacional. Em casos de conflito, é necessário buscar a harmonização proporcional entre os bens jurídicos em jogo. Nos processos de equacionamento dessas colisões, as comunidades devem ter assegurada a participação livre, informada e igualitária.

91. Assim, apesar de não haver dúvidas acerca da possibilidade de coexistência de terras indígenas e unidades de conservação, o problema residente nas condicionantes em referência diz respeito à hierarquização de direitos fundamentais, claramente atribuindo prioridade à tutela do meio ambiente em detrimentos dos direitos dos povos indígenas. A desarmonia com o texto constitucional soa evidente.

92. A interpretação conjunta das condicionantes deixa claro que a administração de tais áreas caberia exclusivamente ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio, o que faria com que os direitos dos índios (especialmente usos e costumes no manejo da terra indígena) fossem apenas como mais um fator a ser analisado, ao passo que à Fundação Nacional do Índio caberia o papel de mero consultor.

93. Por outro lado, a natureza meramente opinativa da participação das comunidades indígenas na administração da unidade de conservação não se compatibiliza com o disposto no art. 15. 1 da Convenção 169 da OIT:

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

94. Ademais, tais condições disciplinam o trânsito de não-índios sobre terras indígenas, sem conceder nenhum espaço para que as próprias comunidades étnicas decidam a respeito. No caso de unidades de conservação, a decisão cabe ao ICMBio e, fora disso, à FUNAI. Não se prevê nem mesmo a necessidade de oitiva das populações indígenas afetadas, para definição do regime de ingresso de não-índios nas suas terras. Essa disciplina ofende a filosofia da Constituição no trato da questão indígena, que envolve a superação do modelo da tutela, e viola, ainda, o arts. 6. 1, “a”, 7. 1 e 18 da Convenção nº 169 da OIT.⁴⁴

95. Assim sendo, embora seja louvável reconhecer a possibilidade de dupla afetação, tais condicionantes terminaram por hierarquizar direitos fundamentais, o que certamente levará a diversos problemas de ordem prática e restrições a direitos indígenas. A maturação que seria necessária para desenvolvimento de tal concepção ficará certamente prejudicada pela prematura e inadequada edição de parecer normativo.

4.3 Condicionantes XII e XIII – da Cobrança de Tarifas e Contrapartidas pelos Índios

(xii) O ingresso, 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;

96. As condicionantes XII e XIII também merecem breves comentários, a fim de demonstrar impropriedades em sua aplicabilidade concreta. Enquanto a primeira impossibilita a cobrança para ingresso em terras indígenas, a segunda se refere à utilização de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público.

97. Importante observar que tanto em um quanto em outro caso há restrição

⁴⁴ Convenção 169-OIT – “Art. 6º - I. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;” “Art. 7º - I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.” e “Art. 18 - A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.”

do direito fundamental ao usufruto exclusivo, previsto no art. 231, § 2º, da Constituição da República. Em relação à impossibilidade absoluta de cobrança para ingresso de particulares em terras indígenas, a previsão desqualifica o usufruto exclusivo e torna a proteção de terras indígenas inferior a qualquer propriedade particular, ou mesmo em relação a terras públicas que admitam visitação pública, como são inúmeras unidades de conservação, em que o o Estado (no caso federal, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio) cobra para acesso e visitação.

98. As terras indígenas são espaços que naturalmente possuem, à semelhança das unidades de conservação (e não por outra razão se admite a dupla afetação) notável beleza cênica, além de atributos relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural. Isso faz com que gozem de especial interesse turístico e científico, que, quando conciliáveis, podem ser autorizados pelos índios e pela FUNAI, não havendo razão para que o destinatário do usufruto exclusivo de tais áreas não receba alguma contrapartida razoável. Impedir tal prática, tão corriqueira em propriedades particulares e unidades de conservação (públicas e privadas), significa violar, a um só tempo, o usufruto exclusivo e o próprio princípio da igualdade.

99. Desqualifica-se a autonomia dos povos indígenas sem fundamentação razoável, até porque este ponto não foi objeto de análise aprofundada no caso Raposa Serra do Sol. Há hierarquização negativa do usufruto exclusivo dos índios, que possui natureza constitucional, em relação a um usufruto que existiria em qualquer propriedade privada, de natureza civil.

100. Demonstrando a insubsistência de tal condicionante, a FUNAI, em boa hora, editou a Instrução Normativa nº 3/2015, pela qual, com amparo do Decreto nº 5.051/2014 (que instituiu a PNGATI – Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas), apoia iniciativas sustentáveis e de etnoturismo e ecoturismo em terras indígenas.

101. No mesmo sentido, identifica-se ilegalidade quando é estabelecido, de modo genérico e abstrato, a impossibilidade de contrapartida para construção de estradas, de construções de linhas de transmissão ou qualquer obra pública. Não se deve ignorar que determinadas ações do Estado sobre terras indígenas podem implicar significativos impactos sobre o usufruto exclusivo dos índios, bastando imaginar a construção de uma rodovia sobre um território sagrado da comunidade ou mesmo sobre área fundamental para o plantio tradicional.

102. O princípio geral do direito *alterum non laedere ou neminem laedere*, pedra fundamental da responsabilidade civil, preconiza que a ninguém é dado causar lesão a

outrem. Desse modo, a partir da vedação de fato ilícito que importe danos a outrem, extrai-se que, uma vez ocorrida a lesão, imperativo será o ressarcimento.

103. A vedação genérica de indenização ou compensação constitui inadmissível restrição ao usufruto exclusivo, bem como carta branca para que o Estado e outros particulares possam gerar danos sobre os índios. A condicionante, portanto, viola a máxima de que qualquer dano injusto deva ser indenizado, amparada no próprio art. 1º, III, da Constituição da República.

104. Viola também o art. 3º, IV, da CR/88, ao permitir que os danos e restrições de direitos tenham menor valor do que um dano a qualquer particular. Cabe lembrar que a redução da utilidade de propriedade particular decorrente de obra pública admite reparação e, a depender do caso, desapropriação, mediante justa e prévia indenização, nos termos do art. 5º, XXIV, da Constituição.

105. Não se pode admitir que, em manifesta violação ao princípio da igualdade, seja negada vigência aos arts. 186 e 927 do Código Civil, que estabelecem a obrigação por danos a outrem, tornando-os inaplicáveis quando se trate de prejuízos sofridos pelos índios.

106. Dessa forma, *prima facie*, há uma desqualificação imotivada do usufruto exclusivo e de inúmeros danos que poderiam ser causados aos índios. Inverte-se a lógica constitucional, que buscou conferir especial proteção às terras indígenas, tornando tais territórios espaços aos quais se garante menos direitos do que ocorreria em uma propriedade particular. Como mencionado em capítulo anterior, a noção moderna de interesse público exige que o princípio seja compatibilizado com a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e com princípio da proporcionalidade, pelo que as previsões genéricas não subsistem em uma interpretação sob as luzes da ordem-constitucional vigente.

107. Dessa forma, por violar o princípio da igualdade e o usufruto exclusivo dos índios sobre suas terras, ao admitir genericamente danos não indenizáveis aos índios, o Parecer Normativo 001/2017 é inconstitucional e ilegal, devendo ser imediatamente anulado.

4.4 Condicionante XVII – Vedação de Ampliação e sua Incompatibilidade com o Regime Jurídico dos Direitos Originários dos Índios sobre suas Terras

(xvii): É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada.

108. Ao contrário da posição expressada pelo parecer normativo 001/2017, o STF, no caso “Raposa Serra do Sol” (Pet. 3388), não vedou, após a Constituição Federal de 1988, outras demarcações e revisões que fossem necessárias. Tendo-se por base análise vertical do *leading case* (aprofundando o seu inteiro teor, inclusive, das discussões travadas

na sessão), verifica-se interessante passagem e significativa do porquê do voto do Min. Menezes Direito, ponderando a condicionante em questão. Naquela oportunidade, disse o saudoso Ministro:

Eu queria aduzir uma ponderação que me parece relevante. É que, **uma vez feita a demarcação, pode ocorrer – e, veja que quando nós definimos o critério da demarcação, pelo menos, na maioria dos votos que foram proferidos na Suprema Corte, consideramos possível e até compatível com a Constituição Federal**, e o Ministro **Gilmar Mendes** chamou a atenção para esse aspecto, que Vossa Excelência já havia chamado anteriormente, **a demarcação contínua**. O que significa que, necessariamente, se tem de utilizar o critério dos ciclos concêntricos, porque a agricultura indígena é a agricultura da coivara. **Então, nós temos de admitir extensões maiores, por mais que elas possam aqui, ali e acolá ser assustadoras, temos de admitir a possibilidade dessas extensões serem maiores do que, à primeira vista, poderia ser necessário.**

Com isso, se amplia positivamente a possibilidade da demarcação. Agora, **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 (fls. 851/852 do Acórdão).

109. Como visto, o processo de demarcação de terras indígenas tem natureza declaratória, de modo que eventual vício no seu trâmite constitui mera irregularidade que não enseja qualquer nulidade no procedimento que reconhece a terra como de ocupação tradicional dos índios.

110. Por tal razão, o regime jurídico da decadência administrativa, previsto na lei nº 9.784/99 não se aplica aos direitos originários dos índios, **tendo em vista que estes decorrem diretamente da Constituição.**

111. Ademais, a noção de decadência e, conseqüentemente, de vedação de ampliação, não faz sentido quando se trate de demarcação que não tenha transcorrido ***conformidade com o marco legal da Constituição de 1988 e com o Decreto nº 1.775/96***, pois a partir de então haverá estudo destinado a identificar a terra *tradicionalmente ocupada* nos termos da Constituição de 1988, assim entendida as áreas “por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (§ 1º do art. 231 da Constituição).

112. Ora, com o início da vigência de 1988, há que se garantir que a demarcação se dê em conformidade com o novo marco constitucional, sendo totalmente desarrazoada a tentativa de se aplicar o prazo de 5 anos, previsto na Lei nº 9.784/99, de índole

infraconstitucional, com objetivo de neutralizar a eficácia de norma constitucional constitutiva de direito fundamental. O Supremo Tribunal Federal, em situações similares, tem rejeitado reiteradamente a tentativa de aplicar Lei nº 9.784/99:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. INGRESSO. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, § 3º, DA CRFB/88. **NORMA AUTOAPLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. OFENSA DIRETA À CARTA MAGNA. SEGURANÇA DENEGADA.**

(...)

4. In casu, a situação de flagrante inconstitucionalidade não pode ser amparada em razão do decurso do tempo ou da existência de leis locais que, supostamente, agasalham a pretensão de perpetuação do ilícito. 5. **A inconstitucionalidade prima facie evidente impede que se consolide o ato administrativo acoimado desse gravoso vício em função da decadência.** Precedentes: MS 28.371 AgR/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 27.02.2013; MS 28.273 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 21.02.2013; MS 28.279, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 29.04.2011.

6. Consectariamente, a edição de leis de ocasião para a preservação de situações notoriamente inconstitucionais, ainda que subsistam por longo período de tempo, não ostentam o caráter de base da confiança a legitimar a incidência do princípio da proteção da confiança e, muito menos, terão o condão de restringir o poder da Administração de rever seus atos.

7. **A redução da eficácia normativa do texto constitucional, insita na aplicação do diploma legal, e a consequente superação do vício pelo decurso do prazo decadencial,** permitindo, por via reflexa, o ingresso na atividade notarial e registral sem a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, **traduz-se na perpetuação de ato manifestamente inconstitucional, mercê de sinalizar a possibilidade juridicamente impensável de normas infraconstitucionais normatizarem mandamentos constitucionais autônomos, autoaplicáveis. (...)** (Grifou-se)⁴⁵

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS**

⁴⁵ STF, MS 26860, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJE 23/09/2014.

REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE SERVENTIA APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável.

(...)

5. **Situações flagrantemente inconstitucionais** como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público **não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.**

6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (Recursos Extraordinários 182.641/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 15.3.1996; 191.794/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 06.3.1998; 252.313-AgR/SP, rel. Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 02.6.2006; 302.739-AgR/RS, rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 26.4.2002; 335.286/SC, rel. Min. Carlos Britto, DJ 15.6.2004; 378.347/MG, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 29.4.2005; 383.408-AgR/MG, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 19.12.2003; 413.082-AgR/SP, rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 05.5.2006; e 566.314/GO, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.12.2007; Agravo de Instrumento 654.228-AgR/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 18.4.2008). (...) (Grifou-se)⁴⁶

113. *Ad argumentadum tantum*, outro ponto a se destacar é a inadmissível tentativa de ***conferir eficácia retroativa à norma prevista na Lei nº 9.784/99, pois, além da inconstitucionalidade de tal interpretação, por violação ao direito fundamental às terras indígenas, violaria também a segurança jurídica.*** Tendo entrado em vigor o referido diploma normativo em 25 de janeiro de 1999, somente a partir de então poder-se-ia cogitar o termo *a quo* do prazo quinquenal nele previsto, de modo que se findaria **em 25 de janeiro de 2004.**

114. Tal noção conflita inclusive com a jurisprudência de muito consolidada no sentido de que a norma contida no art. 67 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias é meramente programática, não havendo caráter decadencial no prazo quinquenal ali estabelecido.⁴⁷ Ora, seria absolutamente incoerente entender há efeito decadencial em

⁴⁶ STF, MS 28.279, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 29/04/2011.

⁴⁷ Entre tantos outros, RMS 26.212/DF.

norma de caráter infraconstitucional quando dispositivo de igual teor constante do bloco de constitucionalidade não o tem.

115. Da leitura da ponderação supra, denota-se que o objetivo do Caso Raposa Serra do Sol foi tornar a vedação à demarcação ampliativa uma regra ordinária e como **exceção a possibilidade de ampliação, quando não tivessem sido obedecidos os preceitos da Constituição Federal de 1988, independentemente da data.**

116. Na contramão do princípio da proibição ao retrocesso social, consagrado em temas de direitos humanos, essa condição sob análise instituiu uma espécie de “proibição do avanço” em matéria de proteção do direito das populações indígenas às suas terras.

117. É certo que muitas vezes as demarcações contêm erros ou vícios, que podem desfavorecer as populações indígenas. A condição, da forma como está redigida, impediria a correção destes vícios, sempre que dela resultasse ampliação de terras indígenas. Além de conflitar com o caráter declaratório da demarcação de terras indígenas, tais condicionantes geram o direito de se beneficiar indevidamente decorrente de um erro administrativo.

118. No julgamento da ACO 312, de 2012, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou que a mera delimitação ou destinação de terras indígenas sem efetivação do processo demarcatório não representa óbice ao procedimento de demarcação de terras indígenas nos termos previstos do art. 231 da Constituição e do Decreto nº 1.775/96, *verbis*:

(...) a delimitação, ainda que sem o aperfeiçoamento formal do processo demarcatório, pela ausência de sua homologação, não pode ser óbice ao reconhecimento das terras indígenas, sobre elas incidindo a impossibilidade de se ter por válidos atos jurídicos firmados por particulares com o Estado da Bahia. (...) Mas não é possível desconsiderar o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as terras ocupadas pelos índios certamente não eram devolutas, não havendo falar, portanto, de sua integração ao patrimônio dos Estados. O que anoto é que, sem o aperfeiçoamento do processo demarcatório pela ausência da homologação, situação antes mencionada, a incidência da proteção constitucional depende da comprovação fática da caracterização de determinada área como habitat de certa etnia.”(ACO n. 312, Relator Ministro Eros Grau, Pleno, Dje 21.3.2013).

119. Também nesse sentido, insta mencionar que o próprio Relator dos Embargos de Declaração na PET 3.388, o Min. Roberto Barroso, assim se posicionou expressamente:

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 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 percuente 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.

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 em caráter geral, Sua Excelência explicitamente observou que estava “de pleno acordo” com sua aplicação ao caso concreto decidido pelo Tribunal (fl. 848). (Grifamos).

120. Portanto, o entendimento estabelecido na Pet. 3.388 não impede a demarcação em consonância com o art. 231 da Constituição quando haja prévia delimitação, anterior e posterior de 5 de outubro de 1988, que não assegurasse aos índios as terras tradicionalmente ocupadas. Afinal, nesta hipótese nunca houve demarcação efetiva do território tradicional. Demonstra-se, assim, que a aplicação da literalidade da condicionante XIX não possui amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, eivando o Parecer Normativo 001/2017 da AGU de inconstitucionalidade, razão pela qual deve ser imediatamente anulado o ato.

4.5 Da Aplicação da Teoria das Capacidades Institucionais às Demarcações de Terras Indígenas

121. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme visto, é pacífica no sentido de que a demarcação de terras indígenas deve respeitar a *metodologia propriamente antropológica*. Nesse sentido, quando o caso exija *expertise* na área, a teoria das *capacidades institucionais*⁴⁸ recomenda aos profissionais do Direito e especialmente ao Poder Judiciário a devida autocontenção no avanço sobre revisão de tais matérias. Conforme voto do Ministro Roberto Barroso, no julgamento multicitado das ACOs nº 362 e 366:

Por fim e último plano que me parece importante, Presidente, que é o plano da interpretação constitucional, da metodologia da interpretação constitucional, que diz respeito a uma categoria que a teoria constitucional tem denominado de capacidades institucionais. Embora o Judiciário tenha a competência formal para dar a última palavra sempre que se estabeleça um conflito de interesses judicializado, o fato de ter a competência para dar a última palavra não significa que ele deva dar a última palavra quanto ao mérito que esteja sendo discutido. Quer dizer, nem sempre o Judiciário será o árbitro mais qualificado para deliberar acerca de determinadas matérias, sobretudo as questões político-administrativas que têm uma dimensão

⁴⁸ SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. In: Michigan Law Review, vol. 101, pp. 885-951, fev. 2003

técnica especializada muito relevante, como acho que é o caso aqui em discussão. Portanto, temas como demarcação de terras indígenas, transposição de rios e outros temas que exigem uma expertise diferente daqueles que foram a uma faculdade de Direito, eu acho que o que nós devemos zelar é pelo cumprimento do devido processo legal e assegurar que todas as pessoas com legítimo interesse tenham sido ouvidas e participado da discussão, apresentando as suas razões. Mas o mérito da decisão técnica, antropológica, de uma questão que envolve expertise em formação e tradições indígenas, verdadeiramente, penso que refoge ao tipo de formação que o Judiciário tem. Portanto, acho que, nestas matérias, a melhor postura é uma postura de autocontenção, de deferência para com o ato político praticado pelo Poder competente com base no laudo técnico elaborado, no caso específico, o decreto que criou o parque.”

122. Também, no mesmo julgamento, o Min. Ricardo Lewandowski voltou a propugnar a necessidade de que os estudos de identificação das terras só sejam revistos mediante robusta prova técnica de mesma natureza:

Não raro, diria, até muito comum, serem os laudos antropológicos desqualificados, imputando-lhes a característica de que são mera literatura. Reafirmo aqui - e, aliás, ontem, essa minha convicção foi fortalecida pela presença de duas eminentes professoras da Universidade de Brasília, que lidavam com a questão indígena, que são antropólogas por profissão, e que me convenceram mais uma vez, e nem precisariam, porque tenho também uma formação em Ciências Sociais e dediquei dois anos da minha vida ao estudo da antropologia, primeiro física, depois, cultural - e afirmar que a Antropologia é, sim, uma ciência. É uma Ciência porque tem método próprio, um objeto específico e baseia suas conclusões em dados empíricos. Ao nos debruçarmos sobre estes laudos antropológicos, que integram esses dois feitos, verificamos que são dados antropológicos elaborados segundo os cânones científicos, porque estão fundados em documentos, mapas e provas testemunhais. Portanto, são laudos, do ponto de vista técnico, absolutamente impecáveis -, aliás, foram realizados por determinação de Vossa Excelência, em boa hora, Ministro Marco Aurélio - e que a meu ver, resolvem a controvérsia fática, como disse o eminente Procurador-Geral da República, de maneira absolutamente definitiva.

123. Nesse sentido, pelo Parecer Normativo 001/2017, a Advocacia-Geral da União busca impor sua visão estritamente jurídica a outros órgãos da Administração Federal que possuem responsabilidade técnica científica de outras áreas, como é o caso da FUNAI. A situação é ainda mais grave porque, como exaustivamente demonstrado no curso da presente Nota Técnica, vincula a Administração a várias premissas que nunca chegaram a ser objeto de análise aprofundada pelo Supremo Tribunal Federal ou mesmo pela AGU, que se limita a transcrever as condicionantes do Caso Raposa Serra do Sol.

124. Por essa razão também é imperativa a imediata anulação do parecer.

5. Do Vício Formal do Parecer – Violação aos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes

125. Como sobejamente demonstrado, o Parecer Normativo 001/2017 da Advocacia-Geral da União, ao contrário que alega, não se ampara em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Na verdade, além de se fundamentar em precedentes isolados, constituídos a partir das particularidades do caso concreto, ele em si afronta decisões reiteradas do próprio Tribunal Excelso, o que é suficiente para demonstrar a ausência de suportes constitucional e infraconstitucional.

126. Ao inovar no mundo jurídico, o ato incide em inconstitucionalidade formal, mediante manifesta usurpação de função típica do Congresso Nacional. Ante as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as condicionantes só se aplicam ao caso Raposa Serra do Sol, o parecer normativo se propõe a criar obrigações e suprimir garantia e direitos da União e dos índios, violando frontalmente Constituição (art. 22, XIV c/c art. 44).

127. O princípio da legalidade, decorrência lógica do Estado Democrático de Direito e previsto expressamente na Constituição (art. 5º, I, e art. 37), impõe o dever de o Estado agir sempre autorizado e balizado pelo bloco de legalidade, com especial destaque para as previsões normativas contidas no texto constitucional. Conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, "inovar significa introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada" (...) "que aquele específico direito, dever, obrigação ou limitação incidentes sobre alguém não estavam instituídos e identificados na lei regulamentada"⁴⁹.

128. Percebe-se que o que buscou efetivamente fazer a Advocacia-Geral da União – e, de resto, também a Presidência da República, que aprovou o parecer – foi editar ato normativo geral e abstrato não amparado na legislação, com isso exorbitando manifestamente os limites próprios de atuação.

129. Tendo ficado claro que o Supremo, por reiteradas vezes, já havia declarado a ausência de efeitos vinculantes do Caso Raposa Serra do Sol, resta evidente que o parecer normativo extrapola os limites interpretativos, e se arvora em atividade legiferante típica, em clara violação ao princípio da legalidade, à competência do Poder Legislativo e à separação de poderes.

130. Assim, também em razão desse fundamento, é inconstitucional o ato,

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Ato Administrativo e direito administrado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 98.

por violação aos arts. 5º, II; 22, XIV; e 44 da Constituição da República, devendo ser imediatamente anulado.

6. Da Violação aos Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo

Legal

6.1 Em Face da União

131. O parecer normativo também é inconstitucional por violar os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal da União, da FUNAI e dos povos indígenas, garantidos expressamente no art. 5º, LV, da Constituição da República.

132. À Advocacia-Geral da União, função essencial à justiça, a Constituição atribuiu o elevado mister de defesa, judicial e extrajudicial, da administração direta e indireta da União (art. 131 da CR/88). Dada a relevância de suas funções, a Lei Complementar nº 73/93 estabeleceu diversas prerrogativas e buscou estruturar, em cumprimento à Constituição, um órgão competente e sólido.

133. Especificamente quanto às demarcações de terras indígenas, nesses 25 anos de vigência da Lei Orgânica da AGU, o Ministério Público Federal tem sido testemunha de um combativo órgão, que sempre defendeu (e defende), com zelo e eficiência, a União, a FUNAI e os direitos dos índios. Seja na esfera judicial, seja na extrajudicial, a Advocacia-Geral da União, por meio de competentes e diligentes Advogados da União e Procuradores Federais, tem protegido o patrimônio público (as terras indígenas) e impedido o ilegítimo esbulho por particulares.

134. Não obstante, o Parecer Normativo 001/2017 representa um ponto definitivamente fora da curva dessa história de responsabilidade institucional. Ao contrário do particular, que pode eleger livremente seu advogado para defender seus direitos em juízo, a Constituição estabeleceu que a União teria sua representação exercida pela Advocacia-Geral da União. Tendo em vista esse monopólio da defesa jurídica, o parecer, ao impedir o manejo de instrumentos e recursos cabíveis para defesa das demarcações de terras indígenas, viola gravemente o direito ao contraditório, à ampla defesa e também ao interesse público, constituindo-se renúncia inaceitável de direitos e patrimônio.

135. Conforme ensinam Marinoni e Mitidiero,

O direito ao contraditório rege todo e qualquer processo: pouco importa se jurisdicional ou não. A Constituição é expressa, aliás, em reconhecer a necessidade de contraditório no *processo administrativo*. Existindo possibilidade de advir para alguém decisão desfavorável, que afete negativamente sua esfera jurídica, o contraditório é direito que se impõe sob pena de solapado da parte seu direito ao

processo justo: desde o *processo penal* até o processo que visa ao *julgamento de contas por prefeito municipal* ou àquele que visa à imposição de *sanção disciplinar à parlamentar* deve ser realizado em contraditório, sob pena de nulidade. *Não há processo sem contraditório.*⁵⁰

136. Em contraposição a isso, o parecer, ao se classificar como vinculante, teria o condão de impedir que um membro da AGU defendesse adequadamente a União e a FUNAI, mesmo quando tivesse ao seu dispor uma infinidade de argumentos instrumentais jurídicos, inclusive jurisprudência favorável.

137. Viola-se, ainda, mais diretamente a ampla defesa, na medida em que se quebra a paridade de armas. Enquanto eventual particular disporá de toda sorte de instrumentos e argumentos para litigar com a União, esta terá a sua amplitude de defesa (e obviamente de recurso) ilegitimamente restringida.

138. O próprio caso Limão Verde, ARE 803.462, (utilizado com base argumentativa do Parecer Normativo 001/2017) é muito ilustrativo desta renúncia de vias legais aptas à proteção do patrimônio público federal. Nele, como visto, o Supremo Tribunal Federal, por meio da 2ª Turma e por decisão da maioria de sua composição (3 Ministros), decidiu por anular parte da demarcação da terra indígena Limão Verde.

139. O caso ainda não foi acobertado pela coisa julgada e há enormes chances de ser revertido pelo plenário da Suprema Corte, pois as incongruências expostas acima demonstram que o caso é absolutamente isolado e não encontra qualquer ressonância na jurisprudência do Supremo.

140. Apesar de toda chance de êxito em eventual interposição de recurso, a Procuradoria-Geral Federal, intimada em 27/09/2017, e a Advocacia-Geral da União, intimada em 10/11/2017, devolveram os autos sem qualquer interposição de recurso, provavelmente com receio de eventuais reprimendas por possível violação ao parecer, provocando o risco de a decisão transitar em julgado de forma antecipada.

141. O absurdo salta aos olhos: a tentativa, temerária e precipitada, de produzir efeitos vinculantes de uma tese minoritária, ainda sob discussão e amadurecimento, termina por impedir a utilização de instrumentos de defesa, ocasionando o trânsito do próprio caso. A suposta causa (o fundamento do parecer) se torna efeito – o Caso Limão Verde, utilizado como base para construção do parecer, é, agora, afetado pela ausência de recursos. Isso, por si só, é suficiente para demonstrar que não há jurisprudência consolidada de que o parecer busca aplicar efeitos de forma prematura tal entendimento.⁵¹

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

⁵¹ Andamento disponível no seguinte link: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4548671>. A consulta sobre eventuais petições protocolizadas apresenta como último peticionamento em 26/07/2017, isto é,

6.2 Em Face da Fundação Nacional do Índio

142. No caso da agência indigenista, o ataque ao contraditório e à ampla defesa é ainda mais grave. É que, constituindo-se como Fundação Pública, a FUNAI não é subordinada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, tampouco à Advocacia-Geral da União. Uma das principais características das autarquias e das fundações autárquicas, ao lado da submissão ao regime jurídico de direito público, é a ***inexistência de hierarquia*** entre elas e o respectivo Ministério a que estão vinculadas.

143. A relação é de ***vinculação***, e não ***subordinação***, razão pela qual as decisões técnicas tomadas no âmbito da FUNAI não podem ser objeto de revisão política pelo Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública ou mesmo pelo Presidente da República. Com isso, afastam-se ingerências políticas em questões estritamente técnicas e que se referem a direitos fundamentais, como é o caso da demarcação de terras indígenas.

144. Nesse sentido, conforme prevê o art. 25 do Decreto-Lei nº 200/67, os mecanismos de controle de legalidade se dão por ***supervisão ministerial***. Objetiva-se, assim, assegurar, segundo o próprio dispositivo: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

145. O art. 1º da Lei nº 5.371/67, por sua vez, prevê, dentre outras finalidades da Fundação Nacional do Índio, “***a garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas utilidades nela existentes***”. A leitura do dispositivo sob uma filtragem da Constituição vigente impõe o dever – face ao qual não cabe transigir, pois referente a direito fundamental – de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

146. No mesmo sentido, o art. 2º do Decreto nº 9.010/17 estabelece que a FUNAI tem por finalidade a garantia “***ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes***”, ao passo que o art. 4º do referido decreto prevê que a Fundação “***promoverá estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas***”.

147. A despeito disso, o parecer normativo 001/2017 afeta diretamente a atividade da FUNAI, pois impõe à Fundação, de forma vinculante, diversos requisitos que não se extraem diretamente da Lei ou da Constituição. Para além disso, uma vez judicializada a

antes da intimação da AGU, do que se deduz que não houve recurso.

matéria, a FUNAI não terá garantido o exercício do contraditório e à ampla defesa, pois a Procuradoria Federal se verá obrigada a seguir o entendimento do parecer. A desigualdade processual é flagrante: de um lado, o particular litigante poderá escolher livremente os melhores advogados para exercício de sua defesa; de outro, a FUNAI, embora disponha de um dos mais competentes quadros técnico-jurídicos, terá que admitir que o órgão responsável pela sua representação não poderá manejar todos os instrumentos e fundamentos jurídicos que tivesse a seu dispor.

6.3 Em Face dos Índios

148. O Parecer Normativo 001/2017 da AGU termina por afetar também o direito ao contraditório e à ampla defesa dos índios. De acordo com o art. 2º da Lei nº 6001/73, é dever da União proteger as comunidades indígenas, garantindo-lhes o usufruto exclusivo de suas terras.

149. Nesse sentido, a Lei n.º 9.028/95, em seu art. 11, § 6º, dispôs que a “Procuradoria-Geral da Fundação do Índio permanece responsável pelas atividades judiciais que, de interesse individual ou coletivo dos índios, não se confundam com a representação judicial da União”, ao passo que o § 7º determina que “na hipótese de coexistirem, em determinada ação, interesses da União e de Índios, a Procuradoria-Geral da Fundação Nacional do Índio ingressará no feito juntamente com a Procuradoria da Advocacia-Geral da União”. Em âmbito infralegal, o recém editado Decreto nº 9010/2017 estabelece expressamente que compete à FUNAI prestar assistência jurídica aos povos indígenas (art. 3º).

150. Em razão de todo esse arcabouço normativo, não há dúvidas de que compete à FUNAI, por meio da Procuradoria Federal Especializada (PFE-FUNAI), zelar pelos direitos ao contraditório e à ampla defesa dos índios, seja em representação direta, quando o índio ou a comunidade estejam em juízo, seja quando, em seu regular exercício da representação judicial da FUNAI, os impactos de eventual sucumbência afetem os direitos dos povos indígenas

151. Assim, o impedimento de que a FUNAI, por meio da Procuradoria Federal Especializada e, de modo geral, pela Procuradoria Federal, exerça o direito de defesa, vilipendia o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal dos índios. É importante que se ressalte que, na maioria dos processos judiciais, não é admitida a participação direta dos índios, por meio de seus advogados próprios, de modo que, uma vez renunciada a defesa pela Advocacia-Geral da União, seus direitos estarão absolutamente sem defesa.

152. Tal cenário fica muito claro quando se percebe que nenhum dos três casos pós-Raposa Serra do Sol citados no parecer normativo contou com a participação das comunidades diretamente envolvidas. Tal direito foi negado expressamente pelo então Ministro Relator, Teori Zavaski no Caso Limão Verde, que, em 24 de abril de 2015, ao apreciar o pedido de declaração de nulidade em razão da falta de participação da Comunidade Terena, assim decidiu:

a Comunidade Terena não goza da qualidade de parte no presente processo, uma vez que, em momento algum, requereu seu ingresso na lide, não tendo, portanto, legitimidade para pleitear o reconhecimento de nulidade no processo.

E prossegue Sua Excelência:

*Registre-se que a Comunidade Terena não logrou êxito em demonstrar qualquer prejuízo decorrente de sua não participação no processo, sendo certo que (a) integrou o polo passivo da demanda a FUNAI – órgão a quem cabe “a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas” (art. 35 da Lei 6.001/73) – e (b) a causa foi acompanhada em todas as instâncias pelo Ministério Público Federal. **É de salientar que ambos os órgãos interpuuseram recursos em favor da Comunidade Terena.** (Grifou-se)*

153. A decisão julga desnecessária a participação da comunidade na relação processual justamente porque a FUNAI integrou o polo passivo da ação, tendo o Ministério Público Federal acompanhado o feito na qualidade de *custos legis*. Salienta, ao fim, que todos recorreram das decisões favoráveis.

154. A situação mudou após a edição Parecer Normativo 001/2017. Além de as comunidades não participarem diretamente do processo, já não têm a garantia de que a FUNAI, e também a União, utilizarão de todos os recursos e instrumentos de defesa disponível. Foi o que ocorreu no mesmo caso Limão Verde (ARE 803462), em que a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral Federal deixaram de interpor recurso em face da decisão colegiada da 2ª Turma.

155. Partindo da própria decisão do Ministro, haveria que se declarar, agora, a nulidade do processo, uma vez que os órgãos responsáveis não manejaram os recursos devidos e os índios sequer foram autorizados a se defender.

156. Embora o cenário de futura colegiada do Plenário do Supremo Tribunal Federal indicasse grandes chances de êxito no provimento do recurso, preferiram aplicar o parecer normativo 001/2017, em prejuízo dos direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao

devido processo legal dos índios Terena, que correm o risco de verem a integridade de seu território prejudicada sem poderem se defender.

157. Registre-se que não se pode concordar com a tese adotada Ministro Relator do Caso Limão Verde citada acima, no sentido de que é dispensável a citação direta da comunidade, uma vez que conflita com a Constituição da República, que rompeu com o regime tutelar dos índios, e mais especificamente com o art. 232, que reconheceu expressamente a legitimidade dos índios, suas comunidades e organizações para ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

158. Todavia, fato é que vários julgados ainda fazem referência acrítica ao Estatuto do Índio, que atribui a tutela dos índios à União, de modo que a defesa dos índios seja exercida exclusivamente pela FUNAI. A violação ao contraditório e à ampla defesa, além do próprio devido processo legal, é manifesta em um cenário que, embora os efeitos mais nefastos de uma anulação de terra indígena sejam em face dos próprios índios, os únicos réus (União e FUNAI), pelo parecer normativo 001/2017, estão obrigados a não exercerem o direito de defesa.

159. Não restam dúvidas que também por essa ótica, o parecer normativo 001/2017 é inconstitucional, pois a Advocacia-Geral da União termina por agir exclusivamente em prejuízo dos interesses que deveria proteger, deixando a União, a FUNAI e, principalmente, os índios sem defesa processual.

7. Do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e dos Bens Da União

160. Conforme estabelece o art. 20, XI, c/c 231, § 6º, ambos da Constituição da República, as terras indígenas são bens públicos da União, sendo nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais terras.

161. Assim, o reconhecimento das as terras indígenas implica regime jurídico próprio, enquanto bens da União que são, especialmente as características da inalienabilidade e, “como decorrência desta, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade,”⁵², conforme previsto no próprio art. 231 da Constituição e do art. 100 do Código Civil.

162. Dessa forma, a falta de defesa da União em processos que discutam terras indígenas termina por violar esse regime jurídico supra explicitado e implica renúncia de bem público, em prejuízo aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Atlas, Ed. 23. pags. 676 e 677.

163. É que, conforme ensina o professor José dos Santos Carvalho Filho⁵³, os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes, cabendo-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. A administração atua em nome de terceiro, não podendo se furtar à defesa intransigente de tais bens.

164. No mesmo sentido, acerca da impossibilidade de a Fazenda Pública declinar de exercer a defesa de seus atos e do patrimônio público, ensina Leonardo Carneiro da Cunha:

A Fazenda Pública revela-se como fautor do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tornado jargão próprio afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.⁵⁴

165. Daí, por não se tratar de direito próprio, torna-se totalmente inadmissível que a União, por meio de seus agentes, renuncie à utilização de qualquer dos instrumentos a ela disponíveis para defesa de seu patrimônio, seja no âmbito judicial, seja no âmbito administrativo. O caso é ainda mais grave porque implica, a um só tempo, renúncia a bem público e também violação a direito fundamental, dado o seu caráter de bem público de uso especial destinado a assegurar a reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos, costumes e tradições.

8. Da Ausência de Consulta aos Povos Indígenas

166. A Convenção 169 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.051/2004, possui natureza de ato normativo supralegal, tendo em vista tratar-se de Tratado Internacional de Direitos Humanos, conforme decisão proferida no Recurso Extraordinário 466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal.

167. Conforme arts. 6º e 7º do referido tratado:

Artigo 6º

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

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 23 ed. Pg. 37

⁵⁴ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13 ed. Forense: 2016, p. 32.

previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

(...)

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

Artigo 7º

1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

168. Verifica-se, assim, que a adoção de medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetar diretamente os povos indígenas depende de consulta livre, prévia e informada, de modo que eventual descumprimento das suas determinações pode gerar a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro.

169. O direito à consulta também se encontra previsto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, *in verbis*:

Artigo 19

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

170. Por ela, além de se exigir a boa-fé para aplicação de medidas legislativas que afetem os povos indígenas, há o registro expresso de que o consentimento deve ser livre, prévio e informado.

171. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, reconheceu a incorporação da Convenção 169 da OIT ao Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, nos precedentes *Pueblo Samamaka v. Suriname* (2007) e *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador* (2012).

172. Na referida sentença do Caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador*, de 27 de junho de 2012, a Corte Internacional de Direitos Humanos definiu, inclusive, *standards* para se avaliar se determinada medida governamental observou ou não o requisito da consulta às populações afetadas. São eles: a consulta deve ser realizada em caráter prévio; a consulta deve ser feita de boa fé e com o objetivo de se chegar a um acordo; a consulta deve ser adequada e acessível; os Estudos de Impacto Ambiental devem ser realizados em cooperação com os povos afetados; a consulta deve ser informada.

173. Assim sendo, o parecer normativo constitui-se, na prática, ato normativo, que não se limita a interpretar a jurisprudência, mas gera um efeito evidentemente novo, que é a **própria aplicação com força obrigatória** à Administração Pública Federal, efeito novo e não decorrente da decisão do STF na Pet. 3.388. Diante desse grave impacto sobre os direitos dos povos indígenas, o desrespeito ao direito de consulta, nos termos do art. 6º da Convenção 169, **é causa de nulidade do parecer normativo, devendo ser, também por este motivo, imediatamente declarado inválido.**

174. Ademais, é importante que seja rechaçada a inadmissível argumentação de que o Parecer Normativo 001/2017 dispensaria o cumprimento da Convenção 169 da OIT pelo fato de a Pet. 3.388 ter transcorrido com a “participação das comunidades indígenas”. Ora, além de a consulta não guardar qualquer similitude com “participação” em processos judiciais, naquela oportunidade foram ouvidas, *após o fim da instrução processual*, poucas comunidades da própria Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

175. Não é demais dizer que a Convenção 169 da OIT exige a consulta “aos povos diretamente afetados” e, diferentemente da Pet. 3.388, em que se discutiam apenas os direitos dos grupos da terra indígena Raposa Serra do Sol, o Parecer Normativo 001/2017 da AGU afeta os direitos de todos os povos indígenas do Brasil.

176. Não bastasse, a consulta exige que se dê forma livre, prévia e ***informada***. Para ser informada, o objeto consultado deve ser perfeitamente identificado. Sequer no caso Raposa Serra do Sol havia clareza quanto à possibilidade de estabelecimento

de condicionantes e os índios não foram consultados sobre cada uma delas ou mesmo sobre a tese do marco temporal.

177. Tampouco procede a vazia argumentação de que o direito de consulta “não é absoluto” para simplesmente vilipendiá-lo, fazendo analogia a questões de segurança nacional. A transcrição de trecho do Min. Roberto Barroso para justificar o descumprimento do direito de Consulta aos índios é prova maior da deliberada intenção de descumprir a Convenção nº 169 da OIT. Diferentemente do que disse o Ministro Barroso⁵⁵, os índios nunca foram “ouvidos e seus interesses honesta e seriamente considerados” para emissão do parecer normativo, que atribuiu efeito vinculante às condicionantes sem que o próprio Supremo Tribunal Federal tivesse assim entendido.

178. O parecer normativo foi publicado sem qualquer possibilidade de participação dos indígenas, que foram absolutamente surpreendidos. Embora os índios não tenham sido consultados para edição do parecer normativo que afronta os seus direitos, o documento, segundo afirmou o Deputado Luís Carlos Heinze (PP/RS), foi objeto de prévia discussão com a Frente Parlamentar da Agropecuária, que chegou a anunciar o seu conteúdo antes mesmo da publicação.⁵⁶ Ou seja, a surpresa era apenas em face do titular do direito e a quem é resguardado o direito de consulta; os terceiros interessados e beneficiados, por sua vez, foram, pelo menos, informados.

179. Descumprida o direito de consulta enquanto pressuposto de validade de qualquer ato que impacte diretamente os direitos dos índios, é de se reconhecer afronta ao texto da Convenção nº 169 da OIT e também da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, pelo que é inválido o parecer normativo 001/2017, sendo necessária a sua imediata anulação.

9. Do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Possibilidade de Responsabilidade Internacional do Brasil

180. Os direitos dos povos indígenas estão consolidados em diversos instrumentos internacionais, especialmente na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho⁵⁷, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos

⁵⁵ Voto no julgamento da PET-ED 3.388.

⁵⁶ <http://deputadoheinze.com.br/index.php/imprensa-top/noticias/2458-terras-indigenas-publicacao-de-portaria-impedira-demarcacoes-fraudulentas>

⁵⁷ Artigo 13 - 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14 - 1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por

Indígenas⁵⁸ e na Declaração Americana sobre os Direitos dos povos Indígenas⁵⁹. Todos esses diplomas estão repletos de dispositivos que asseguram expressamente os direitos dos índios sobre suas terras, de modo que eventual restrição de tais direitos pelo Estado brasileiro, significaria afronta ao direito internacional dos direitos humanos e acarretaria sérios riscos de responsabilização na esfera internacional.

181. Consoante dos referidos diplomas internacionais, é dever do Estado garantir os direitos dos índios sobre suas terras, além de proteger essas áreas de qualquer tentativa de esbulho de terceiros, punindo, independente do tempo, a intrusão de terceiros em terras indígenas. Em sentido contrário, o parecer normativo 001/2017 busca legitimar situações de fato, que na sua origem foram efetivadas mediante remoção de índios e esbulho de suas terras.

182. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar justamente nesse sentido, declarando que o direito dos índios à reivindicação de seus territórios deve ser garantido e respeitado, pois baseados no vínculo cultural existente, que persiste mesmo diante de a existência de títulos privados de terceiros. No caso do Povo

eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes. 2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. 3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 16 - 1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser trasladados das terras que ocupam. 2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados. 3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

Artigo 18 - A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

⁵⁸**Artículo XXV.** *Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos* - 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. 5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

⁵⁹ 6. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

Kaliña e Lokono Vs. Suriname, a CIDH declarou o dever do Estado delimitar, demarcar, titular e garantir o uso e gozo do território coletivo.⁶⁰

183. Também se contrapondo frontalmente à tese de um “marco temporal em 1988”, no Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, a Corte Interamericana já decidiu no sentido de que a relação de identidade existente entre os índios e as suas terras garante o direito de recuperação dos seus territórios, independentemente de prazo, enquanto perdurarem os laços espirituais e culturais.

184. Portanto, o entendimento já consolidado pela CIDH exige que o Estado brasileiro busque garantir os territórios, inclusive mediante retorno para aqueles que tenham sido objeto de esbulhos pelo próprio Estado ou por particulares. O Parecer Normativo 001/2017 da AGU, na contramão de tal dever, a título de garantir “segurança jurídica”, busca consolidar situação de fato ilegal em prejuízo do próprio titular de direito.

185. Ainda nesta semana, comprovando a gravidade da permanência de tal situação, *foi publicada a primeira condenação do Brasil perante a corte Interamericana de Direitos Humanos*, no Caso Xucuru Vs. Brasil.⁶¹ Na oportunidade, entre outros pontos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou o Brasil responsável pela violação da garantia da duração razoável do processo, à proteção judicial à propriedade coletiva da terra e condenou o Estado brasileiro à obrigação de pagar 1 milhão de dólares à comunidade.

186. No mesmo sentido, recentemente a Relatora Especial das Nações Unidas para povos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, realizou missão ao país, oportunidade em que rechaçou expressamente a possibilidade de se estabelecer condições restritivas aos índios para o usufruto de seus territórios, especialmente um suposto marco temporal.

187. Ainda nesse contexto, no processo de Revisão Periódica Universal do Brasil nas Nações Unidas (ONU), a necessidade de fortalecimento dos direitos dos índios, sobretudo no que concerne à garantia de seus territórios e dos recursos naturais neles existentes, foi objeto de diversas recomendações do Conselho de Direitos Humanos da ONU.

188. Portanto, o Parecer Normativo 001/2017 da AGU, portanto, ignora todo esse panorama internacional, que impõe ao Estado brasileiro o dever de demarcar, respeitar e proteger as terras indígenas, e age em prejuízo dos direitos e interesses dos índios e da própria União. A ilegalidade (inconvencionalidade) também no que tange às normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos demonstra a imperativa necessidade de imediata anulação do Parecer Normativo 001/2017, sob pena de persistir situação de inconvencionalidade que expõe o Brasil a riscos de responsabilização internacional.

⁶⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

⁶¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_346_esp.pdf

11. Conclusão

Ante o exposto, não restam dúvidas de que, apesar de se escudar em uma suposta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se comprovou não existir, o Governo brasileiro se utiliza de artifícios para sonegar os direitos dos índios aos seus territórios, estratégia que também foi utilizada para suspender as titulações de territórios quilombolas⁶², colocando em risco inúmeros povos que dependem de seus territórios para manutenção de sua vida e sua reprodução física e cultural.

189. Assim, os argumentos ali engendrados sem respaldo do Poder Judiciário terminam por expressar uma ação deliberada de negativa de direitos consagrados na Constituição da República, no Direito Internacional dos Direitos Humanos e a legislação infraconstitucional.

190. Nesse sentido, sobejamente demonstradas as inconstitucionalidade e ilegalidades do instrumento, remeta-se a presente Nota Técnica à Advocacia-Geral da União, para que, utilizando-se do poder de autotutela, tome conhecimento argumentos jurídicos nela constantes e declare a nulidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU.

191. Por fim, dê-se amplo conhecimento aos servidores da Administração Pública Federal para que, cientes da manifesta nulidade do parecer normativo, não se escusem de dar fiel cumprimento à legislação (constitucional, internacional e infraconstitucional) a pretexto de seguir o parecer normativo.

É a Nota.

Brasília, 20 de março de 2018.

Luciano Mariz Maia
Vice-Procurador-Geral da República
Coordenador da 6ª CCR/MPF
Rogério de Paiva Navarro
Subprocurador-Geral da República
Membro da 6ª CCR/MPF
Eliana Peres Torelly de Carvalho
Procuradora Regional da República
Membro da 6ª CCR/MPF
Gustavo Kenner Alcântara
Procurador da República
Secretário Executivo da 6ª CCR/MPF

Antônio Carlos Alpino Bigonha
Subprocurador-Geral da República
Membro da 6ª CCR/MPF
Felício Pontes Jr.
Procurador Regional da República
Membro da 6ª CCR/MPF
João Akira Omoto
Procurador Regional da República
Membro da 6ª CCR/MPF
Márcia Brandão Zollinger
Procuradora da República
Coordenadora da GT Demarcação da 6ª CCR/MPF

⁶² Oportunidade em que, alegando a ausência de definição da questão pelo Supremo Tribunal Federal, simplesmente passou a fastar a presunção de constitucionalidade do Decreto nº 4.887/03 <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39625624>



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assinatura/Certificação do documento **PGR-00067386/2018 NOTA TÉCNICA nº 2-2018**

Signatário(a): **ANTONIO CARLOS ALPINO BIGONHA**

Data e Hora: **20/03/2018 18:13:29**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **FELICIO DE ARAUJO PONTES JUNIOR**

Data e Hora: **20/03/2018 18:25:30**

Assinado com certificado digital

Signatário(a): **ROGERIO DE PAIVA NAVARRO**

Data e Hora: **20/03/2018 18:27:54**

Assinado com certificado digital

Signatário(a): **LUCIANO MARIZ MAIA**

Data e Hora: **20/03/2018 18:57:02**

Assinado com certificado digital

Signatário(a): **GUSTAVO KENNER ALCANTARA**

Data e Hora: **21/03/2018 09:34:20**

Assinado com login e senha

Signatário(a): **MARCIA BRANDAO ZOLLINGER**

Data e Hora: **21/03/2018 09:40:54**

Assinado com certificado digital

Signatário(a): **ELIANA PERES TORELLY DE CARVALHO**

Data e Hora: **21/03/2018 09:56:20**

Assinado com login e senha

Acesse <http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>. Chave F41D1963.346FDF51.E5468BC0.FA69CC61