

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MICHEL TEMER, PRESIDENTE DA REPÚBLICA
EXCELENTÍSSIMA SENHORA GRACE MENDONÇA, ADVOGADA GERAL DA
UNIÃO

Ref. Parecer nº 001/2017 – GAB/CGU/AGU

Pedido de revogação

Nós, lideranças indígenas dos povos Terena e Guarani Kaiowá, de Mato Grosso do Sul, vimos muito respeitosamente até Vossa Excelência, **pedir a revogação do aludido parecer 001/2017** e juntar cópia da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o Brasil internacionalmente por violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva do povo Xukuru, de acordo com o que segue:

A Advocacia Geral da União – AGU emitiu Parecer, onde vincula toda a administração pública federal, direta e indireta, ao que teria o STF decidido na Pet. 3388/RR (caso Raposa Serra do Sol). Consta do Parecer que se os indígenas estivessem na posse física (e não tradicional) na data de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da nossa Constituição, teriam direito sobre ela, do contrário, perderiam os direitos territoriais. No mesmo sentido, pretende, que sejam vinculadas 19 condicionantes, em especial a de número 17 que impede redefinição de limites de áreas já demarcadas, mesmo que sob fraude, erro ou ardil.

A fundamentação do Parecer se ampara na argumentação de que estaria sendo aplicada neste documento a jurisprudência do STF. Contudo, passaremos a demonstrar que o Parecer conflita justamente com o que tem recentemente decidido a Suprema Corte e também a Corte IDH.

Com o advento do julgamento da ACO 362 e 366, o STF contribuiu com o deslinde da matéria sobre demarcação de terras indígenas e o conceito de tradicionalidade de ocupação fundiária, com uma interpretação literal do texto constitucional. Afastou a impossibilidade de ampliação ou redefinição de limites de

terras indígenas e afirmou o conceito de ocupação tradicional, bem como a sua forma de aferição.

Disse o relator, o ministro Marco Aurélio Mello, tratar-se de um “**verdadeiro descalabro**” – como referido na contestação da FUNAI –, **na venda de terras públicas em Mato Grosso**, inclusive daquelas que vieram a constituir o Parque Indígena do Xingu e que a tradicionalidade da ocupação da terra só se pode demonstrar pelas **conclusões do laudo antropológico**. Quanto ao elemento prova antropológica, necessária para a matéria, o Parecer ignorou esse importante mote, dando vazão apenas ao direito de propriedade, o qual se submete e se verga diante do direito originário dos indígenas.

Foi unânime a posição dos ministros da Suprema Corte ao afirmar o direito territorial dos índios. A ocupação indígena não se perde ao tempo que foram esbulhados, violentados e expulsos, independente do lapso temporal. Veja-se no voto do ministro Luiz Roberto Barroso:

(...) 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 postulam ou desde que se verifique que os laços culturais que os uniam a tal área se desfizeram. É assim que interpreto a Súmula 650 do STF, que dispõe: “*Pertencem ao domínio e administração da União, nos termos dos arts. 4º, IV e 186, da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas*”.

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.

(...) penso que a maneira como a Constituição de 1988 enfrentou este problema **resolveu retroativamente**. Portanto, ainda que houvesse uma pretensão fundada, ela não subsistiria ao caráter declaratório e retroativo com que a Constituição tratou esta matéria.

Quanto à importância da antropologia para definição de direitos territoriais indígenas e da declaração desses direitos, temos que:

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.

Isso significa dizer que o argumento usado por Vossa Excelência cai por terra e por esse motivo o Parecer deve ser imediatamente revogado.

O ministro Alexandre de Moraes, na mesma linha, rebusca o indigenato e determina que a posse indígena não se perde quando retirados à força ou sem consentimento de suas ricas terras.

Assim votou o ministro:

Além disso, os autos comprovam em estudo antropológico de todas as áreas de que a ocupação tradicional indígena existiu, existe e sempre foi lícita (...).

“(...) as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, §1º, do Decreto nº1854 (...)” (*Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, 1012, p. 62)

Também pesou a agressão que os índios sofreram, em determinado momento, daqueles que invadiram as suas terras. Isso forçou o deslocamento, só que não foram deslocamentos

voluntários, foram deslocamentos compulsórios, em virtude da violência sofrida à época. Isso não retira a característica de permanência na ocupação (...).

A ministra presidente, ao acompanhar o relator, enfatizou o indigenato e a segurança constitucional dos direitos indígenas e sua aplicabilidade, consubstanciando garantias étnicas, culturais e sociais aos povos indígenas do Brasil. Ao ressaltar o indigenato, conceito que garante aos índios o direito de declaração de suas terras tradicionais, já consagradas as posses antes mesmo da existência do Estado Brasileiro, assim concluiu a presidente:

No voto que proferi no 'caso Raposa-Serra do Sol' (Pet n. 3.388, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe 24.9.2009), observei que, embora as Constituições brasileiras somente tenham cuidado, especificamente, do tema referente aos direitos dos indígenas desde 1934, a matéria foi objeto de legislação antes mesmo da formação do Estado brasileiro, como demonstra a lição de João Mendes Júnior em seu trabalho "Os indígenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos" (São Paulo: Typ. Hennies, Irmãos, 1912), que faz remissão ao Alvará de 1º de Abril de 1680 a origem do indigenato, a distinguir a posse dos indígenas sobre suas terras da posse de ocupação.

Como demonstrado pelo Ministro Ilmar Galvão naquela Ação Cível Originária n. 469, as terras de ocupação permanente dos indígenas não eram terras devolutas e não passaram a integrar o patrimônio dos Estados com a Constituição de 1891, passando a posse dos silvícolas a ser protegida constitucionalmente desde 1934.

Na Constituição da República de 1988 se fortaleceu, expressamente, a tutela do indigenato, definidas entre os bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art6. 20, inc. XI), aos quais se reconheceu como imprescritíveis os direitos delas decorrentes, garantindo-lhes a posse e exclusivo usufruto, nos termos do seu art. 231.

A ministra presidente ainda menciona o caso Raposa Serra do Sol e esclarece que em nenhum momento a tese do marco temporal implica em retirada de direitos

territoriais aos povos indígenas, como se apresenta no parecer 001/2017, muito ao contrário, “reconheceu-se a necessidade de depuração da *“continuidade suficiente da posse indígena”*”.

O ministro Edson Fachin também reforçou sobre a nulidade de títulos e a existência dos direitos dos índios antes mesmo da existência de qualquer outro direito:

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a consagrar o direito dos índios à posse de suas terras, disposição repetida em todos os textos constitucionais posteriores, sendo entendimento pacífico na doutrina que esse reconhecimento constitucional operou a nulidade de pleno direito de qualquer ato de transmissão da posse ou da propriedade dessas áreas a terceiros (...).

E conclui sobre o conceito de terra tradicionalmente ocupada, mantendo posição mais que acertada sobre a exegese do art. 231 da CF/88:

A manutenção do habitat indígena não se resume ao conjunto de ocas, mas sim, como dispõe o artigo 231 da Constituição da República, às áreas *“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 posse indígena, portanto, embora variável de comunidade para comunidade, se vincula à vivência cultural, às crenças, rituais, aos mortos enterrados e demais traços que caracterizam indiscutivelmente as tradições indígenas, sendo que é exatamente nesse ponto que se distingue da posse civil, que exige a caracterização de um poder de fato sobre a coisa. Em uma comparação talvez imprecisa, é como se a posse da terra, para o índio, fosse um direito da personalidade, e não um direito patrimonial.”

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

A eminente ministra Rosa Weber consubstanciou sua posição na premissa constitucional da posse e ocupação indígena, nestes termos:

Tal, contudo, decorre de interpretação a respeito, na medida em que os dados trazidos, na verdade, não consideram o modo de aproveitamento das terras, mas sim o fato de os indígenas estarem ou não nas terras. E sabemos que, devido às próprias características culturais dos índios, o uso da terra pelos indígenas não diz, necessariamente, com estar sobre a terra.

O ministro Ricardo Lewandowski, além de erigir validade hierárquica ao laudo antropológico, reafirmou que o direito indígena é assegurado, inclusive, pela legislação internacional, como é o caso da Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

Temos dois laudos alentadíssimos, que comprovam, de forma absolutamente extrema de qualquer dúvida, de que a terra era, sim, ocupada pelos indígenas e, assim, foi reconhecida por um decreto presidencial. Decreto, este, editado e reeditado à luz das constituições pretéritas, inclusive, à luz da presente Constituição, que garantiam esse direito aos indígenas em questão.

E segue:

Não raro, diria, até muito comum, serem os laudos antropológicos desqualificados, imputando-lhes a característica de que são mera literatura. (...) 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** (...) e que a meu ver, resolvem a controvérsia fática.

Mais que isso, em relação a tese do marco temporal, o mesmo debate vinha sendo travado em relação às terras Quilombolas, através e ADI 3239. Em memorável

juízo ocorrido no dia 08 de fevereiro de 2018, por maioria, os Ministros da Suprema Corte afastaram a tese do marco temporal para os Quilombolas, em consonância com a Convenção 169 da OIT. O acórdão da ADI 3239 da relatoria da Ministra Rosa Weber ainda não foi publicado, mas a sessão de julgamento pode ser assistida no seguinte link: <https://www.cimi.org.br/2018/02/vitoria-quilombola-no-stf-decisao-historica-ajuda-enterrar-tese-do-marco-temporal/> - acessado em 19.03.2018.

Portanto, é certo o conflito entre o Parecer 01/2017 assinado por Vossas Excelências e a jurisprudência dominante da Suprema Corte do Brasil.

Conforme enunciado, um segundo tema que trazemos a Vossa Excelência refere-se à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual foi recentemente publicada onde condenou o Brasil internacionalmente por violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Xukuru (Documento em anexo).

Com sede em San José, na Costa Rica, a Corte IDH é um órgão judicial autônomo e tem como propósito a aplicação e interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

A Corte IDH possui competência litigiosa entre os Estados signatários, abrangendo todos os casos em que se alegue que um dos Estados-membros tenha violado um direito ou liberdade protegido pela Convenção. O Brasil é Estado Parte na Convenção Americana, desde 25 de setembro de 1992, e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

Diante das breves considerações, solicitamos de imediato a revogação do Parecer nº 001/2017 – GAB/CGU/AGU, liberando a FUNAI e os demais órgãos públicos para dar continuidade nos processos administrativos demarcatórios das terras indígenas, acolhendo assim a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Brasília, 21 de março de 2018.

Assinam a petição às lideranças indígenas, nos termos dos art. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988 e dos preceitos consubstanciados na Convenção 169 da OIT.