

## **PARECER JURÍDICO:**

### **PROJETO DE LEI Nº 490/2007- CÂMARA DOS DEPUTADOS**

**PROJETO DE LEI Nº 490/2007. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DO VOTO DO RELATOR APRESENTADO À CCJC DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. TRANSGRESSÃO DO JULGADO NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL. A TEORIA DO INGINETAO EM DETRIMENTO DO MARCO TEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXTRAÇÃO DE TESES PERIFÉRICAS DA PET. 3388/RR. NULIDADE DE TITULOS. ESBULHO E VIOLÊNCIA. ANIMUS DE PERMANÊNCIA E PERTENCIMENTO QUE NÃO ARREFECE NOS ÍNDIOS O DIREITO À TERRA. CONTRADIÇÃO COM A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA DO STF E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.**

Em julho de 2008, foi aprovado na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural (CAPADR), o parecer relativo às emendas substitutivas, entre elas Projeto de Lei (PL) 490/2007. No ano de 2009, o referido parecer foi apresentado à Comissão de Direitos Humanos e Minorias, que votou pela rejeição. Em 2018, o parecer foi apresentado à Comissão de Constituição e de Cidadania (CCJC), onde segue em trâmite.

No parecer de autoria do ex-presidente da Frente Parlamentar do Agronegócio (FPA), ex- deputado Homero Pereira, e de relatoria do ruralista Jerônimo Goergen, do



Partido Progressistas do Rio Grande do Sul, consta manifestação pela constitucionalidade, juricidade e técnica legislativa do PL 490/2007. Contudo, no mérito o PL 490/2007 foi rejeitado e o Projeto de Lei 6818/2013 foi aprovado como substitutivo. Vale dizer que se o PL 490/2007 for aprovado, o PL 6818/2013 o substituirá e passará a vigorar enquanto lei que irá regular a demarcação de terras indígenas.

Atualmente as terras indígenas são demarcadas de forma discricionária pelo poder Executivo, cabendo à Fundação Nacional do Índio (Funai) executar os atos administrativos da demarcação. Tanto o Estatuto do Índio (Lei 6001/1973) quanto o Decreto 1.775/1996, dispõe sobre o procedimento de demarcação das terras indígenas.

Com a aprovação do PL 490/2007, com o substitutivo PL 6818/2013, o processo de demarcação das terras indígenas será alterado. Segundo o autor do PL 490/2007, as demarcações deverão ocorrer por lei. Dessa forma sustenta:

“De fato, o art. 231 confere à União a competência para demarcar as terras indígenas e o art. 48 estabelece categoricamente que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União. Assim sendo, as demarcações das terras indígenas são, pois, matéria de lei, não se limitando, por conseguinte, ao exame da FUNAI. O Projeto de Lei que ora apresentamos tem como objetivo, não apenas alterar a Lei nº 6.001/73, mas, principalmente, atender ao mencionado mandamento constitucional, pois, sendo a demarcação das terras indígenas matéria de competência da União, na forma do art. 231, cumpre ao Congresso Nacional dispor sobre tal matéria. Para cumprir a ordem maior, necessário se faz transpor do Poder Executivo para o Congresso Nacional o debate das questões amplas que envolvem as demarcações das terras indígenas, pois somente os legítimos representantes do povo brasileiro podem decidir sobre o destino de significativa parcela do território nacional, e examinar, dentro do espírito democrático do debate e do contraditório, os mais diversos conflitos de interesses gerados pelas demarcações das terras indígenas. Assim é que questões relacionadas com sobreposição de áreas, proteção ambiental, faixa de fronteiras, segurança nacional, exploração mineral e de recursos hídricos, e tantas outras que não são de competência do órgão federal de assistência ao índio, devem ser consideradas” (Inteiro Teor do PL 490/2007).

Esse entendimento alinha-se à Proposta de Emenda à Constituição –PEC 215. Além disso, soma-se aos Projetos de Lei, a tese do marco temporal e suas condicionantes. A fundamentação segue uma linha falaciosa sobre o julgado Raposa



Serra do Sol e ainda traz para o conteúdo dos Pls, o Parecer 001/2017 da Advocacia Geral da União – AGU.

A fim de demonstrar os equívocos e a inconstitucionalidade da proposição legislativa, passemos a discorrer sobre a impossibilidade de aprovação do referido Projeto de lei de nº 6.818/2013. Inicie-se, todavia, com a preliminar sobre a violação do direito à Consulta dos povos indígenas, para demonstrar, sequentemente, que ambos projetos constituem a transgressão dos direitos humanos fundamentais.

É o necessário a relatar.

**1) VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO: O DIREITO À CONSULTA LIVRE, PRÉVIA, INFORMADA E DE BOA FÉ. PRESSUPOSTO INTRANSPONÍVEL DE UMA SOCIEDADE JUSTA, FRATERNAL, PLURAL E SEM PRECONCEITOS.**

Em primeiro plano, pela relevância da matéria, convém ressaltar que ambos os Pls contrariam a semântica da casa consubstanciada na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho -OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e que resultou no Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

A Convenção 169 da OIT garante aos povos indígenas o direito à consulta, livre, prévia, informada e de boa-fé, com a participação de todas as comunidades indígenas diretamente afetadas, para que possam se manifestar de forma livre e consciente sobre qualquer medida ou procedimento que possa impactar nos seus modos de vida. No processo de consulta, que possuiu como norte a integralidade dos povos, são os indígenas que devem decidir sobre os seus destinos, respeitando sempre a forma de organização social e cultural de cada povo. Vejamos o que dispõe o artigo 6º, da Convenção 169:

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



b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

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”.

O processo legislativo brasileiro, obrigatoriamente, inclui o processo de consulta aos povos indígenas, conforme expresso na Convenção 169 da OIT. Contudo, observa-se que os referidos Projetos de Lei, foram elaborados e encaminhados sem que os povos indígenas fossem consultados, o que fere o devido processo legislativo. Deste modo, todo o conjunto do mencionado processo legislativo, é nulo de pleno direito e deve ser arquivado.

Além desse vício primário, cumpre destacar os vícios secundários introduzidos na literalidade do Projeto de Lei 6.818/2013. O artigo 17 do referido projeto permite a instalação de bases, unidades e postos militares independentemente da consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente. O artigo 18 também afasta o direito à consulta prévia e permite a atuação das forças armadas e da polícia federal em área indígena.

O descumprimento à essa obrigação legal fomenta uma série de consequência jurídicas. A título de exemplo, cabe citar as violações do direito de consulta prévia, livre, informada e de boa fé, ocorridas no Equador, as quais levaram diversas organizações indígenas à apresentarem denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Em decisão de junho de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado equatoriano, no caso do povo Kichua de Sarayaku *versus* Estado do Equador, por danos causados à realização de atividades petrolíferas no território indígena, sem a sua oitiva.



A sentença da Corte afirmou que o referido Estado não consultou prévia e adequadamente o povo Sarayaku, uma vez que no ano de 1996 outorgou a exploração de petróleo à petroleira argentina, Companhia Geral de Combustíveis (CGC), cujo contrato foi cancelado em 2010. De acordo com a Corte, os trabalhos da companhia afetaram os direitos dos indígenas, e inclusive colocou em perigo a integridade física do povo devido à colocação, entre 2002 e 2003, de cerca de 1.400 quilos de explosivos. Por essa razão, foi sentenciado que o Equador deveria pagar cerca de 1,4 milhões de dólares a esta comunidade de 1.200 pessoas situada na Amazônia equatoriana<sup>1</sup>.

Portanto, diante da grave ameaça à vida e aos modos de vida os povos indígenas do Brasil, somados à afronta ao devido processo legal, é que se tem uma preliminar de impossibilidade de aprovação da medida legislativa. Caso aprovada, não tem o condão de superar a constitucionalidade nas Cortes do Brasil e da Organização dos Estados Americanos- OEA.

## **2) O ARTIGO 5º DO PROJETO DE LEI 6.818/2013 E A ESSÊNCIA DO JULGADO NA PET. 3388/RR.**

Tendentes a grave prejuízo aos povos indígenas, como no caso da inexistência de oitiva prévia, informada e de boa-fé e afronta ao devido processo legislativo, somam-se as questões preliminares, as de mérito, já que também são insuperáveis e contrariam o entendimento majoritário da Suprema Corte brasileira, assim como as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em primeiro lugar, o art. 5º do referido PL tem no seu núcleo a vontade de erradicar o entendimento central do julgado na Pet. 3388/RR. Ou seja, ao afirmar que “as novas demarcações respeitarão a diversidade étnica e cultural das comunidades indígenas envolvidas, vedado o agrupamento de etnias diversas em uma única área contínua”, fere a vontade soberana da Suprema Corte do Brasil.

---

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponível em: <[http://servindi.org/pdf/sentencia-sarayaku\\_27jun12\\_.pdf](http://servindi.org/pdf/sentencia-sarayaku_27jun12_.pdf)> acesso: 31 jul 2013.



Pois veja que a intenção é extrair excertos, teses marginais e periféricas daquele julgado, como é o caso do marco temporal e da condicionante de nº 17, para excluir expressamente do PL em apreço a principal tese daquele precedente, seja, a demarcação de forma contínua, e não em ilhas.

O que consta no Parecer do Deputado Jerônimo Goergen, definitivamente, não é a vontade do constituinte originário e muito menos a interpretação da Suprema Corte no advento do julgamento do caso Raposa Serra do Sol. Muito pelo contrário, a exegese da Corte Especial foi a interpretação constitucional do art. 231 da CF/88 para concluir pela demarcação na forma contínua, com “fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária”. Além disso, a Suprema Corte defende um “modelo intraétnico” que abarque todas as etnias. Para um melhor entendimento, se faz necessária a transcrição da parte essencial do julgado, objeto central da Ação popular 3.388/RR:

13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. **O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior**, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. **Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters"**, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). (Ementa acórdão da Pet. 3.388/RR).

(...)

16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. **Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação**, que é monoétnico, **excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra**. **Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras**, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisória 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. (Ementa acórdão da Pet. 3.388/RR).

Portanto, quanto ao art. 5º do PL ora guereado por este alvitre, tem-se que seu texto extrapola em demasia os limites da Carta de 1988, para alçar sobre o texto constitucional a mais insensata divergência e, por isso mesmo, é inadvertidamente impróprio, já que a vontade do constituinte originário é afrontada e, da mesma forma, a exegese do STF no caso Raposa Serra do Sol é totalmente distorcida. Conquanto, é possível perceber da transcrição do trecho acima que a demarcação não pode derivar de desvios e não se pode permitir a existência de não-índios nos arredores das comunidades, seguindo um modelo interétnico e intraétnico de relação indígena.

Ainda, veja-se que no debate sobre a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, que as teses periféricas vinham de longa data, como assevera o ministro Maurício Corrêa, em seu relatório na ADI Nº 1512-5 RORAIMA, de 07/11/96, sendo possível perceber as forças políticas agindo sobre a matéria:

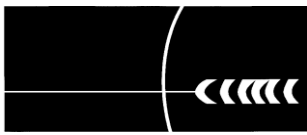
11. Anote-se que na busca da consumação dessa proposta se batem duas correntes formadoras de opinião que no local disputam seguidores; a primeira decorrente da pressão dos católicos, com o apoio da igreja e da FUNAI, encabeça a tese da definição do ato através de demarcação contínua; enquanto a outra, a favor dos blocos ou ilhas, separando as terras dos brancos das dos indígenas, e de modo descontínuo, por ela propugnam os evangélicos e o Governo do Estado, aí incluindo todo o estamento político oficial, inclusive os seus Senadores e Deputados Federais<sup>2</sup>.

A Corte Constitucional ao analisar o que se tinha em jogo, fez por bem valer o texto da Constituição, ordenando a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol de forma contínua, bem como a imediata extrusão de não-índios do interior da área indígena.

Portanto, as demandas territoriais dos povos indígenas, sob risco de que se “dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio)”, é que o Tribunal Constitucional determinou que as demarcações de terras no Brasil devem seguir o modelo que atenda a demanda por “demarcação por

---

<sup>2</sup>ADI Nº 1512-5/RR, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/73416/Proc\\_6CCR\\_1996\\_6752.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/73416/Proc_6CCR_1996_6752.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acessado em: 14/05/2018



fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária” (Pet. 3388/RR).

Apesar de tudo isso, toda a essência do julgado do caso Raposa Serra do Sol sofre constantes tentativas de distorções, modificações, reinvenções em prejuízo dos povos originários e dos seus direitos territoriais. A extração de excertos periféricos daquele julgado é em detrimento do próprio patrimônio da União e da posse e usufruto exclusivo dos índios, algo que não se pode permitir.

A Eminente ministra Rosa Weber percebeu esse movimento de extração de trechos isolados, deslocados da realidade e do precedente (Pet. 3388/RR) e firmou o seguinte entendimento:

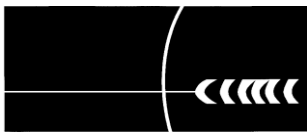
As ‘condicionantes’ adotadas na conclusão do julgamento da Pet 3.388/RR operaram restrições ao alcance de um provimento jurisdicional específico. **O fundamental é anotar que as condicionantes não operam no sentido de contrariar a premissa fundamental que sustenta aquele julgado (...).** À primeira vista, 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 (...).

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. (...) o que se tem por necessário na medida em que esta alterou completamente os fundamentos ideológicos aplicáveis à questão indígena – **superando o modelo confinatório e/ou de tutela e incorporação à sociedade civil para um modelo de respeito à diversidade cultural e à história dos povos nativos** (MS nº 31.901/DF).

Portanto, não há falar em intencionar a aplicação do caso Raposa Serra do Sol e não fazer valer a essência daquele julgado, sem antes toma-lo na integralidade. O que se tem forte naquele caso é a demarcação que mantém intacto todo o território dos índios, de forma contínua e mantendo as relações interétnicas e intraétnicas.

Quanto a AGU – citada no projeto de lei, ao contrário da vontade da Corte Constitucional –, esta fez publicar parecer vinculante (01/2017-AGU) no sentido





inverso do entendimento na Pet. 3388/RR e fez extrair, única e isoladamente, a tese do marco temporal e da condicionante de nº 17, para obrigar toda a administração pública, direta e indireta, em especial a FUNAI, a endossar a tese ruralista, favorecendo não-índios invasores, para legalizar a fraude e o esbulho em face dos povos indígenas.

Mas, ao contrário disso, a AGU teria por obrigação constitucional a prerrogativa de defender o patrimônio indígena e da União. A sua função institucional é de emitir parecer para que o Estado do Brasil cumpra a Constituição e a jurisprudência do STF e, ainda, determinar a demarcação nos moldes adotados para o caso Raposa Serra do Sol, de forma contínua e não em ilhas, sem a existência de restrições que afrontam o texto da Carta Política de 1988, e nunca pela aplicação do marco temporal.

Por fim, ressalte-se que o art. 5º do PL supracitado é uma afronta à Carta Política de 1988 e à própria essência do importante precedente do STF, seja, a Pet. 3388/RR, conhecido como caso Raposa Serra do Sol, pois exclui expressamente a demarcação na forma contínua e alberga a tese do marco temporal, já definitivamente afastada nos seguintes julgados: ACO 362, ACO 366, ambas de relatoria do ministro Marco Aurélio, ADI 3239, MS 31.100 Rel min. Edson Fachin, MS 27.939 Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ACO 312/BA, Relator Min. Luiz Fux; Rcl 14.473/RO, Relator Min. Marco Aurélio; Rcl 13.769/DF, Relator Min. Ricardo Lewandowski; Rcl 8.070/MS Relator Min. Ellen Gracie; MS 27.939/DF, Relator Min. Edson Fachin; MS 31.100/DF, Relator Min. Edson Fachin; MS 31.901/DF, Relator Min. Rosa Weber; MS 28.555/DF, Relator Min. Rosa Weber; MS 34.563/DF, Relator Min. Roberto Barroso; Relator Min. Rosa Weber; MS 31.245/DF, Relator Min. Teori Zavascki; SL 644/MT, Min. Presidente Ayres Britto; SL 842/MS, Min. Presidente Ricardo Lewandowski; SL 758/BA, Min. Presidente Joaquim Barbosa; SS 5.049/BA; Min. Presidente Ricardo Lewandowski; Rcl 15.668/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 13.05.2013; Rcl 15.051/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18.12.2012; Rcl 13.769/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 28.05.2012; Recl. 15668, Min. Presidente Ricardo Lewandowski; MS 31.901/DF, Relatora Min. Rosa Weber; MS nº 32.709, Relator Min. Dias Toffoli e MS nº 28.574 DF, Relator Min. Marco Aurélio, etc.



Mais que isso, em relação a tese do marco temporal, o mesmo debate vinha sendo travado em relação às terras Quilombolas, através da **ADI 3239**<sup>3</sup>. Em memorável julgamento 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 que se estende automaticamente aos índios.

Portanto, o art. 5º da Lei 6.818/2013 impõe, de forma inconstitucional, a exclusão da principal tese do precedente do STF (modelo contínuo de demarcação), julgado na Pet. 3388/RR, para aplicar excertos nocivos à demarcação de terras indígenas (marco temporal), o que não pode ser permitido.

### **3) O INDIGENATO EM DETRIMENTO DO MARCO TEMPORAL. A SUPREMA CORTE JÁ DEFINIU SOBRE CONCEITO DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. MODELO DE DEMARCAÇÃO DE FORMA CONTÍNUA.**

---

Os fundamentos adotados no Projeto de Lei nº 6.818/2013 estão todos superados, apesar de que quando estavam em voga, em especial na Segunda Turma do STF, tratava-se, pois, de uma ludibriosa interpretação do acórdão do caso Raposa Serra do Sol – eis que eram extraídos, naquele contexto, excertos do julgado na Pet. 3388/RR para desfavorecer a demarcação das terras indígenas e, ademais, não se tomavam o conjunto do julgado, a vontade contextualizada da Corte.

Veja-se a soberba do erro constante do Parecer pela aprovação do acima referido Projeto de Lei:

Ainda em relação a este ponto específico, o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, em seu voto no acórdão da Pet 3388-4/RR (Raposa Serra do Sol), cuidou do conceito de terra indígena e propôs que se adote, para identificação das terras, como critério constitucional não a teoria do indigenato, mas, sim, a do fato indígena.

---

<sup>3</sup> O acórdão da ADI 3239 da relatoria da Min. 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/>> Acesso em 14 de maio de 2018. Neste julgado, oito ministros se manifestaram contra o marco temporal.



Os direitos territoriais indígenas aparecem já com assaz segurança na carta Régia de 1680, permanecendo desta forma no período imperial com a lei de terras. Estes direitos territoriais, ademais, foram assegurados em todas as constituições republicanas, com proeminência na Constituição Federal de 1988, que assegurou o indigenato, ou direito originário (art. 231 CF/88) como fonte do direito dos índios. Ou seja, é aquele direito primeiro, a primeira posse, o que não admite o esbulho e a segunda posse. Esta segunda posse é nula nos termos do art. 231, §6º da CF/88.

O ministro Ayres Britto, já no caso Raposa Serra do Sol trazia os elementos do indigenato para reafirmar os direitos territoriais dos índios, como se percebe da passagem que se transcreve:

**12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório e uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF). (Ementa do acórdão Pet. 3.388/RR).**

Conquanto, a tese que predomina no STF remete a essa análise. Mais recentemente, em julgado datado de agosto de 2017, a Corte Política fez constar em célebre decisão<sup>4</sup>, que a comprovação da posse indígena se dá através de todo meio de prova em direito admitido, em especial a antropológica e rebusca as primeiras ocupações não-índias em algum período no passado. Isso se faz necessário para aferir se houve esbulho à época da titulação ou da ocupação por não-índios e se a titulação oficial feita pelos Estados federados não abocanhou terras de ocupação

---

<sup>4</sup> Tratam-se da ACO's 362 e 366 movidas pelo Estado do Mato Grosso em face de União e Funai. Requereu aquele Estado indenização por entender que a demarcação recaiu sobre terras devolutas e, portanto, de posse do Mato Grosso, como fez valer a CF/1891. Contudo, não logrou êxito na comprovação de que as terras não eram devolutas, mas indígenas, fator este que não permite a apropriação das terras dos índios pelos Estados federados, já que são de posse da União. Daí a ciência antropológica, como mais preciso meio de prova, conseguiu mostrar a habitação indígena pretérita e o STF aplicou retroativamente a CF/88 para resguardar os direitos territoriais dos índios, ao aplicar a tese do indigenato – direitos originários; primeiro direito ou primeira posse que não se perde no tempo.



tradicional dos povos indígenas. Ainda, a legislação anterior, da mesma forma que a Carta de 1988, que resolveu retroativamente as questões indígenas, já previa a garantia territorial dos índios ao tempo das invasões, dos esbulhos e das violências. Naquele período mais distante, as terras indígenas já se acastelavam em proteção legal, como é o caso do Alvará Régio de 1680, o que foi sucessivamente mantido.

Adiante, se há um marco temporal, segundo as últimas decisões do Pleno da Suprema Corte, ele é variável no tempo e deve ter como pano de fundo a análise do período das primeiras ocupações de não-índios. Se, ao tempo da ocupação ou da titulação pelo Estado existiam índios na região, as terras não eram devolutas, mas indígenas, e, portanto, os títulos são nulos, eis que a venda foi a *non dominus* e o título de propriedade é nulo, ante a previsão do art. 231, §6º da CF/88.

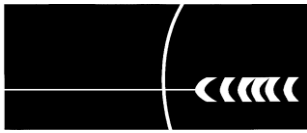
O ministro Marco Aurélio Mello (relator), no advento do julgamento das referidas ACOs em 16.08.2017, contribuiu com o deslinde da matéria sobre demarcação de terras indígenas e o conceito de tradicionalidade de ocupação fundiária, com uma interpretação literal do texto constitucional. Afastou a impossibilidade de ampliação de terras indígenas e afirmou o conceito de ocupação tradicional (indigenato), bem como a sua forma de aferição, o que faz desmontar toda a tese constante do parecer do deputado Jerônimo Goergen.

Detalhou ainda o relator sobre o desrespeito com os bens da União, quando da venda de terras de posse dos índios pelo Estado-membro e a violência contra os direitos indígenas, nestes termos:

O conflito resume-se, conforme consignado, à discussão da titularidade das áreas que passaram a compor o Parque, cujos limites foram definidos pelo Decreto nº 50.455/1961, que o criou, e pelos de nº 63.082/1968 e 68.909/1971, **os quais ampliaram a área de abrangência.**

Não se olvida todo o histórico de problemas, “**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.

Ademais, o ministro relator ainda salientou em seu voto a importância e o respeito ao estudo antropológico, o qual serve de parâmetro científico para aferição da tradicionalidade da ocupação indígena:



As observações do Estado autor **não têm o efeito de afastar as conclusões do último laudo**, podendo-se afirmar que as terras que passaram a compor o Parque Xingu não eram de titularidade do Estado de Mato Grosso, **pois ocupadas, historicamente, por povos indígenas.**

Foi unânime a posição dos ministros da Suprema Corte ao afirmar o direito territorial dos povos indígenas. 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.

E conclui o ministro Barroso:



O elemento teleológico, por sua vez, sugere que a “posse”, a “localização”, a “habitação” ou a “ocupação” dos indígenas possui um significado relacionado ao habitat em um determinado espaço, necessário à sua subsistência (compreendendo os locais onde são desenvolvidas atividades produtivas, tais como caça, pesca, coleta e cultivo), à preservação dos recursos naturais e à reprodução física e cultural do grupo. Por essa razão é que, como bem destacado pelo Min. Victor Nunes Leal no RE 44.585, Rel. Min. Ribeiro da Costa, j. 30.08.1961, ao analisar o art. 216, da Constituição de 1946, “não está em jôgo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo”. Nesse mesmo sentido dispõe o art. 23, do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973).

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 sua vontade de suas ricas terras.

Assim votou o ministro:

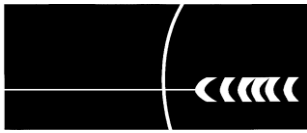
Além disso, os autos comprovam em estudo antropológico de todas as áreas de que a ocupação tradicional indígena existiu, existe e sempre foi lícita (...).

No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, de terras do indigenato, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas.

“(...) 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 da Corte Constitucional, 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 definiu o mérito na ACO 362/MT:



“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 Brasil, 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.

Afirmou-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal até mesmo quanto à nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais incidentes sobre terras de posse imemorial indígena, como, por exemplo, de títulos rurais concedidos por Minas Gerais a particulares: “*EMENTA: - AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. TÍTULOS DE PROPRIEDADE INCIDENTES SOBRE ÁREA INDÍGENA. NULIDADE. Ação declaratória de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais, concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais e incidentes sobre área indígena imemorialmente ocupada pelos índios Krenak e outros grupos. Procedência do pedido*” (Ação Cível Originária n. 323/MG Relator o Ministro Francisco Rezek, Plenário, DJ 8.4.1994).

Também em 2.5.2012, este Supremo Tribunal julgou procedente a Ação Cível Originária n. 312/BA, Relator o Ministro Eros Grau, ressaltando, assim como na Ação Cível Originária n. 323/MG, que “a baixa demografia indígena na região em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados pelo forasteiro, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas”.

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, muito ao contrário, “reconheceu-se a necessidade de depuração da *“continuidade suficiente da posse indígena”*”.



Significa dizer que prevalece o indigenato, tese reforçada pela maioria dos ministros da Suprema Corte no advento do julgamento da ACO 362/MT e ACO 366/MT na data de 16/08/2017, e prevalece a garantia constitucional de declaração – e não constituição – de direitos territoriais dos índios, direitos esses anteriores à existência do próprio Estado brasileiro e que, o marco temporal usado no caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR), não era para limitar o direito à terras dos e para os índios, mas para depurar sobre esse direito, o qual é feito, repise-se, como bem salientado por todos os ministros, através do aludo científico antropológico.

O ministro Luiz 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” (...).

Daí explica o ministro sobre as remoções forçadas dos indígenas, ato de esbulho esse que não contamina o seu direito à terra:

Ocorre que, no período anterior à Constituição de 1988, os índios – chamados silvícolas – ainda eram tratados como tutelados pelos órgãos de proteção federal e era bastante comum a prática de deslocamento de povos inteiros para áreas diversas, a fim de dar andamento à política desenvolvimentista (construção de estradas, pontes, abertura de fronteiras agrícolas, espaço para pecuária, etc) que não deveria ser turbada pela presença dos indígenas nessas regiões.

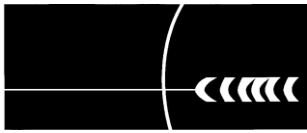
E conclui sobre o conceito de terra tradicionalmente ocupada, mantendo posição mais que acertada sobre a exegese do art. 231 da CF/88:

“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, no mesmo julgado, consubstanciou sua posição na premissa constitucional da posse e ocupação indígena. Afirma que a forma de ocupação dos índios é de acordo com suas próprias instituições, usos e costumes o que pode fazer com que, de acordo com sua lógica relacional, não necessariamente estarem na posse física em determinado tempo, mas sim, de qualquer forma, manterem a posse tradicional. Essa forma de ocupação é que difere da posse civil, tornando o direito territorial indígena matéria de cunho eminentemente constitucional. Vejamos

“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 Eminente 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”.

Portanto, não há nenhuma dúvida da resolução da matéria, o que logra ao tema uma inquestionável resolução pela mais alta Corte jurídica do Brasil. Ou seja, a posse indígena é constitucional, não se perde nos casos de esbulho, expulsões e violência cometidas contra o patrimônio dos índios, vedado o reducionismo hermenêutico em detrimento do direito dos povos tradicionais. E, o mais importante e eficaz meio de dizer desse direito e fazer prova sobre ele, é pela via da ciência antropológica. Quanto ao marco temporal e as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol, não se põe mais à discussão face o indigenato.

#### **4) O MARCO TEMPORAL NÃO FOI APLICADO NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL. DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO A CASOS SIMILARES. PRECEDENTES.**

---

Consta do parecer submetido à CCJC, de relatoria do deputado Jerônimo Goergen, a seguinte passagem, ao defender a funesta tese do marco temporal:

“A Suprema Corte acolheu a teoria do fato indígena, segundo a qual para caracterizar as terras como tradicionalmente ocupadas por índios, é imprescindível aferir a efetiva e permanente ocupação das terras pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal. Conforme visto, o marco temporal da ocupação indígena de 05/10/1988, definido pelo art. 231 da Constituição Federal, foi interpretado por ocasião do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (PET 3388-4/RR) pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Suprema Corte acolheu a teoria do fato indígena, segundo a qual para caracterizar as terras como tradicionalmente ocupadas por índios, é imprescindível aferir a efetiva e permanente ocupação das terras pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal”.

Com a devida *vênia*, essa tese foi superada há muito pelo STF, como bem demonstrado acima e, aliás, essa tese nem mesmo no caso Raposa Serra do Sol foi aplicada. Do contrário, a demarcação seria em ilhas e não de forma contínua.



Antes de mais nada, afirme-se que na vontade do constituinte originário foi abrangida a posição marcada no julgado do caso Raposa Serra do Sol (demarcação de forma contínua) e muito bem explicada pela ministra Rosa Weber no MS 31.901/DF. O julgado é composto de um conjunto de garantias fundamentais e não se pode extrair eventuais, seletas e isoladas apurações constantes do acórdão, senão o *decisum* como um todo. O que se deve ter como parâmetro é o conjunto do acórdão, a totalidade do julgado. E, nesse sentido, a demarcação foi extremamente positiva aos índios e às etnias que habitam a Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Para demonstrar os seus fundamentos, a Ministra colaciona no seu voto (MS 31.901/DF), quase toda a ementa da pet. 3388/RR, **e não apenas retira excertos ideológicos do julgado, como pretendiam, erroneamente, os impetrantes daquele caso e, da mesma forma, usada como fundamento no parecer no PL 6.818/2013.**

Desse modo, seguindo o conjunto do julgado na Ação Popular e a esclarecedora explicação do Ministro Relator dos Embargos de Declaração (Pet. 3388/RR), em consonância com o julgamento nas ACOs 362 e 366, a perda do território de ocupação tradicional, nos termos do §1º do art. 231 da CF/88, não acontece se houve retirada forçada ou impedimento da ocupação indígena, mesmo que o esbulho tenha se dado em passado distante. Esta interpretação ficou sedimentada no marcante julgamento do processo relativo à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Vejamos, ainda, sobre a proteção do território tradicional, constante do acórdão da Pet. 3388/RR, para entender sobre o indigenato:

**“Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação sejam ocupadas por não índios há muitas décadas, estando situadas em terras de posse indígena, o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios”** (fls. 812-3 – Pet. 3388/RR)<sup>5</sup>.

O território tradicional é premissa fundamental a que deve se proteger. Doravante, o conceito de terra tradicional, quanto a interpretação do STF, é de que:

**“São [aquelas] demarcadas para servir concretamente de habitação permanente os ambientes de habitação, os imprescindíveis habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as**

<sup>5</sup> Acórdão Embargos de Declaração na Pet. 3388/RR, fls. 24-26.



imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e ainda aquelas que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural de cada qual das comunidades étnico-indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios – Ementa da Pet. 3388/RR). G. N.

Garante ainda o relator dos Embargos de Declaração da Pet. 3388/RR, ministro Barroso, que (...) o art. 231 da Constituição de 1988 “**reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva** [...]”<sup>6</sup>, o que inviabiliza por completo o argumento de um referencial temporal, tendo como parâmetro a data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Não fosse suficiente, nem mesmo no mencionado julgamento do caso Raposa Serra do Sol a condicionante de número 17 e a tese do macro temporal foram aplicados. **Do contrário, caso aposta a tese, aquela terra indígena teria sido demarcada em ilhas e não de forma contínua.**

A demarcação que se seguiu (Pet. 3388/RR) anulou todas as posses e títulos incidentes sobre o território tradicional, o que lega ao Parecer ora guerreado, uma interpretação conflitante com o entendimento do julgado na Pet. 3338/RR, rompendo com a “**unidade lógica entre as proposições que perfazem a totalidade do julgado, ou a adoção de soluções compartimentadas que, transportadas a casos correlatos**” (MS 31.901/DF, Rel. ministra Rosa Weber).

Veja-se, nos termos daquele julgado, que posses de áreas datadas do início do século passado foram todas anuladas para dar viabilidade à demarcação:

8. (...). Sustenta [um dos autores da Pet. 3388/RR] que a fazenda [Guanabara] seria de **ocupação privada desde 1918**, tendo sido reconhecido o domínio particular por sentença proferida em **ação discriminatória, transitada em julgado em 1983. Isso teria constado do Despacho nº 80/96, do Ministro de Estado da Justiça**, e só poderia ter sido alterado caso tivesse sido apontada alguma nulidade.

9. Não verifico [ministro Barroso – relator] qualquer vício quanto ao ponto, que foi expressa e claramente examinado no acórdão embargado. **Já em sua ementa, o julgado destacou o caráter originário do direito dos índios, que preponderaria sobre**

<sup>6</sup> Idem.



**quaisquer outros.**

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores [...] **não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal** [...] pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé” (fls. 340-1 – Pet. 3388/RR).

Nas palavras do relator, ministro Ayres Britto, “O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional (...). **Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena**” (Pet. 3388/RR).

Eis que:

“Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia.

A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas” (Pet. 3388/RR).

No MS nº 32.709<sup>7</sup>, de relatoria do ministro Dias Toffoli, a mesma visão de terras indígenas sobressai e faz valer, por si só, o direito dos índios:

...a dinâmica relacional desse grupo indígena com o Morro dos Cavalos [Guarani de Santa Catarina] não se dá apenas pela sua efetiva presença no local quando do advento da Constituição, mas sobretudo pela sua relação simbólica com a terra, da qual o grupo indígena muitas vezes se afastou pela presença dos colonizadores, sem contudo perder o vínculo com o que chama de mundo original (MS 32.709, Rel. Dias Toffoli).

Ademais, cabe repisar, o meio mais eficaz de produção de provas quanto às formas de usufruto da terra, do esbulho e do *animus*, elementos da relação “índio-território” e da produção cultural e econômica (dos índios, de acordo com seus usos costumes e tradições, vale dizer, a qual visou proteger a Carta de 1988) **é a ciência antropológica, como fez valer a Suprema Corte no debate do julgado das ACOs 362 e 366.**

---

<sup>7</sup> Vide também, pela inaplicabilidade do marco temporal, decisões do Pleno do STF no MS nº 27.939 e MS 31.100.



Daí, temos que:

“O Pleno do STF, ao julgar os embargos declaratórios opostos contra o acórdão proferido na Pet. 3.388/RR, **afastou explicitamente a atribuição de efeito vinculante às condicionantes adotadas naquele julgamento**, de modo a desconstituir o ponto de partida em que se sustenta a presente inicial – qual seja, o de que cada uma das condicionantes então adotadas no julgamento poderia ser destacada de seu contexto e aplicada a casos diversos (MS 31.901/DF)”.

Ainda, na data de 15/05/18 o **Tribunal Pleno** da Suprema Corte confirmou decisão no MS nº 31.100 sobre a estreiteza do Mandado de Segurança para discutir matéria complexa, bem como, na mesma assentada, sobre a **inaplicabilidade do marco temporal e das condicionantes a casos análogos ao da Pet. 3388/RR**<sup>8</sup>, senão vejamos como ficou redigido o acórdão mantido:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. ATO “PROVÁVEL” DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) III - **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”**. IV - Agravo regimental a que se nega provimento (AG. REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 31.100, DISTRITO FEDERAL; Rel. Edson Fachin. Pub. 15.05.2018).

Vale dizer, porém, que o caso Raposa se trata de uma decisão da mais alta Corte brasileira e a posição declarada pelos ministros no caso são de relevância indizível e servem de parâmetro, como ficou definido, **sendo, destarte, que é um “ponto de partida, não é ponto de chegada. Não se faz inexorável a decisão proferida por ter tido outra em determinado sentido” (E.D. fls. 21 – Pet. 3388/RR)** e, acaso admitida em algum tempo pela Corte Especial como vinculante, **deve ser aplicada na sua integralidade e não restrita a excertos que alteram o direito fundamental indígena, a vontade do constituinte originário e a jurisprudência do STF.**

<sup>8</sup> Na mesma linha foi a decisão no MS nº 27.939, já transitado em julgado.



Mencionado conflito hermenêutico, explicitamente demonstrado no julgado de 16/08/2017 (ACOs 362 e 366), constante deste alvitre, deve colocar a termo o pretendido nestes Parecer do Deputado Jerônimo Georgen, para fazer respeitar o complexo instituto jurídico da causa indígena, previsto no art. 231 e art. 232 da CF/88, na Convenção 169 da OIT, nas Declarações e Convenções de Direitos Humanos, bem como na Declaração das Nações Unidas e da Organização dos Estado Americanos sobre os direitos dos Povos Indígena.

## **5) CONCLUSÃO**

---

Diante da análise do Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara do Deputados, de relatoria do deputado Jerônimo Goergen, Progressista/RS que, “no mérito (votou) pela rejeição dos PLs: 490/07, 1218/2007; 1606/2015; 2302/2007; 2311/2007; 3896/2012; 1003/2015; 5993/2009; 2479/2011; 1218/2015 e 1216/2015, e aprovação do Substitutivo da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural e do Projeto de Lei nº 6.818, de 2013, na forma do Substitutivo anexo, temos que:

Preliminarmente, o Projeto de Lei não seguiu o devido processo legislativo e apresenta vício insanável por descumprir norma aprovada pela Câmara dos Deputados, consubstanciada na Convenção 169 da OIT;

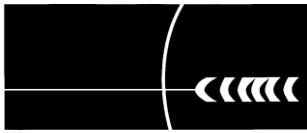
No mérito, é inconstitucional, pois afronta a literalidade do art. 231 e 232 da Constituição Federal do Brasil de 1988;

É deliberadamente retrógrada e se utiliza de precedentes superados pela Corte Constitucional ao interpretar a legislação indígena e quilombola;

É ideológica, pois se apropria de excertos ou teses periféricas do julgado na Pet. 3388/RR, caso Raposa Serra do Sol, em prejuízo ostensivo aos povos originários;

Afronta o entendimento fixado pelo Plenário do STF no advento do julgado das ACOs 362 e 366, julgadas em 2017 e da ADI 3239, julgada em 2018;

Não se atém às inúmeras decisões do Pleno, das Turmas e decisões monocráticas que inadmitem a extensão do marco temporal e das condicionantes



fixadas na Pet. 3388/RR a casos similares; ainda, afronta a essência do julgado no caso Raposa Serra do Sol, seja, demarcação de forma contínua e não em ilhas, blocos ou bolsões.

Ultraja a legislação internacional internalizadas pelo Brasil, a exemplo da Convenção 169 da OIT e demais tratados e acordos de direito internacional que versam sobre populações indígenas e tribais; e,

Afronta recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o Brasil a demarcar as terras do povo Xukuru (Caso 12.728) e a pagar indenizações, já que situação idêntica à demanda de vários outros povos indígenas do Brasil.

Propõe, ainda, que os indígenas, suas comunidades e organizações tradicionais ingressem com ações judiciais para que se faça valer a essência do julgado no caso Raposa e que sejam suas terras demarcadas de forma contínua, mas nunca em ilhas, bem como que seja aplicado o indigenato para garantir a primeira posse indígena e corrigir a fraude e o esbulho ocorridos no passado.

É o Parecer.

Brasília-DF, 14 de novembro de 2018.

Assessoria Jurídica – CIMI.

**ADELAR CUPSINSKI**

**OAB-DF 40.422**

**VANESSA RODRIGUES DE ARAÚJO**

**ASSESSORA JURÍDICA**

**RAFAEL MODESTO DOS SANTOS**

**OAB-DF 43.170**