

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR EDSON
FACHIN DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA Nº 1.100 SC

COMUNIDADE INDÍGENA XOKLENG, TERRA INDÍGENA IBIRAMA-LA KLAÑO vem, muito respeitosamente, por meio de seus caciques **JONAS POPÔ KA-MIRÊM**, CPF nº 023.364.364.329-00, **GEDEVALDO MONCONA**, CPF nº 070.673.769-55, **DEOCLÉCIO TSCHUCAMBANG PRIPRÁ**, CPF nº 099.572.139, **GLEITON LEANDRO BENZI**, CPF nº 108.156.809-70, **ELIAS CAXIAS POPO**, CPF nº 426.138.849-91, **PATTÊ JUVEI**, CPF nº 942.131.789-00, **CARUZO TCHUVAI PATTÊ**, CPF nº 021.390.889-13 e **AGNALDO VOMBLE FARIAS**, todos residentes e domiciliados na Terra Indígena Ibirama Laklaño, nos autos da presente ACO 1.100/SC, através de seus advogados constituídos, nos termos dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988, Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, artigo 294 e seguintes do Código de Processo Civil e artigo 300 e seguintes do Código de Processo Civil, requerer a imediata vinculação com o RE 1017365 (repercussão geral de matéria constitucional), para deferir ***TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL***, com efeitos de suspender o Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, juntado a estes autos, de acordo com o que passa a expor:

1. DOS FATOS

A Advocacia Geral da União – AGU emitiu Parecer onde vincula toda a administração pública federal, direta e indireta, ao que teria, segunda narra, decidido o

Supremo Tribunal Federal (STF) na Pet. 3388/RR (caso Raposa Serra do Sol). O Parecer institucionalizado nesse instrumento normativo se confunde com o mérito do debate que se trava no âmbito do Tema 1031, que deverá ser julgado em breve por esta Corte Constitucional (RE 1017365) e é justamente o mérito destes autos.

Objetivamente, institui o Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU que, se os indígenas estivessem na data de 05 de outubro de 1988, data da promulgação da nossa Constituição, na posse da terra tradicional, teriam direito sobre ela, do contrário, teriam perdido os direitos territoriais. No mesmo sentido, pretende sejam estabelecidas as 19 condicionantes, fixada na Pet. 3388/RR, pensadas, no caso concreto, para dar operacionalidade àquele julgado, como vinculantes.

O Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU é um ato normativo do Poder Público, visto que foi elaborado pelo Consultor-Geral da União e adotado, para os fins do art. 41 da Lei Complementar n.º 73/1993, pela Advogada-Geral da União, bem como aprovado pelo Presidente da República, por intermédio do Parecer n.º GMF-05, de 19 de julho de 2017. Ambos Pareceres foram publicados no Diário Oficial da União (DOU), Seção 1, n.º 138, páginas 7 a 12, no dia 20 de julho de 2017.

Referido Ato Normativo, de n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, de maneira flagrantemente inconstitucional e ilegal, determinou que a administração pública federal deve observar as condicionantes fixadas para a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, como parâmetro abstrato para a demarcação de toda e qualquer terra indígena no Brasil. Nesse passo, o Parecer Normativo desbordou de seu caráter meramente interpretativo para inovar na ordem jurídica, bem como inseriu novos pressupostos de mérito para fins de conceituação do que é uma terra indígena, os quais não estão previstos na Constituição Federal de 1988, na Lei n.º 6.001/1973, no Decreto n.º 1.775/1996 e na Convenção 196 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, ao argumento, repise-se, de que estaria a aplicar a jurisprudência desta Egrégia Corte.

Ainda, é muito claro que são retirados dois trechos do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR), para serem institucionalizados, os quais são extremamente prejudiciais aos indígenas e, a maior parte do julgado, que é favorável aos povos originários, foi ignorada.

O argumento usado pela AGU, para se fazer valer do instrumento normativo, é de que estaria a instrumentalizar a jurisprudência desta Suprema Corte, por meio de ato da administração pública federal, e que teria o STF definido, a partir do caso Raposa Serra do Sol, a fixação da tese do marco temporal e edificado 19 condicionantes, autoaplicáveis, portanto, a casos similares.

Veja-se dos principais fundamentos para a publicação do referido Parecer:

Como se vê, a Corte Suprema tem entendimento muito consolidado a respeito de dois tópicos fundamentais para a demarcação das terras indígenas: **1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como marco temporal** de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena; 2) **a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas.**

Eis a ementa do multicitado instrumento normativo:

“I. O Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no julgamento da PET 3.388/RR, fixou as ‘salvaguardas institucionais às terras indígenas’, **as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação de terras indígenas.**

II. A Administração Pública Federal, direta e indireta, **deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, em todos os processos de demarcação de terras indígenas**, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED 3.388/RR)”.

Veja-se então que o objetivo central do Parecer é o de impedir demarcação de terras tradicionais, impactando diretamente no patrimônio público da União, que de usufruto exclusivo dos povos indígenas, em prejuízo de toda a sociedade brasileira.

Como veremos adiante, a Advocacia Geral da União 1) extravia a vontade da Corte Constitucional, reinterpretando o julgado através de extração de excertos periféricos; 2) desrespeita a vontade do constituinte originário; 3) impõe à administração pública direta e indireta a aplicação de Parecer vinculante, que afronta o texto constitucional e a legislação internacional indígena e de direitos humanos; e, com isso, 4) legaliza o esbulho, a fraude e a venda a *non dominio* de terras públicas de ocupação indígena (direito indisponível, imprescritível e inalienável), promovidos pelos Estados Federados no decorrer do século

passado, em benefícios de terceiros; e, 5) abandona a defesa do patrimônio público, com destinação específica, como é o instituto constitucional do direito territorial indígena, incorrendo, inclusive, em possível ato de improbidade administrativa.

Mas, isso não é tudo. Recentemente esta Suprema Corte, à unanimidade, conheceu a repercussão geral da matéria constitucional indígena, para declarar que o caso Raposa Serra do Sol não cuidou em minudentar todas as questões que estão assentadas no direito dos índios, na posse indígena e no processo administrativo de demarcação de terra de ocupação tradicional, fragilizando ao extremo o argumento de que o Parecer 01-AGU estaria a estabelecer balizas concretas, nos termos do que seria a jurisprudência desta Suprema Corte.

Nestes termos é a decisão colegiada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (RE 1017365, DJe 11.04.2019, Rel. Min. Edson Fachin).

O Tema 1031 assim está definido: “Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional”.

Portanto, não há, como já não havia, nenhum fundamento para que o Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU continue em vigor, ao menos, até que se possa, esta Egrégia Corte, fixar uma tese no âmbito do RE 1.017.365, acima transcrito, fazendo

vincular daí a definição maior do Egrégio STF, garantindo segurança e estabilidade jurídica às partes.

Nestes autos, a União juntou o Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU e defendeu, em suas razões finais apresentadas no mês de setembro de 2017, a aplicação do Parecer, nos seguintes termos:

IV – CONCLUSÕES

Portanto, em observância ao aludido Parecer n.º GMF-05, de 19 de julho de 2017, bem como aos critérios estabelecidos por essa Suprema Corte no Julgamento da PET 3.388/RR, a União requer que a presente ação seja julgada no sentido de se fazer prevalecer, no caso em apreço, todas as chamadas “salvaguardas institucionais às terras indígenas” externadas por esse STF no julgamento da PET 3.388/RR, dando-se efetivo cumprimento aos parâmetros nele consolidados.

Diante disso, passará a Comunidade Indígena Xokleng a discorrer sobre a necessidade de imediata suspensão do referido Parecer Vinculante, *inaudita altera parte*, meio que se possa criar uma estabilidade jurídica no âmbito da administração pública federal direta e indireta, impedir atos que gerem prejuízos a todas as partes, em especial aos índios, embasados no Parecer da AGU, até que o STF defina sobre a matéria com efeito *erga omnes*.

2. DOS FUNDAMENTOS DO PARECER VINCULANTE DA AGU. CONFLITO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E COM A VONTADE DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

De acordo com a motivação contida no Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, tem-se que “os materiais que hoje podem ser coletados na jurisprudência do STF fornecem claros e precisos fundamentos para se concluir que, de fato, o Tribunal fixou as denominadas salvaguardas institucionais com a deliberada intenção de que elas pudessem definir um verdadeiro regime jurídico, formado por normas constitucionais decorrentes da interpretação dos artigos 231 e 232 da Constituição, **que estabelecesse uma série de condicionantes não apenas para a solução do caso Raposa Serra do Sol, mas igualmente para todo e qualquer processo de demarcação**

de terras indígenas no Brasil” (p. 9).

A possibilidade de vinculação da Administração Pública Federal ao acórdão da Pet. n.º 3.388/RR, se justificaria, segundo o Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, por uma “elevada *carga argumentativa e decisória* presente no acórdão da PET n. 3.388, que a impregna de uma qualificada *vis expansiva e configura um precedente com força persuasiva suficiente para traçar diretrizes para outros casos e, assim, condicionar a atuação dos atores estatais em outros processos de demarcação de terras indígenas*” (p. 9). No tópico 5 do Parecer, sobre a “eficácia e autoridade das decisões do STF”, afirma-se, também, a existência de uma “autoridade vinculante” nas decisões da Corte Constitucional, *verbis*:

As decisões das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais devem ser observadas e respeitadas por todos os atores políticos e autoridades públicas que atuam no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. As razões de decidir (*ratio decidendi*) que normalmente compõem os pronunciamentos judiciais desses tribunais estão qualificadas não apenas como *razões substantivas*, que contêm os elementos de justificação e de correção material da tese fixada, mas igualmente como *razões de autoridade*, as quais se impõem como normas de observância e de cumprimento geral⁽²⁹⁾. A argumentação jurídica produzida por uma Corte Constitucional, portanto, se caracteriza também pelo *argumento de autoridade*⁽³⁰⁾ que se forma por razões que se justificam independentemente de seu conteúdo substancial⁽³¹⁾, e que não se constitui necessariamente de aspectos persuasivos, mas de uma autoridade vinculante⁽³²⁾. Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, dessa forma, representam instituições políticas que, qualificadas como órgãos primários na estrutura de um sistema institucionalizado de normas, combinam a produção e a aplicação jurídica de maneira muito especial e assim determinam, de modo autoritativo, as situações jurídicas dos indivíduos e de suas relações sociais⁽³³⁾” (Parecer n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, p. 9).

Do exposto, verifica-se que a vinculação da administração pública federal, ao que foi decidido no acórdão da Pet. n.º 3.388 teria basicamente dois fundamentos: a) o STF teria fixado “as denominadas salvaguardas institucionais com **a deliberada intenção** de que elas pudessem definir um verdadeiro regime jurídico, formado por normas constitucionais decorrentes da interpretação dos artigos 231 e 232”, aplicáveis não apenas à Terra Indígena

Raposa Serra do Sol, mas também “para todo e qualquer processo de demarcação de terras indígenas no Brasil” e que tal premissa teria sido confirmada pela jurisprudência do STF; e, b) as decisões das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais devem ser observadas e respeitadas por todos os atores políticos e autoridades públicas, porque a argumentação jurídica produzida por Cortes Constitucionais teriam uma “autoridade vinculante”.

No tocante a suposta autoridade vinculante das decisões do STF, é necessário dilucidar que em nosso sistema jurídico efeitos vinculantes não podem ser extraídos de “**deliberada intenção**” ou de uma suposta “autoridade vinculante”: a competência do STF para atribuir tais efeitos às suas decisões encontra amparo nas hipóteses expressamente minudenciadas nos artigos 102, § 2º e 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, ao vincular a Administração Pública Federal a decisão proferida pelo STF em ação popular, o Poder Executivo comprometeu e afrontou os poderes e prerrogativas dados nos artigos 102, § 2º e 103-A da Constituição da República ao STF e invadiu a linha que divide os Poderes da República, em verdadeiro menoscabo ao artigo 60, §4º, III, que erige à cláusula pétrea constitucional a separação e harmonia entre os poderes.

Ademais, o efeito vinculante é instituto relativamente novo no Brasil. No escólio de Meirelles, Wald e Mendes, “a expressão ‘efeito vinculante’ não era comum entre nós”¹ e passou a compor o texto constitucional apenas após o advento da Emenda Constitucional n.º 3, promulgada em 16.03.1993, sendo atribuído, inicialmente, “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas **ações declaratórias de constitucionalidade** de lei ou ato normativo federal” (artigo 102, § 2º).

Contudo, não estamos a debater o mérito do Parecer, apesar de que o apontamento é pela sua inconstitucionalidade e afronta direta à jurisprudência da Egrégia Corte Constitucional (vide ACO 312/BA, ACO 362/MT e ACO 366/MT, como exemplo), mas tão somente debater sobre matéria processual, para garantir segurança jurídica, por meio da suspensão dos seus efeitos, até que o STF venha a definir sobre o Estatuto jurídico-constitucional da causa indígena (Tema 1031 – RE 1017365), como passaremos a

¹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. “Mandado de Segurança e Ações Constitucionais”. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 574/575.

demonstrar.

3. TUTELA PROVISÓRIA E DE URGÊNCIA QUE SE MOSTRAM PLAUSÍVEIS. EVIDÊNCIA CONCRETA DE PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL. SUSPENSÃO DO PARECER 01/2017/GAB/CGU/AGU ATÉ FINAL DECISÃO NO RE 1017365 (TEMA 1031).

Excelência, se faz necessário, para garantir segurança jurídica aos envolvidos nos procedimentos de demarcação, em especial às Comunidades indígenas, que se possa suspender o Parecer vinculante da AGU, até que se defina uma tese no âmbito do RE 1.017.365. A razão de existência da repercussão geral (Tema 1031) é justamente pacificar essa matéria e, antes disso, não faz sentido algum a administração pública federal institucionalizar uma tese, extraída da Pet. 3388/RR, em prejuízo de uma das partes.

Certo, ainda, que o argumento central do Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU é a institucionalização da jurisprudência desta Egrégia Corte. Contudo, diante da repercussão geral conhecida, não há razão para que a União continue se utilizando dessa ferramenta jurídica, para instituir atos nocivos, sendo que após decisão, quanto ao Tema 1031, poderá haver a necessidade de readequação, quando não de revogação de decisões apoiadas do referido Parecer, o que faz gerar uma instabilidade e uma insegurança jurídica de enormes proporções, afigurando-se, daí, o risco na demora, pois que a FUNAI está se utilizando do combatido instrumento normativo para decidir sobre os direitos territoriais dos povos indígenas, em claro prejuízo aos povos.

Excelência, com todas as *vênias*, o ato administrativo mais nocivo, que se embasa unicamente no Parecer Vinculante da AGU, se deu na última semana do mês de janeiro, do corrente ano, que de autoria do Ministro da Justiça, Sérgio Moro, determinou a devolução à FUNAI, dos 17 Processos Administrativos de demarcação que há muito aguardam a assinatura da Portaria Declaratória, sob o seguinte argumento:

Nos ofícios de devolução enviados à Funai, Moro argumenta que a consultoria jurídica do ministério "sugeriu a devolução" dos processos para a Fundação Nacional do Índio "avaliar, ponto a ponto, o cumprimento das diretrizes fixadas no parecer" adotado por Temer em 2017 a partir de uma manifestação da AGU (Advocacia-Geral da União).

O parecer de Temer impõe a aplicação administrativa do chamado "marco temporal", uma interpretação jurídica não prevista na Constituição.

Segundo essa tese jurídica, os indígenas que não estavam em suas terras em outubro de 1988 (data de promulgação da Constituição) ou que não lutaram judicialmente por ela não teriam mais direito algum sobre as terras, ainda que sobre elas existam pareceres antropológicos demonstrando que pertenceram a seus antepassados.

A então advogada-geral da União, Grace Mendonça, emitiu um parecer para concordar com o "marco temporal", decisão tomada a partir de votos e decisões isoladas de alguns ministros ou de turmas —o assunto ainda não passou pelo plenário do STF (Supremo Tribunal Federal).

Com isso, uma série de adiamentos e entraves passou a ocorrer com os processos de demarcação de terras indígenas tanto na Funai quanto no Ministério da Justiça.

A tese é atacada por advogados especializados em direitos indígenas.

Líderes indigenistas ouvidos pela reportagem sob a condição de anonimato afirmam que alguns dos mesmos processos devolvidos por Moro já haviam sido restituídos anteriormente e analisados, inclusive sob a ótica do parecer de Temer e com participação da consultoria jurídica do ministério².

E complementa a reportagem do jornalista Rubens Valente, da Folha de São Paulo:

"Os processos estão fisicamente na Funai e foram devolvidos visando avaliar, ponto a ponto, o cumprimento das diretrizes fixadas no parecer GMF nº 005/2017, aprovado pelo presidente da República [Temer], referentes à demarcação de terras indígenas, conforme sugestão apresentada pela consultoria jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública."

Os 17 processos, segundo a matéria de jornal, devolvidos à FUNAI para adequar ao Parecer 01 da AGU, são os seguintes: Vista Alegre (AM); Tuwa Apekuokawera (PA); Sambaqui (PR); Marú (PA); Pindory/Araçá-Mirim (SP); Guaviraty (SP); Kanela Memortumré (MA); Cobra Grande (PA); Barra Velha do Monte Pascoal (BA); Tupinambá de Olivença (BA); Wassú-Cocal (AL); e, Paukalirajausu (MT).

Ainda, as terras que aguardavam decreto de homologação são: Toldo Imbu (SC); Rio Gregório (AC); Cacique Fontoura (MT); Xukuru-Kariri (AL); e, Arara do Rio Amônia (AC), segundo a mesma matéria do jornalista Rubens valente, que conseguiu acesso aos dados pela via da Lei de cesso à Informação.

² Vide mais em: <https://www.jb.com.br/pais/politica/2020/01/1021896-moro-usa-parecer-de-temer-e-trava-demarcacao-de-17-terras-indigenas-no-pais.html>. Acesso em 04.02.2020.

Ministro, se o Parecer da AGU não for suspenso, até que esta Corte Constitucional defina sobre o “Estatuto Jurídica da Causa Indígena” no âmbito do RE 1017365, a FUNAI poderá rever um conjunto de atos, em processos que tramitam há décadas, revendo decisões com base no referido instrumento normativo ora atacado, sob o argumento que estaria a institucionalizar a vontade do Egrégio STF, o que não é verdade, gerando uma instabilidade jurídica sem precedentes para a matéria constitucional indígena.

Veja-se que se esta Corte confirmar o indigenato e a vontade do Constituinte Originário, em a FUNAI tendo revisto casos com base no Parecer 01/AGU, após possível decisão no tema 1031/STF, que não admita o que consta do referido instrumento normativo, novamente haverá que se fazer uma revisão da revisão, o que torna custoso à União, aos índios e às partes.

Uma outra faceta é o risco de violência, caso o Parecer Vinculante não seja suspenso até que se defina uma tese que vincule a todas as partes interessadas. Um exemplo claro, que vem se repetindo, é o estado de euforia nas regiões onde há processo de demarcação em trâmite, após o despacho do Ministro da Justiça, o que pode culminar em violência física, além de cultural, simbólica, por racismo e atos de preconceito contra os Povos. Veja da seguinte matéria:

BA: fazendeiros comemoram devolução à Funai de demarcação de terras indígenas

As áreas em questão são a Terra Indígena Tupinambá de Olivença, de 47,3mil hectares, situada entre Una, Ilhéus e Buerarema, e a de Barra Velha (54 mil hectares), de índios da etnia pataxó e localizada em Porto Seguro. Ambas são disputadas por fazendeiros e empreendimentos ligados ao turismo no litoral baiano³.

Ainda, nas redes sociais é possível perceber a agitação. São frequentes, pelo que se percebe do perfil de dirigentes e líderes de associações, a reunião de pessoas para fazer frente à demarcação das terras indígenas, o que pode culminar em violências de toda ordem. Essa agitação está se dando em função da decisão do Ministro da Justiça em determinar que a FUNAI reveja os casos acima apontados.

Veja-se o ofício, em anexo (DOC 1):

OFÍCIO N° 2740/2019/SE/MJ

³ Acesso em 04.02.2019: <https://blogs.canalrural.com.br/mariobittencourt/2020/02/01/fazendeiros-da-bahia-comemoram-devolucao-a-funai-de-demarcacao-de-terras-indigenas/>.

Brasília, 30 de dezembro de 2019.

Ao Senhor MARCELO AUGUSTO XAVIER DA SILVA Presidente da Fundação Nacional do Índio SCS Quadra 9, Torre B, Edifício Parque Cidade Corporate - Asa Sul 70308-200 – Brasília/DF

Assunto: Processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença/BA. Referência: Processo nº 08620.001523/2008-43.

(...)

Sobre o assunto, esclarece-se que à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública sugeriu a restituição dos autos a esta Fundação Nacional do Índio (10635195), visando avaliar, ponto a ponto, o cumprimento das diretrizes fixadas no Parecer GMF nº 005/2017 (10635190), aprovado pelo Presidente da República, referentes à demarcação de terras indígenas.

Pior, no caso Tupinambá, a FUNAI já teria avaliado o cabimento do Parecer 01/AGU para aquele processo e conclui a impossibilidade de aplicação da tese do marco temporal (DOC 2):

Informação Técnica nº 33/2018/CODAN/CGID/DPT-FUNAI Em 25 de maio de 2018

À Senhora Coordenadora de Delimitação e Análise Assunto: Análise técnica da diligência solicitada pelo Ministério da Justiça sobre o procedimento de identificação e delimitação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença.

Referências: Processo Funai/BSB nº 08620.001523/2008-43 (identificação e delimitação, 10 volumes). Base legal: artigo 231 da Constituição de 1988, Decreto Presidencial nº 1.775/96, Portaria do Ministério da Justiça nº 14/96, Portaria do Ministério da Justiça nº 2.498/11, Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU (GMF-05).

A FUNAI, na mesma Informação Técnica de nº 33/2018, ao concluir pela manutenção do procedimento de demarcação, assim conclui, ao garantir que o Parecer 01/AGU (marco temporal), não se aplica ao caso concreto:

Destarte, verifica-se que o relatório circunstanciado de identificação e delimitação da Terra Indígena Tupinambá de Olivença, a partir das justificativas acima elencadas, promove uma descrição pormenorizada do processo de ocupação no tempo e atual dos indígenas na área delimitada, atestando a intensificação gradual do esbulho territorial impingido em face do povo Tupinambá, que se materializou de modo consistente até meados do século XX (décadas de 1950 e 1960), aduzindo, igualmente, a manutenção do exercício da posse dos indígenas em todas as regiões e unidades de paisagem que compõem a proposta de delimitação entabulada pelo GT constituído pela Portaria nº 102/PRES/2004.

Portanto, até mesmo os casos já analisados sob a ótica do Parecer Vinculante foram devolvidos à FUNAI pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, o que torna ainda mais nociva e perniciosa a decisão, gerando instabilidade social e insegurança jurídica para as partes, o que faz permitir a suspensão do instrumento utilizado, como razão de decidir, até que esta Corte defina sobre a matéria e fixe uma tese que vincule a todos os casos.

Para robustecer o ora alegado, e que se soma ao que se pleiteia, em 09 de setembro de 2019, o Presidente da FUNAI, Marcelo Xavier, deu o seguinte despacho (OFÍCIO Nº 1015/2019/PRES/FUNAI – em anexo – DOC 3), o qual se apoiou no referido Parecer, para desistir de ação ingressada em favor dos Kaingang de Palmas/PR, com liminar já deferida, em claro prejuízo aos índios e ao patrimônio público indisponível:

Assunto: Ação Rescisória nº 5037051-44.2019.4.04.0000/TRF da 4ª Região. Referência: Caso responda este Ofício, indicar expressamente o Processo nº 00407.024201/2016-03.

Senhor Advogado-Geral,

1. Cumprimentando-o cordialmente, encaminha-se o Despacho Presidência - Pres (SEI nº 1573249), para que sejam adotadas as providências judiciais em relação à Ação Rescisória (Autos n. 5037051-44.2019.4.04.0000/TRF da 4ª Região), que foi promovida em desconformidade com os parâmetros legais, apurados e expostos no despacho supracitado, principalmente nos itens 2 e 5, **dando ciência sobre o desinteresse da Funai e desistência da referida ação judicial, inclusive de eventuais medidas correicionais em desfavor do integrante da instituição que reputar cabíveis em razão do aparente descumprimento do Parecer Vinculante nº 001/2017/GAB/CGU/AGU**, à luz do que dispõe a Formulação nº 219/DASP. 2. Registre-se, por oportuno, a preocupação decorrente da cautela que se deve ter no exame do pedido de antecipação de tutela em Ação Rescisória, com ponderações maiores, posto que eventual deferimento da medida antecipatória, necessariamente, interferirá na produção dos efeitos de decisão judicial já transitada em julgado, inclusive de custos e honorários de sucumbência na hipótese de improcedência da pretensão. 3. No aguardo da solicitação em tela, esta Funai se coloca à inteira disposição para maiores informações. Anexos: I - Despacho Presidência - Pres (SEI nº 1573249).

Respeitosamente

MARCELO AUGUSTO XAVIER DA SILVA

Presidente

No caso, os Kaingang ocupavam a terra demarcada e já registrada em cartório em nome da União, há mais 20 anos e, com base no Parecer Vinculante, a FUNAI decidiu por desistir do processo, porque não havia ocupação física pelos indígenas na data da promulgação da Carta Política vigente, ao argumento, ainda, de que essa tese é a jurisprudência do STF – contudo, esta Egrégia Corte fez justiça, quiçá seja ainda provisória, e deferiu liminar na Ação Rescisória nº 2.756, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, e assegurou aos mesmos índios Kaingang, o direito à posse da área, até o trânsito em julgado da referida ação.

A decisão da FUNAI pela desistência da ação judicial no TRF4 é apenas uma, num conjunto maior de atos, que, embasada no Parecer Vinculante, sob o argumento de estar a aplicar a jurisprudência do STF, vem gerando insegurança jurídica e acirrando os conflitos entre índios e não índios.

Veja-se também sobre a desistência da FUNAI em ação que tramita neste Supremo Tribunal Federal – STF, datado 21 de novembro de 2019 (DOC 4):

Prezados,

Reporto-me à Cota n. 01864/2019/COAF/PFE/PFE-FUNAI/PGF/AGU (1709568), por meio da qual a Procuradoria Federal Especializada (PFE/Funai), em atendimento ao Despacho emanado do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) no bojo da Suspensão de Liminar nº 926/MS, questiona sobre a subsistência de interesse institucional da Funai no prosseguimento de aludido feito, proposto em outubro de 2015.

(...)

Diante do exposto, **esta Presidência posiciona-se pela ausência de interesse institucional da Funai no prosseguimento da Suspensão de Liminar nº 926/MS.** À Procuradoria Federal Especializada (PFE/Funai), para ciência da manifestação ora exarada e adoção das providências de praxe. Atenciosamente.

Excelência, não há razão para que a Fundação Nacional do Índio, que deveria defender os direitos dos índios, se apoie num instrumento jurídico sem embasamento concreto, que afronta a vontade do constituinte originário e as decisões da Suprema Corte, e simule uma suposta institucionalização da jurisprudência do STF, e que afronta, em

especial, o acórdão que conheceu a repercussão geral da matéria indígena – que é o núcleo central do Parecer vinculante – no RE 1017365, de relatoria de Vossa Excelência, em claro prejuízo às Comunidades indígenas e ao patrimônio público.

4. DO CABIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL E DA TUTELA DE URGÊNCIA

Quanto ao cabimento da tutela provisória incidental, temos que o art. 294 e seguintes do Código de Processo Civil, permite, em caráter antecedente ou incidental, diante da demonstração suficiente, que seja deferido o pedido para suspender os efeitos do Parecer vinculante, até que esta Egrégia Corte Constitucional defina sobre uma concreta interpretação do estatuto jurídico dos povos indígenas.

Assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Parágrafo único. Salvo decisão judicial em contrário, a tutela provisória conservará a eficácia durante o período de suspensão do processo.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Em sentido complementar, o art. 300 e seguintes do Código de Processo Civil, permite, diante da demonstração suficiente do risco da demora, que seja deferido o pedido para suspender os efeitos do Parecer vinculante, até que esta Egrégia Corte Constitucional defina sobre uma concreta interpretação do estatuto jurídico dos povos indígenas.

Vejamos como está definido a cautelar no CPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Nesse sentido, é cogente que se possa impedir que a FUNAI e o Ministério da Justiça e Segurança Pública continuem a se utilizar do Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU para gerar insegurança jurídica e prejuízo às Comunidades indígenas, inclusive, impedindo que a Procuradoria Federal Especializada (PFE/FUNAI) possa fazer a defesa dos atos demarcatórios já constituídos.

O uso do instrumento normativo, ora guerreado, pode retirar dos povos indígenas, inclusive dos Xokleng, o direito já constituído em procedimentos de demarcação fundados na higidez da legislação constitucional.

Por fim, é sabido por todos, de acordo com o que segue em anexo, que a presidência da FUNAI está destituindo grupos técnicos de estudo e delimitação de terras indígenas, e substituindo os *experts* pelo que chama de “pessoas de confiança”. Esses atos todos estão embasados no Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU. Ainda, está a definir que as terras que não estiverem regularizadas, com a respectiva homologação, não recebem

as políticas públicas direcionadas aos índios. Significa que o efeito é de amplo espectro e atinge também, e deliberadamente, o Povo Xokleng, parte nestes autos, pois ainda não possuem a terra devidamente regularizada (comprovação do alegado em anexo – DOC 5 e DOC 6).

Portanto, fica devidamente demonstrado, com evidências muito claras, o perigo na demora e a fumaça do bom direito, permitindo a Vossa Excelência, que possa suspender o Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, até que se defina sobre a matéria, quanto ao Tema 1.031, garantindo segurança jurídica aos povos indígenas e aos bens da União.

5. DO JULGADO NA PET. 3388/RR E DA VONTADE DA CORTE ESPEICAL. DA PROIBIÇÃO DE EXTRAÇÃO DE EXCERTOS. O ESBUHLO INADMISSÍVEL. NULIDADE DE TÍTULOS. PARECER QUE NÃO SE AMOLDA AO ENTENDIMENTO DO PLENO DO STF

Excelência, embora a matéria seja eminentemente processual, não se poderia deixar de demonstrar que a escolha de uma decisão, num caso concreto, de onde foram extraídos excertos, não faz configurar a aplicação da jurisprudência do STF por meio de ato normativo do Poder Executivo, mas, ao contrário, configura em escolha política ideológica, mas nunca em aplicação do direito.

De início, cumpre ressaltar que os indígenas foram tutelados até 05 de outubro de 1988. Sob o jugo da ditadura militar, foram castigados, violentados e até mesmo mortos em função do Estado de exceção. Se ousassem voltar para o território de onde foram retirados a força, certo que seriam torturados e presos⁴. Estes acontecimentos estão documentados nos Relatórios Figueiredo e da Comissão Nacional da Verdade e seus termos seguem inalterados na recente história de violências perpetradas contra os povos indígenas, o que resume em si as evidências do esbulho continuado.

Doravante, na sessão de julgamento pelo STF do dia 16/08/2017 ficou devidamente esclarecida a pendência sobre a extensão da Pet. 3388/RR a outros casos similares (ACO 366 e ACO 362, Rel. Min. Marco Aurélio Mello). É possível asseverar que o mérito do Parecer Vinculante não é a vontade da Corte Constitucional e muito menos a vontade do

⁴ Vide sobre o presídio Krenak em: <https://oglobo.globo.com/brasil/as-tragedias-dos-indios-krenak-18533019>.

Constituinte Originário.

Não há que falar em perda da posse indígena se houve retirada da Comunidade do seu território sem sua anuência, como minuciosamente explicou o relator do Embargos de Declaração da Pet. 3388/RR, o Ministro Luís Roberto Barroso. A perda só pode ocorrer se a comunidade abandonou suas terras voluntariamente e sem desejo de retorno.

Essa prova cabal da posse, do esbulho e do abandono do território tradicional só pode ser demonstrada pela ciência antropológica, o que ficou evidenciado na posição lançado pelo ministro Ricardo Lewandowski na ACO 366/MT, acrescentando, ainda, a importância dos estudos científicos, tanto para identificação da tradicionalidade da ocupação, quanto para a demarcação das terras indígenas.

Contudo, é sabido por todos da recente história indígena no Brasil e, por isso, temos que os povos, em sua esmagadora maioria, foram retirados, sem sua anuência, das ricas terras e confinados em pequenos tratos, com o objetivo de serem integrados impiedosamente à sociedade não índia, com o fito, ainda, de serem devassados culturalmente e suas terras entregues à colonização. Certo, também, que a Carta Política de 1988 veio proteger essa diversidade cultural e dar garantias da devolução de pelo menos parte das terras esbulhadas aos índios, seus últimos refúgios. Portanto, a extensão ou a extração de parte do julgado na Pet. 3388/RR, conflita com a vontade soberana do Constituinte Originário e com a violência exercida contra os povos indígenas e não é nunca foi a jurisprudência do Egrégio STF.

Resta ainda mais que certo que não se pode extrair, mesmo que se aceitasse a aplicação do caso Raposa Serra do Sol, pequenos excertos para expurgar os direitos territoriais indígenas. Nessa linha já decidiu a Eminente Ministra Rosa Weber, confirmando que a Pet. 3388/RR é muito mais que teses nocivas aos índios:

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, **cumpra 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).

A vontade do Constituinte Originário foi, em parte, a posição marcada no julgado do caso Raposa Serra do Sol e muito bem explicada pela ministra Rosa Weber. O julgado é composto de um conjunto de garantias fundamentais e não se pode extrair, caso fosse o entendimento pela extensão da decisão, seletas e isoladas apurações constantes de vontades políticas confusas. 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 quase toda a ementa da pet. 3388/RR, e não apenas retira excertos ideológicos do julgado, como fez a AGU na confecção do Parecer Vinculante.

Desse modo, seguindo o conjunto do julgado na Ação Popular 3.388/RR e a esclarecedora explicação do Ministro Relator dos Embargos de Declaração, em consequência do julgamento da ACO 312/BA e das ACOs 362/MT e 366/MT, a perda do território de ocupação tradicional, nos termos do §1º do art. 231 da CF/88, não acontece se houve retirada forçada, mesmo que a remoção tenha se dado em passado distante. Esta interpretação ficou consignada no marcante julgamento do processo relativo à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Vejamos sobre a proteção do território tradicional constante do acórdão da Pet. 3388/RR:

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)⁵.

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:

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, mais as "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).

Garante ainda o relator dos Embargos de Declaração da Pet. 3388/RR que (...) o art. 231 da Constituição de 1988 **“reconhece um direito insuscetível de prescrição aquisitiva [...]”**⁶, o que inviabiliza por completo o argumento do Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, que tenta a limitar os direitos Constitucionais dos povos indígenas.

O art. 231, §1º, firma que “não é essa ou aquela”, como fica devidamente perceptível da decisão na Pet. 3388/RR, mas sim “essa e aquela”, somando-se, no território, as áreas de ocupação permanente, mais aquelas de proteção ambiental, de atividades produtivas, e as que se revelarem necessárias à reprodução física e cultural dos índios, segundo seus usos e costumes.

Foi o que reafirmou o ministro Marco Aurélio Mello no julgado unânime da ACO 362/MT, fazendo valer brilhante posição do ministro Vitor Nunes Leal no RE n.º 44.585:

Desde a Carta de 1934, não se pode caracterizar as terras ocupadas pelos indígenas como devolutas. O Supremo possui antigo precedente sobre o tema, consubstanciado em decisão que teve por objeto a constitucionalidade da Lei n.º 1.077/1950, do Estado de Mato Grosso, a qual reduziu a amplitude da área de terras que se achavam na posse dos silvícolas – recurso extraordinário n.º 44.585, relator o ministro Ribeiro da Costa, julgado em 30 de agosto de 1961.

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

⁶ Idem.

(...) se o Estado a diminuiu em dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e **poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a ‘posse’ estaria materializada nas malocas. Não foi isso que a Constituição quis.** O que ela determinou foi que, num verdadeiro parque indígena, com **todas as características culturais primitivas, pudessem permanecer os índios, vivendo naquele território,** porque a tanto equivale dizer que continuariam na posse do mesmo (ACO 362/MT).

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 anulou todas as posses e títulos incidentes sobre o território tradicional, o que lega o Parecer ora combatido a 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*”** ao se aplicar excertos notadamente fora de contexto (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 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).

Subsidiariamente, para demonstrar o equívoco contido nos fundamentos do Parecer Normativo n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, há que se demonstrar o conflito com a jurisprudência do STF e, especialmente, com o julgado na Pet. 3388/RR, o que romperia com o engate lógico da relação temporal que os indígenas tem com a terra, temos 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 n.º 32.709⁷, de relatoria do ministro Dias Toffoli, a mesma visão de terras indígenas sobressai:

...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).

Necessário ressaltar ainda que além das violências físicas, psicológicas e culturais perpetradas contra os povos indígenas, o que implica na impossibilidade de perda da posse, também não há falar em restrição de direitos territoriais quando a própria relação tradicional com a terra, faz com que os índios não estivessem na posse física da terra na data de 05 de outubro de 1988, como bem salientado no voto do ministro Dias Toffoli.

Ademais, o único meio 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

⁷ Vide também, pela inaplicabilidade do marco temporal, decisões do Pleno do STF no MS n.º 27.939 e MS 31.100.

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, o que não se tem no Parecer ora guerreado.

Ainda, 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).

Quanto as condicionantes fixadas na Pet. 3388/RR, para além da tese do marco temporal, outra sorte não há, sendo que seu conteúdo apenas objetivava a viabilidade do cumprimento daquele julgado. Nesse sentido, ademais, temos que o caso Raposa Serra do Sol se trata de uma decisão importante acusada pela Suprema Corte do Brasil e que foi imputado ao caso concreto uma relevante e valiosa contribuição dos julgadores. Reconheceram um direito territorial dos índios e sua proteção constitucional, além de garantir força executiva com a fixação de algumas condições, anulando-se, em consequência, todas as ocupações nos limites da área.

Acuse-se, também, que os ministros se debruçaram sobre a temática e mantiveram a demarcação de forma contínua, determinando a nulidade de títulos e a retirada de não-índios que tinham posses incidentes sobre as terras de ocupação tradicional, fazendo do julgado, um conjunto completo e bem delineado, devendo ser abordado na totalidade, e não em partes que possam ser extraídas e aplicadas em detrimento de direitos fundamentais dos índios.

Vale dizer, porém, que se trata de uma decisão da mais alta Corte brasileira e a posição declarada pelos ministros, 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 Supremo Tribunal Federal.

6. DA MATÉRIA FIXADA NO PARECER QUE JÁ FOI DEFINIDA NAS ACOS 362 E 366. TESES CONFLITANTES. SUSPENSÃO IMEDIATA DO PARECER QUE SE IMPÕE PARA GARANTIR SEGURANÇA JURÍDICA

O ministro Marco Aurélio Mello (relator), no advento do julgamento da ACO 362 (em anexo – DOC 7), no dia 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, bem como a sua forma de aferição.

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 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.

E conclui o ministro Roberto 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 Morais, na mesma linha, rebusca o indigenato e compreende que a posse indígena não se perde quando retirados à força ou sem sua vontade das 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 então ministra presidente, Cármen Lúcia, 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 (art. 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 Carmen Lúcia 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 que aparece de passagem no caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR), não era para limitar o direito à terras dos 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.

Vossa Excelência 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, Vossa explicação 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 concluí 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. Afirmou 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 estejam na posse física em determinado tempo, mas sim, de qualquer forma, mantenham a posse tradicional. Essa forma de ocupação é que difere da posse civil, tornando o direito territorial indígena matéria de cunho eminentemente constitucional e originária, com base nos usos e costumes de cada povo e de cada comunidade indígena. Diz a ministra:

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 extreme 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 sobre a 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 único meio eficaz 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, foram devidamente afastados.

Contudo, não é razoável que a administração pública federal continue a se utilizar do Parecer Vinculante n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, ante os últimos julgados do Pleno do STF, bem como face ao conhecimento da repercussão geral da matéria em debate, o que reflete na necessidade e urgência de se suspender os efeitos do instrumento normativo, até que a Corte venha a fixar uma tese realmente vinculante, o que tende a garantir segurança e estabilidade jurídica às partes envolvidas neste e num sem número de outros casos similares.

7. DA TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE VINCULAÇÃO DE DECISÃO CAUTELAR. EFEITO *ERGA OMNES*. SEGURANÇA E ESTABILIDADE JURÍDICA.

Excelência, mais que certo da possibilidade de se aplicar o efeito vinculante a decisões de natureza constitucional, quando estamos a falar de risco de prejuízo de ordem irreparável, como seria o caso de revisão de processos que há muito tramitam dentro do

poder executivo, como são os casos de demarcação de terras indígenas, com base em ato normativo que tem como objeto, matéria indefinida, mas avocada para julgamento pela Suprema Corte com *status* de repercussão geral.

Diante da efetiva demonstração do risco de retrocessos, em níveis desproporcionais, que poderiam causar enormes prejuízos às partes e alimentação do conflito no campo, inclusive com risco de mortes, a partir da demonstração cabal por meio de decisão do Ministro da Justiça, ao restituir 17 processos à FUNAI para adequar à tese do marco temporal, sem que esta Corte tenha definido sobre o Tema 1031, afeto ao caso, tem-se que uma decisão que suspenda os efeitos do Parecer 01/AGU, como se pleiteia, poderia ter efeitos *erga omnes*.

Ademais, em esta Corte definindo que o marco temporal e a impossibilidade de redimensionamento de limites afrontam a Carta Política de 1988, teríamos daí uma decisão com efeito vinculante, tornando inconstitucional a tese aposta no Parecer Vinculante. Isso significa que, por cautela, dado o risco iminente de conflito e prejuízo às partes e ao Estado do Brasil, que é o proprietário das terras de ocupação tradicional, cabível se torna a vinculação de uma decisão no âmbito do presente processo, a todas as outras áreas em procedimentos de demarcação, pelo menos até que a Corte julgue o RE-RG nº 1017365, de Sua relatoria.

Nessa linha já decidiu o Egrégio STF: Plenário. ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017 (Info 886)⁸.

Nesse sentido, caso deferido o pedido, que possa também sustar os efeitos do Parecer Vinculante n.º 01/2017/GAB/CGU/AGU, não somente entre as partes confrontantes nestes autos, mas que mantenha sem uso o instrumento normativo até que a Corte defina sobre o Tema 1031.

⁸ A nova interpretação deve ser a seguinte: **quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e "erga omnes"** e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. Vide mais em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/533957115/stf-passa-a-acolher-a-teoria-da-abstrativizacao-do-controle-difuso>. Acesso em 04.02.2020.

8. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, pede seja recebida e processada a presente tutela provisória incidental, para suspender os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, *inaudita altera parte*, até que essa Corte Constitucional possa definir sobre a matéria posta sob a análise do instituto da repercussão geral, no RE 1017365 (Tema 1031).

Que a decisão cautelar possa ter efeito vinculante, o que se afigura razoável e proporcional, assegurando segurança e estabilidade jurídica não só para os Xokleng, ora requerentes, mas também – demonstrada a pertinência, bem como a garantia de celeridade e o aproveitamento dos atos – que se garanta a mesma cautela a todas as comunidades e povos indígenas, como também aos não índios interessados.

Se assim por bem não entender Vossa Excelência, que possa manter hígida a situação jurídica do processo administrativo do Povo Xokleng, a sua segurança física, psicológica e cultural, suspendendo os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, juntado a estes autos pela União em sede de Alegações Finais, até que seja julgado o presente processo ou o Tema 1031/STF, que também envolve o mesmo Povo, não permitindo que a FUNAI reveja o caso dos autos em prejuízo do seu direito originário.

Pede deferimento.

Brasília-DF, 11 de fevereiro de 2020.

ADELAR CUPSINSKI

OAB-DF 40.422

RAFAEL MODESTO DOS SANTOS

OAB-DF 43.179