

O PARECER GMF 05/2017 DA AGU E A CONSTITUIÇÃO

MANOEL L. VOLKMER DE CASTILHO
Juiz aposentado do TRF/4, Ex-Consultor-Geral da União

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Petição 3.388/RR – o famoso caso Raposa Serra do Sol – ao julgar parcialmente procedente ação popular em face do ato administrativo de demarcação das terras indígenas respectivas, editou veredicto no qual, por sugestão do Ministro Direito, fez inserir as chamadas 19 salvaguardas ou condicionantes que acabaram por constituir um elenco de diretivas a serem adotadas pela Corte e pela jurisprudência nacional em matéria semelhante.

I

No Processo Administrativo nº 00400.002203/2016-01 – interessada a Casa Civil da Presidência da República – a Advogada-Geral da União, acolhendo parecer de sua Consultoria-Geral, a partir desse aresto adotou como orientação para a Administração Pública Federal em todo o país as considerações então exaradas pela Corte Suprema e submeteu-as à aprovação do Senhor Presidente da República nos termos do art. 41 da lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993 (“*Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.*”) para os efeitos do art. 40 § 1º da referida lei complementar (“O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”) tendo em vista a relevância da matéria e a necessidade de padronização.

Com o aprovo presidencial em 17 de julho de 2017 e a publicação oficial (Parecer GMF 05/2017, DOU de 20 de julho de 2017, Seção 1, p. 7 e ss.) a matéria passou a ter força normativa e vinculante para “a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento” (art. 40, § 1º, e, no caso, por aprovação de parecer da Consultoria-Geral pelo Advogado-Geral, nos termos do art. 41 da LC 73/93: “[c]onsideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”) também são impositivas as considerações exaradas.

Ao aprovar o parecer da AGU, portanto, o Presidente da República no exercício de sua autoridade conferiu às conclusões do parecer em questão força normativa vinculante com isso caracterizando-o como “ato normativo federal” que, nessa linha se sujeita, nos termos do art. 102, I, ‘a’ da Constituição, ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal via de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Consta da ementa do ato normativo referido a seguinte orientação a que ficam obrigados os próprios advogados públicos e os órgãos e entidades da Administração Federal, *verbis*:

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).*

O que o parecer normativo da AGU dispôs, em face dessa redação, é que as “*salvaguardas institucionais às terras indígenas*” fixadas na decisão do STF (Pet. nº 3.388/RR) constituem normas que *decorrem da interpretação* da Constituição então adotada e que em razão disso a Administração Pública Federal deve observá-las, respeitá-las e dar-lhes efetivo cumprimento “*em todos os processos de demarcação de terras indígenas*”.

É que, justifica-se, “*em razão de todos os problemas relacionados à forma da Portaria AGU n. 303/2012 [que aprovara parecer anterior em termos semelhantes então adotado pelo AGU, mas mais tarde suspenso], faz-se premente e necessário que o seu conteúdo normativo, que simplesmente reproduz a decisão do STF na PET n. 3.388/RR, seja incorporado por parecer jurídico emanado desta Advocacia-Geral da União, o qual, uma vez aprovado pelo Presidente da República, possa ter os devidos efeitos vinculantes em relação a todos os órgãos da Administração Pública Federal.*”. O próprio parecer historia os antecedentes de sua edição.¹

1 “*Nos autos do processo n. 00692.003281/2014-15, a Consultoria-Geral da União conduziu, no ano de 2014, um estudo comparativo entre as salvaguardas mantidas pelo acórdão dos embargos e as disposições da Portaria AGU nº 303/2012, do qual decorreu-lhe percepção de que em seu mérito esta continuaria - s.m.j. - coadunada ao conjunto dos referidos acórdãos do STF, porém, passaria a ter seu efeito vinculativo relativizado pela última decisão. De seu turno, também contribuindo para o mesmo estudo, no processo 00400.000605/2015-82, a Secretaria-Geral de Contencioso, em pronunciamento exteriorizado ainda no ano de 2014, depois mantido na Nota AGU/SGCT/ADZIN n. 28/2015 (16/07/2015), posicionou-se como segue: a) apenas porque proferida em sede de ação popular, meio processual inidôneo para controle abstrato de normas, é que a decisão do STF, embora para o caso concreto esteja dotada de eficácia contra todos (“*erga omnes*”), não operaria efeitos vinculantes e nem obrigatoriedade formal (“*formally binding*”) para todas as demais situações símiles, visto que desprovida de vinculação automática para outros casos; b) sem embargo disso, seus efeitos de precedente persuasivo da mais elevada Corte Judiciária do País tendem a nortear o critério decisório em futuras demarcações, consoante se denota dos julgamentos do RMS nº 29.087 (j. 16.09.2014, red. p/o acórdão o Min. Gilmar Mendes) e do RMS nº 29.542 9 (j. 30.09.2014, rel. Min. Carmen Lúcia); c) já constam inclusive da parte dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello manifestações favoráveis à conveniência do restabelecimento da Portaria AGU nº 303/2012, que reputam importante contribuição para pacificação do tema (RMS nº 29.087, 2ª Turma, j. 16.09.2014, DI de 14.10.2014, p. 72); d) a análise determinada pela Portaria AGU nº 27/2014 não*

Para a adequada compreensão da *norma* em jogo, vale reproduzir partes da ementa do julgado na Petição nº 3.388/RR (na verdade uma Ação Popular em que Estado e União tinham interesses opostos, sendo Rel. Min. Britto, Plenário, maioria, j. 19.03.2009, DJe 01.07.2010):

[...] REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

[...] 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por

demanda considerações quanto à conveniência e oportunidade acerca da manutenção, alteração ou revogação da Portaria AGU nº 303/2012, próprios da autoridade competente; e) no que concerne à compatibilidade de conteúdos jurídicos entre a Portaria AGU nº 303/2012 e a decisão integrada proferida pelo STF na Petição nº 3.388-STF, e à vista da minuta de sugestões propostas pela CGU, em caso de eventual decisão pela manutenção da Portaria nº 303/2012 far-se-iam necessárias que a minuta agregasse as exíguas adequações formuladas na sua manifestação.”

eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

[...] 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

[...] 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletiva-

mente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”.

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. 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). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, 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. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. 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.

O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

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 de 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. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

[...] 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

Adiante, a ementa esclarecedora do julgado nos Embargos Declaratórios (Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, Plenário, j. 23.10.2013):

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL.

[...] 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa

julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos.

4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.

Como referido, no curso do julgamento pela Corte Suprema por sugestão do voto do Ministro Menezes Direito foram adotadas as denominadas *salvaguardas institucionais* com o propósito de ordenar determinadas providências e medidas relacionadas com a disciplina própria da matéria indígena visto que na discussão do tema que estava em debate – no caso a *Terra Indígena Raposa Serra do Sol* – surgiram diversas peculiaridades que poderiam se repetir em outros questionamentos semelhantes.

Daí a Corte entendeu de, adotando-as, incorporar seus termos ao *dispositivo do acórdão* respectivo na seguinte forma:

“... o Tribunal julgando [a ação] parcialmente procedente, nos termos do voto do Relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Senhor Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e determinando que sejam observadas as seguintes condições:

(I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;

(II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

(III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

(V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

(VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

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

(VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;

(X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

(XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

(XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973);

(XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

(XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e

(XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

Essas considerações deliberativas do STF, embora não tenham sido editadas em procedimento judicial de cuja decisão surgisse desde logo eficácia vinculante ou efeitos *erga omnes* posto que se originasse de uma Ação Popular com inúmeros incidentes que a descaracterizaram, consumaram-se em uma *Petição* e foram formalmente editadas e incluídas *na proclamação* em juízo, dotando assim o dispositivo dessa importância jurisdicional por ato do próprio Tribunal.

Ante essas manifestações da Corte Suprema a Advocacia-Geral da União no exercício do seu poder de disciplinar e padronizar o comportamento judicial e extrajudicial das questões jurídicas de sua responsabilidade, isto é, de assessorar o Poder Executivo e em juízo defender os interesses da União, *emitiu o parecer* de que se cogita e assumiu a iniciativa e a determinação de estabelecer, de par com a decisão judicial do STF nos precedentes ditados, também para a Administração Pública Federal *com força vinculante e normativa* para seus órgãos e entidades, uma orientação diretiva com as mesmas “*condicionantes*”.

Forte nessa perspectiva, portanto, o parecer em exame se reveste inequivocamente de *caráter normativo* tanto pela *forma* que lhe empresta o aprovo presidencial quanto pelo *conteúdo* expressamente referente ao julgado da Corte Suprema, ele mesmo, repita-se, auto dotado de caráter objetivamente vinculante.

II

As razões de que lançou mão a Advocacia-Geral da União para formular o juízo administrativo vinculante, particularmente relacionado às salvaguardas que pretende igualmente vinculantes no âmbito administrativo da União, podem ser seguidas através dos excertos respectivos adiante reproduzidos:

“As salvaguardas institucionais são resultado de uma construção dialética, porém no bojo de um processo judicial, o que não requer, impreterivelmente, a observância do requisito participativo indígena, na conceituação e na dimensão significativa presentes na Convenção n. 169/OIT. Isso se aplica tanto à construção judicial das salvaguardas institucionais, efetivada pelo colegiado do STF, como à definição normativa de algumas das condicionantes institucionais que elas representam, que dispensaram essa participação e, a critério do próprio Tribunal, não implicaram qualquer ofensa aos ditames da referida convenção internacional. Assim, não se pode afirmar que a definição dessas condicionantes às demarcações de terras ocorreu sem qualquer tipo de participação das comunidades indígenas. Subordinada às limitações institucionais próprias dos procedimentos judiciais, a participação indígena se efetivou condicionada aos atos e formas do processo jurisdicional, assim como a definição em si das salvaguardas institucionais, como atestado pela própria Corte, não implicou violação ao direito de participação indígena previsto no documento internacional. Ademais, como também consolidado pelo STF, a importância da participação indígena “não significa que as decisões dependam formalmente da aceitação das comunidades indígenas como requisito de validade”. Assim, como deixou registrado o Ministro Luiz Roberto Barroso, “os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados. Disso não se extrai, porém, que a deliberação tomada, ao final, só possa valer se contar com a sua aquiescência. Em uma democracia, as divergências são normais e esperadas. Nenhum indivíduo ou grupo social tem o direito subjetivo de determinar sozinho a decisão do Estado. Não é esse tipo de prerrogativa que a Constituição atribuiu aos índios.”

[...]

“Assim era de se esperar, tendo em vista o conturbado histórico de quase três décadas de infindáveis conflitos em torno da terra indígena, um complicado contexto social e político que tornou premente e necessária a construção interpretativa, a partir do texto constitucional, das dezenove salvaguardas institucionais às terras indígenas, no intuito de definir um quadro normativo constitucional que pudesse oferecer segurança jurídica aos processos de demarcação das terras e, assim, efetivar os direitos fundamentais dos índios.”

[...]

Na prática, sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição”.

[...]

Portanto, na qualidade de normas que serviram de premissas ou garantias para a decisão, as salvaguardas institucionais não representam nenhuma anomalia no comportamento judicial ou qualquer extravagância em um processo natural e comum de interpretação e aplicação da Constituição por parte do STF, seguindo um iter interpretativo e argumentativo de comum estrutura. A sua inserção e destaque na parte dispositiva da decisão apenas revela a intenção da Corte de fixá-las definitivamente como normas definidoras de um regime jurídico para a demarcação de terras indígenas.

[...]

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.

[...]

A aplicabilidade geral das salvaguardas institucionais, portanto, decorre de seu próprio processo de construção interpretativa, no qual, como alegado e esclarecido pelos próprios Ministros, foi guiado por esse intuito de estabelecer um regime jurídico para todas as demarcações. As condicionantes institucionais por elas estabelecidas compõem um verdadeiro sistema normativo, fundado nos artigos 231 e 232 da Constituição, que pode fornecer um parâmetro seguro para os processos demarcatórios das terras indígenas.

[...]

Apesar de terem sido construídas para desenvolver aplicabilidade geral, as salvaguardas institucionais e, em suma, a parte dispositiva da decisão na PET n. 3.388/RR, formalmente só produzem efeitos vinculantes para o caso Raposa Serra do Sol. Foi o que afirmou o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração, reconhecendo que, por se tratar de uma ação popular e, dessa forma, de um processo de caráter subjetivo submetido a regras e procedimentos específicos, os efeitos do acórdão somente poderiam ter incidência para a solução do caso concreto, os denominados efeitos inter-partes.

[...]

Foi essa a intenção manifestada pelo próprio Tribunal ao esclarecer o significado de sua própria decisão no caso Raposa Serra do Sol. Essa natural vis expansiva, inclusive, integra todas as decisões de uma Corte Suprema em casos emblemáticos ou leading cases como esse. Como afirmou contundentemente o Ministro Roberto Barroso, em seu voto condutor da decisão da Corte nos Embargos de Declaração na PET n. 3.388, seria equivocados “afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal se limitariam a resolver casos concretos, sem qualquer repercussão sobre outras situações. Ao contrário, a ausência de vinculação formal não tem impedido que, nos últimos anos, a jurisprudência da Corte venha exercendo o papel de construir o sentido das normas constitucionais, estabelecendo diretrizes que têm sido observadas pelos demais juízos e órgãos do Poder Público de forma geral”. O Ministro Cezar Peluso também deixou expressa essa conclusão em seu voto na PET n. 3.388, ao afirmar que “a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou leading case, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema”.

[...]

É nessa conjuntura que se renova a importância do Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, o qual consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais do STF, que permanecem vigentes até os dias atuais. Editado em uma época na qual ainda não

existiam os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, e sequer havia as Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas do ano de 1999, suas normas visam precipuamente implementar, no âmbito da Administração Pública Federal, uma cultura jurídica em torno do dever funcional de observar, respeitar e fazer aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal.

[...]

“Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto”.

[...]

Assim, para cumprir os objetivos traçados pelo Decreto n. 2.346/1997, o Presidente da República poderá aprovar parecer elaborado pela Consultoria-Geral da União e aprovado pela Advogada-Geral da União, o qual, uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, consubstanciará parecer normativo que, sob o aspecto formal, vinculará todos órgãos da Administração Pública Federal, que ficarão submetidos à autoridade da interpretação da Constituição definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos concretos.

[...]

O presente parecer é elaborado com esse objetivo e tem em vista a premente necessidade de fazer com que as “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, fixadas pelo STF no acórdão da PET n. 3.388 e posteriormente esclarecidas pelo próprio Tribunal no julgamento dos Embargos de Declaração nesse mesmo processo, constituam um regime jurídico para todos os processos de demarcação de terras indígenas, efetivamente vinculante para a atuação dos órgãos da Administração Pública Federal direta e indireta.

[...]

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.

O primeiro ponto está bem delineado no acórdão da PET n. 3.388, onde o Tribunal assentou que “a Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Assim, a Corte afirma que “é preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica”. E que, “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”.

Quanto ao segundo ponto, o da vedação à ampliação de terra indígena (salvaguarda institucional n. XVII), o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade, no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED n. 3.388/RR), de tecer alguns esclarecimentos essenciais para a sua compreensão. No voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Relator dos embargos, foram realizados três esclarecimentos principais, reproduzidos a seguir.

[...]

Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da PET n. 3.388/RR, fixou as “salvaguardas institucionais às terras indígenas”, determinando a sua aplicação a todos os processos de demarcação de terras indígenas, em consonância com o que também esclarecido e definido pelo Tribunal no acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração (PET-ED n. 3.388/RR) e em outras de suas decisões posteriores, todas analisadas neste parecer (ex.: RMS n. 29.087/DF; ARE n. 803.462/MS; RMS n. 29.542/DF).

Portanto, nos processos de demarcação de terras indígenas, os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, deverão observar as seguintes condições:

[...] (listadas as condicionantes)

Esse é o conteúdo normativo expresso no parecer de que se cogita, ficando manifesta a deliberação de *impor* aos órgãos da Administração Pública Federal, em especial a Fundação Nacional do Índio – Funai, a orientação assim indicada com a explícita fundamentação no julgado da Corte Suprema a dizer que a orientação ora determinada assim é porque *segundo seu juízo* assim foi deliberada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que se ao STF cabe de fato editar as deliberações de ordem judicial em “*precípua*” guarda e interpretação da Constituição (art. 102, *caput*), a Administração Pública Federal não pode invocar o julgado como justificação para uma orientação normativa administrativa, *ao suposto de que é isso que foi deliberado*, indo adiante do que a Corte *precipua*mente (principalmente, essencialmente, no léxico) resolveu e assim dando a entender que o que se exige *administrativamente* foi o que se deliberou *judicialmente*.

III

O parecer além de estimar uma interpretação fechada e vinculante impede que outra seja desenvolvida e, como se auto afirma decorrente de uma interpretação constitucional, cabe avaliar se tem ela efetivamente a necessária compatibilidade com a Constituição e em especial com o veredicto da Corte Suprema.

O parecer menciona como exemplos da absorção normativa do *Caso Raposa Serra do Sol* – que justificariam e demonstrariam o seu caráter vinculante – alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que, nesse sentido, teriam aplicado as “condicionantes” a demonstrar que o juízo editado na Pet. 3388/RR realmente passou a ser o padrão de interpretação de acordo com o qual a Advocacia-Geral da União, daí por diante, teria de se pautar.

Vale visitar esses precedentes.

No *Recurso em Mandado de Segurança nº 29.087* (Rel. Min. Lewandowski, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, 16.09.2014), consta da ementa:

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. O MARCO REFERENCIAL DA OCUPAÇÃO É A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS. PRECEDENTES.

1. A configuração de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos termos do art. 231, § 1º, da Constituição Federal, já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 650, que dispõe: os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto. 2. A data da promulgação da Constituição Federal (5.10.1988) é referencial insubstituível do marco temporal para verificação da existência da comunidade indígena, bem como da efetiva e formal ocupação fundiária pelos índios (RE 219.983, DJ 17.9.1999; Pet. 3.388, DJe 24.9.2009). 3. Processo demarcatório de terras indígenas deve observar as salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na Pet 3.388 (Raposa Serra do Sol). 4. No caso, laudo da FUNAI indica que, há mais de setenta anos, não existe comunidade indígena e, portanto, posse indígena na área contestada. Na hipótese de a União entender ser conveniente a desapropriação das terras em questão, deverá seguir procedimento específico, com o pagamento de justa e prévia indenização ao seu legítimo proprietário. 5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança.

E nos Embargos declaratórios (Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u. em 08.03.2016):

Embargos de declaração em embargos de declaração em recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Demarcação de terras indígenas. 3. Marco temporal para verificação da ocupação fundiária pelos índios. 4. Salvaguardas institucionais definidas pelo Supremo Tribunal Federal na PET 3.388. 5. Representação da comunidade indígena pela FUNAI. 6. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Caráter protelatório. 7. Efeitos infringentes. Impossibilidade. 8. Embargos de declaração rejeitados.

No Recurso em Mandado de Segurança 29.542 DF (Rel. Min. Cármen Lúcia, 30.09.2014, 2ª T) a ementa consignou:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TERRA INDÍGENA DEMARCADA NA DÉCADA DE 1970. HOMOLOGAÇÃO POR DECRETO PRESIDENCIAL DE 1983: REVISÃO E AMPLIAÇÃO. PORTARIA N. 3.588/2009 DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. ALEGADOS VÍCIOS E IRREGULARIDADES NO PROCESSO DEMARCATÓRIO PRECEDENTE. DELIMITAÇÃO DE ÁREA INFERIOR À REINVIDICADA. ADEQUAÇÃO AOS PARÂMETROS DE POSSE TRADICIONAL INDÍGENA (ART. 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPOSSIBILIDADE. CASO RAPOSA SERRA DO SOL (PETIÇÃO N. 3.388/RR). FIXAÇÃO DE REGIME JURÍDICO CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. DESATENDIMENTO DA SALVAGUARDA INSTITUCIONAL PROIBITIVA DE AMPLIAÇÃO DE TERRA INDÍGENA DEMARCADA ANTES OU DEPOIS DA PROMULGAÇÃO DE 1988. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462/MS (Rel. Min. Teori, 2ª Turma, 09.12.2014):

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA “LIMÃO VERDE”. ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1º/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. 2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014. 3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado,

ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada. 4. Agravo regimental a que se dá provimento.

A decisão agravada tem a seguinte redação:

Decisão: 1. Trata-se de agravo contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em ação declaratória. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu, em suma, que (a) “ainda que os índios tenham perdido a posse por longos anos, têm indiscutível direito de postular sua restituição, desde que ela decorra de tradicional (antiga, imemorial) ocupação” (fl. 2824); (b) “a perícia encontrou elementos materiais e imateriais que caracterizam a área como de ocupação Terena, desde período anterior ao requerimento/titulação dessas terras por particulares” (fl. 2830 - verso); (c) inaplicável a Súmula 650/STF ao caso, visto que “não consta que a área objeto desta ação seja área de extinto aldeamento indígena, ou seja, não consta tenham os indígenas deixado de ocupá-la algum dia, por vontade própria e em passado remoto, ali retornando após o decurso de tempo suficiente para justificar o título de domínio defendido pelo autor nestes autos” (fl. 2831); (d) “restando comprovado, nos autos, o renitente esbulho praticado pelos não índios, inaplicável à espécie, o marco temporal aludido na PET 3388 e Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal” (fl. 2832). No recurso extraordinário, a parte recorrente aponta, com base no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, violação ao art. 231 da CF/88, pois, (a) segundo a firme jurisprudência do STF, para que seja considerada tradicional, a posse indígena deve ser verificada na data em que promulgada a Carta Magna; (b) não houve esbulho renitente por parte do recorrente, visto que a convivência com os índios Terena foi pacífica desde 1950 até 1996, quando iniciado o processo de demarcação da Aldeia Limão Verde; (c) o Tribunal de origem concluiu pela existência de “eventual prática de esbulho” apenas com base em três reclamações genéricas elaboradas pelos índios Terena em 1982, 1984 e 1989, nenhuma das quais se referia diretamente à Fazenda Santa Bárbara. Em contrarrazões, os recorridos postulam, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, em razão da (a) ausência de questionamento;

(b) fundamentação deficiente; (c) ofensa constitucional reflexa; (d) não demonstração da repercussão geral da matéria; (e) necessidade de reexame probatório. No mérito, pedem o desprovimento do recurso. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do agravo, ao entendimento de que o provimento do recurso extraordinário demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279/STF. 2. Correto o aresto impugnado ao afastar a incidência da Súmula 650/STF. O entendimento consubstanciado no referido enunciado foi firmado no julgamento do RE 249.705, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 1/10/1999, em que a União postulava o reconhecimento da propriedade de áreas ocupadas no passado por aldeamentos indígenas extintos, argumentando que, com o abandono do local, a propriedade de tais terras foi devolvida àquele ente federativo. Trata-se, como se vê, de caso totalmente diverso do presente, em que a Corte de origem consignou o seguinte: “não consta que a área objeto desta ação seja área de extinto aldeamento indígena, ou seja, não consta tenham os indígenas deixado de ocupá-la algum dia, por vontade própria ou em passado remoto, ali retornando após decurso de tempo suficiente para justificar o título de domínio defendido pelo autor nestes autos” (fl. 2831). Saliente-se, ademais, que infirmar essas conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame de fatos e provas, o que é incabível na presente via recursal, em razão do disposto na Súmula 279/STF. 3. O Plenário do STF, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1/7/2010, assentou a orientação de que, embora o marco temporal de ocupação de um determinado espaço geográfico por determinada etnia aborígene, para fins de reconhecimento de que se trata de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, seja a data da promulgação da Carta Magna (5 de outubro de 1988), o renitente esbulho por parte de não índios não é hábil a descaracterizar a tradicionalidade da posse nativa. Na hipótese em exame, o Tribunal a quo decidiu a controvérsia nos seguintes termos: Na hipótese, restou incontroverso que, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, os índios da etnia Terena não estavam na posse da área reivindicada, posteriormente demarcada e homologada pelo Decreto Presidencial. Importa saber, portanto, se dela foram os índios desalojados em virtude de renitente esbulho praticado por não índios. Acerca desta

questão, o laudo pericial explica exatamente como os silvícolas foram desalojados do local onde viviam. (fl.1100): “Como indicamos nos itens 2.1 e 2.2, e depois nos itens 4.1 e 4.2 deste laudo, o processo de colonização da região da bacia do Aquidauana se intensifica especialmente depois do término da Guerra do Paraguai. Na região em questão, existiam diversos aldeamentos indígenas, como Ipegue na planície e o Piranhinha nos morros, como são registrados nos documentos já citados, pelo menos desde 1865-66. A partir de 1892 inicia-se um processo de colonização conduzido por um grupo de coronéis (apesar de que antes da aquisição de terras por esse grupo, já existiam posseiros na região, como é o caso de João Dias Cordeiro) por meio da constituição vila de Aquidauana e de propriedades rurais e urbanas. Pelos documentos localizados, a partir de 1895 em diante inicia-se um processo de titulação em terras localizadas entre o Córrego João Dias, o Morro do Amparo e o Aquidauana que se choca com as terras de ocupação indígena em diversos pontos. Isso caracteriza um choque entre o poder local e a economia agropecuária e a sociedade Terena. Esse choque de interesses sobre as terras e os recursos ambientais está registrado nos diversos documentos analisados e citados no laudo, e resultará na titulação das terras para o município em 1928 e depois na criação da Colônia XV de Agosto em 1959, incidentes na área depois identificada como indígena. Assim, consolida-se o processo ocupação nos territórios em questão. Com relação às terras da fazenda Santa Bárbara, podemos indicar que existiu ocupação indígena (no sentido de uso para habitação) até o ano de 1953, quando em meio ao processo de demarcação houve a expulsão dos índios da área, mas a ocupação (como uso de recursos naturais e ambientais) permanece até os dias de hoje, uma vez que os índios praticam a caça e coleta na serra.” (grifei). Além disso, o MM. Juiz sentenciante constatou na inspeção judicial que, a partir do ano de 1953, os índios, não por vontade própria, ficaram impedidos de utilizar as terras da área litigiosa. Confira-se o seguinte trecho da r. sentença: “Por ocasião da inspeção que realizei na área em litígio constatei que a Fazenda Santa Bárbara tem divisa bem definida com as terras indígenas. Além da divisa natural, representada pelo paredão da Serra de Amambai, tornando difícil o acesso entre as glebas, existem cercas em todo o perímetro da fazenda. Essas cercas remontam à época que antecedeu a passagem do agrimensor Camilo Boni (1953).” - (fls. 2417) Diante disso, restando comprovado, nos

*autos, o renitente esbulho praticado pelos não índios, inaplicável à espécie, o marco temporal aludido na PET 3388 e Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, não vislumbro como afastar as conclusões do laudo oficial, considerando que nem mesmo os argumentos que foram deduzidos pelo assistente técnico do autor conseguiram desconstituir a conclusão a que chegou o perito judicial, de reconhecida idoneidade e competência. (fl. 2831/2832) Assim, re-
futar as conclusões do aresto atacado demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário, conforme dispõe a Súmula 279/STF. 4. Diante do exposto, conheço do agravo para, desde logo, negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Intime-se. Brasília, 4 de agosto de 2014. Ministro Teori Zavascki Relator*

O acórdão, inobstante as razões agravadas, deu provimento ao Agravo Regimental para conhecer do Agravo de instrumento e dar provimento ao Recurso Extraordinário julgando procedente o pedido, recusando o *renitente esbulho* que fora reconhecido pelo acórdão local.

Tais pronunciamentos foram citados pelo parecer normativo como corolário da tese defendida de que a Corte Suprema teria com a sua edição indicado que os padrões das salvaguardas seriam obrigatoriamente adotados naqueles casos. Ao contrário, porém, a referência e remissão a estes julgados – assim como poderia a outros tantos que pudessem ser mencionados – mostram que para a deliberação dos casos concretos e especiais o Tribunal teve de exercer juízo de deliberação próprio a partir das características e circunstâncias de cada caso em particular. Ou seja, mesmo tendo como indicativo as salvaguardas o Tribunal neles analisou e examinou os casos para verificar se se submetiam ao padrão jurisprudencial e considerou-as “vinculante” ao caso sob julgamento porque as circunstâncias fáticas o sugeriam e não porque seriam obrigatórias.

Em outros termos, quando editados pelos órgãos da Corte Suprema no exercício da jurisdição que a Constituição lhe confere, os acórdãos têm absoluta primazia e prevalência sobre qualquer outra interpretação judicial ou administrativa que se venha a oferecer, vedando-se, por evidente que possa esta última sobrepor-se ou prevalecer em face daquela. É o próprio Tribunal, na exegese do art. 102 da Constituição, que estabelece:

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional - que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição - põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político- jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (Adin 3345/DF Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2005, Plenário, DJe 20.08.2010)

Mas, à toda evidencia, essa qualidade das decisões do STF não implica na inevitabilidade da aplicação das salvaguardas. Recorde-se do voto do Ministro Barroso nos Embargos declaratórios do caso Raposa Serra do Sol:

“A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.”

A prevalecer essa compreensão que é a que objetivamente resulta do aresto principal e seguramente é a mais ajustada ao espírito e conteúdo constitucional das regras que disciplinam o regime jurídico dos índios na

Constituição de 1988, o *congelamento* normativo das diretivas constantes do acórdão citado ora proposto no Parecer GM 05/2017 tanto é controverso quanto incompatível com boa e devida a interpretação constitucional.

Controverso porque de fato o parecer parece precipitado na extração do sentido do acórdão e equivocado pela errônea compreensão da visível modulação dos seus termos à vista do caso concreto. É que os termos do veredicto não se aplicam “*de forma automática*” a outros processos em que se discuta matéria semelhante, afirmação que assim desmente o caráter normativo por ele pretendido.

Incompatível com a Constituição porque o regime de proteção aos índios dela vertente claramente oferece um estatuto de princípios que logica e tecnicamente exclui essa suposta força vinculante.

Demais, as *salvaguardas* editadas no julgamento do caso Raposa Serra do Sol – possivelmente influenciadas pela enorme repercussão e reação negativa de proprietários e do agronegócio – são inteiramente inadequadas *enquanto padrão de definição* de políticas públicas ou comportamentos *administrativos* pelo país afora, cujos órgãos além do mais são dotados de competência própria, discricionariedade e autonomia para a consecução dos fins públicos. E dada a notória diversidade de etnias, culturas e hábitos próprios de cada qual, de resto prerrogativas acolhidas pela Constituição que não só tolera como protege a multiculturalidade e diversidade étnica, a homogeneização capitulada no parecer constitui por si só uma violação oblíqua do texto maior.

Ora bem, mesmo que alguns precedentes – como os acima referidos – tenham sido editados à luz do desfecho do caso Raposa Serra do Sol, e porventura em dissonância com os termos essenciais do dito julgado, mesmo daí não resulta manifesta a instituição de um padrão de interpretação capaz de assegurar ao Parecer GMF-05/2017 substância de ato normativo consentâneo com o regime constitucional declarado pelo STF, ainda quando abandonando a teoria do *indigenato* em favor do *fato indígena*² pelo qual se sustenta a salvaguarda apenas da posse em 5 de outubro de 1988.

2 No Recurso Extraordinário 219.983-3 o Ministro Nelson Jobim que compôs a tese vencedora afirma em seu voto que a tese do reconhecimento de terras indígenas por posse imemorial foi amplamente rejeitada pela Assembleia Nacional Constituinte substituindo a do *indigenato* pela teoria do *fato indígena*.

Pelo contrário, em crítica bem apetrechada³ a Subprocuradoria-Geral da República mostra com clareza a contradição que se instalou no voto do Ministro Direito, autor das assertivas que redundaram nas mencionadas salvaguardas, pois o magistrado sustentou decididamente a necessidade de identificação das terras para assegurar aos índios a preservação dos recursos ambientais de que precisam para a sua sobrevivência, reprodução física e cultural *ao mesmo tempo* em que paralisou a história em 5 de outubro se não fosse efetiva a presença indígena (que considerou subjetivamente) nessa data ou se não se evidenciasse a hipótese de renitente esbulho que a privasse de modo contemporâneo. Como diz a autora “*não faz muito sentido ver em uma Constituição de viés emancipatório, que trata com tamanho cuidado as terras indígenas [o que o voto expressamente reconhece], a desconsideração dos direitos territoriais adquiridos validando expulsão e esbulho*”.

Não fosse isso, a internalização formal das normas internacionais da Convenção 169 da OIT⁴ fez por prevalecer no ordenamento nacional a centralidade da terra como fator identitário dos grupos indígenas sob o aspecto cultural, de costumes, de modo de reprodução física e preservação de seus bens e direitos. Tais circunstâncias, largamente valorizadas no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, vão certamente em sentido contrário da proposição pretendida no Parecer GMF 05/2017 que aparentemente ocupou-se apenas da fixação dos efeitos normativos na data de 5 de outubro de 1988.

Embora assentando o acórdão que uma vez transitada em jugado as sentenças de mérito proferidas em ação popular (é o caso da Petição 3.388 RR) são oponíveis *erga omnes*, o relator assim discorreu (itens 51 a 55 do voto) quanto às objeções do Ministério Público Federal em face das ditas *condicionantes* e seus efeitos:

3 *O Marco Temporal de 5 de outubro de 1988 – TI Limão Verde*, Duprat. Déborah, (http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/marco-temporal-1.pdf) acessado em 11.03.2018, com extensa recuperação da orientação jurisprudencial da Corte Suprema ao longo dos sucessivos períodos constitucionais.

4 Na Adin 5.905-RR, o Estado de Roraima (Rel. Min. Fux) impugna a Convenção 169 da OIT de vulneração da soberania nacional brasileira e pede a declaração de inconstitucionalidade das disposições do art. 6, I, ‘a’, 2; do art. 13.1 e 2; do art. 15.2 da normativa internacional que considera ofensivas do art. 1^a, I e IV; artigo 4^a, I; do art. 20, XI; do art. 21, IX; do art. 43, *caput*; do art. 48, IV; do art. 58, § 2^o, VI; do art. 170, I e VII e do art. 231 da CF.

52. *As condições em tela são elementos que a maioria dos Ministros considerou pressupostos para o reconhecimento da demarcação válida, notadamente por decorrerem essencialmente da própria Constituição. Na prática, a sua inserção no acórdão pode ser lida da seguinte forma: se o fundamento para se reconhecer a validade da demarcação é o sistema constitucional, a Corte achou por bem explicitar não apenas esse resultado isoladamente, mas também as diretrizes desse mesmo sistema que conferem substância ao usufruto indígena e o compatibilizam com outros elementos igualmente protegidos pela Constituição.*

53. *Na esteira da proposta do Ministro Menezes Direito, a maioria entendeu que não era possível pôr fim ao conflito fundiário e social que lhe foi submetido sem enunciar os aspectos básicos do regime jurídico aplicável à área demarcada. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a incidência das referidas diretrizes na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em outros processos. Não foi por outra razão, aliás, que o Tribunal substituiu a improcedência do pedido pela procedência parcial. Como observou a Ministra Cármen Lúcia, o que se fez foi acolher o pleito para interpretar os atos impugnados à luz das disposições constitucionais pertinentes ao tema.*

54. *Essa circunstância, porém, não produz uma transformação da coisa julgada em ato normativo geral e abstrato, vinculante para outros eventuais processos que discutam matéria similar. No atual estado da arte, as decisões do Supremo Tribunal Federal não possuem, sempre e em todos os casos, caráter vinculante. [...]*

55. *Dessa forma a decisão proferida na Pet 3.388/RR não vincula juízes e tribunais quando do exame de outros processos, relativos a terras indígenas diversas. Como destacou o Ministro Carlos Ayres Britto, “a presente ação tem por objeto tão-somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol” (fl. 336). Vale notar que essa linha já vem sendo observada pelo Tribunal: foram extintas monocraticamente várias reclamações que pretendiam a extensão automática da decisão a outras áreas demarcadas (Rcl 8.070 MC/MS, dec. Min. Carlos Ayres Britto [RI/STF, art. 38, I], DJe 24.04.2009; 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).*

IV

É inquestionável assim que a Corte Suprema longe de estabelecer a data de 5 de outubro de 1988 como a data limite para determinadas realidades também não impôs aos tribunais inferiores como padrão de jurisprudência que as salvaguardas constituam direção hermenêutica obrigatória e vinculante.

Para além disso vale mencionar em face da tese do marco temporal (e outras decorrentes), a qual o Parecer pretende seja adotado em caráter vinculante, que do ponto de vista antropológico esse e outros diferentes eventos podem vir a conflitar com as *salvaguardas* e sujeitar tribunais e juízos e a própria técnica de interpretação a difíceis impasses. São disso exemplo como aspectos derivados de realidade cultural, sócia, religiosa e outros a resultar no crescimento vegetativo das comunidades; na necessidade de expansão de sua área de perambulação; na caracterização de imprecisão territorial ou de mobilidade física tradicional, e assim por diante, eles mesmos fatores de corte constitucional reconhecido pelo acórdão.

Alias, se a Corte Suprema pode assentar precedentes ou sumulas a partir da natureza de seu desempenho jurisdicional não é simétrica a atuação da advocacia pública. Isto é, se o tribunal pode acomodar seus precedentes ao caso concreto porque tem liberdade para deliberar de acordo com a convicção motivada do julgador, a representação da parte pública não a tem. Assim, tomar emprestado juízo casuísta do tribunal para convertê-lo em norma de atuação administrativa inflexível pode constituir equívoco técnico e afirmação errônea de que é essa, ou aquela, a interpretação obrigatória quando a Corte não o fez com esse escopo. E pode constituir afronta ao tribunal ou, no limite, à própria Constituição.

Recentemente, por exemplo, o fenômeno antropológico do *ressurgimento étnico* ou *etnogênese* – isto é, a recuperação de sua identidade étnica, física ou cultural, foi objeto de apreciação por sentença judicial perante a 2ª Vara Federal de Santarém PA⁵. À parte a previsível reper-

5 Processos nº 2010.39.02.000249-0 e 2091-80.2010.4.01.3902, Ações Cíveis Públicas: Autor – Ministério Público Federal, Associação Intercomunitária de Trabalhadores Agroextrativistas de Prainha e Vista Alegre do Rio Maró

cussão negativa junto às comunidades envolvidas ante a improcedência da ação civil pública proposta pelo MPF local, do ponto de vista jurídico acabou proposto um difícil problema consistente em ter de reconhecer a exclusão desse fato da previsão constitucional – mesmo depois de 5 de outubro de 1988 – quando relacionado com comunidades indígenas afastadas de suas terras pela expulsão histórica que não se acomoda na criativa cláusula do renitente esbulho ou porque com o advento desse novo constitucionalismo indígena populações de índios estão a recuperar sua identidade e agora reivindicam legitimamente suas terras.

Fatos citados como o reconhecimento antropológico da ocupação indígena anterior, ou a necessidade de expansão das comunidades, assim como o ressurgimento das etnias, propõem questões jurídicas que o parecer em referência não só afasta *a priori* contra o sentido e significado constitucional como à sombra de um suposto efeito vinculante inflexível investe contra a própria responsabilidade constitucional da União de proteger e resguardar os direitos e interesses das comunidades indígenas (art. 231, *caput* e art. 20, XI da Constituição).

Ante tais evidências, a proposição de parecer com efeitos obrigatórios para todos os órgãos da administração pública federal não tem base no aresto invocado e ao torná-lo vinculante quando não o é na Corte termina por violar também o veredicto do STF pois faz dele paradigma de interpretação que não é dele. Se é certo que a dicção constitucional que se revela objetivamente prevalecente é a que o Supremo Tribunal Federal dita no exercício da jurisdição que lhe compete, o Parecer GMF 05/2017 AGU tornando obrigatória aos entes administrativos inteligência diversa incorre em manifesta oposição à Constituição. Em outras palavras, cuida-se de orientação normativa inconstitucional.

Brasília, 14 de março de 2018.

e outros; Réus – Fundação Nacional do Índio e União. A controvérsia, para o ponto, está localizada na discussão antropológica exposta na tese de doutorado que considerou precisamente o caso dos autos de Floriano Vaz Almeida Filho (A Emergência Étnica de Povos Indígenas no Baixo Rio Tapajós, Amazônia)