

Considerando que, segundo o Relatório da Assembleia Nacional Constituinte acerca das finalidades almejada pelo legislador constituinte, “**a proteção dos direitos das Populações Indígenas se deu amplamente**, no reconhecimento do caráter pluriétnico da sociedade brasileira e no tratamento dos **dois principais problemas que afetam tais populações: a questão da terra** e a questão da proteção jurídica dos índios. **Quanto à terra, reconhecendo-se que para os índios ela significa a própria vida**, estipulou-se que eles têm o direito à sua posse permanente, e procurou-se garantir a sua demarcação definitiva (...)”¹;

Considerando que a vontade soberana do constituinte originário fez nascer o artigo 231 da Constituição da República de 1988, que representa verdadeiro estatuto jurídico sobre os direitos fundamentais dos indígenas, pelo qual **o direito às Terras Indígenas constitui o elemento central de proteção constitucional**;

Considerando que a forma enfática e irrestrita atribuída pelo poder constituinte originário ao direito fundamental dos índios às suas terras tem como núcleo justificador **a relação de absoluta dependência de sua própria existência com a garantia de permanência em suas terras tradicionais**, tratando-se, portanto, de limite mínimo de garantia, proteção e defesa da dignidade humana e do resguardo à própria “reprodução física e cultural” dos indígenas (artigo 231, § 1.º);

Considerando que a imprescindibilidade das Terras Indígenas para a sobrevivência física e cultural dos índios já foi objeto de reiterado e expresso reconhecimento por parte desse egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “**emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados aos índios, pois estes, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como povo** e como nação que reverenciam os locais místicos de sua

¹ Relatório da Assembleia Nacional Constituinte VII – Comissão da Ordem Social – VII Subcomissão de negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias – Relatório – volume 196. (destacamos)

adoração espiritual e que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem”²;

Considerando que a Constituição Federal expressamente classificou o direito fundamental dos indígenas às suas terras tradicionais como sendo um **direito originário**, sendo que, como já proclamou o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, o termo *originário* visa “traduzir uma **situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra**”³;

Considerando que, conforme orientação contida no voto-vista do eminente Ministro Menezes Direito no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, “**não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena**, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. (...) **Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as**”⁴;

Considerando que a grande preocupação dos povos indígenas do Brasil com o fato de que a colenda 2.^a Turma desse egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu por **anular os atos de demarcação de duas Terras Indígenas com base na tese do “marco temporal”**, utilizada como um dos critérios de julgamento da Ação Popular PET n.º 3388 (MS n.º 29.087 – Terra Indígena Guyaroká, no Mato Grosso do Sul, de ocupação tradicional dos indígenas da etnia Guarani-Kaiowá – e Ag. Reg. no RE n.º 803.462 – Terra Indígena Limão Verde, no Mato Grosso do Sul, de posse permanente dos indígenas da etnia Terena);

Considerando que, quando do julgamento dos Embargos de Declaração opostos no mesmo caso da Ação Popular PET n.º 3388, deliberou-se claramente se tratar de

² Supremo Tribunal Federal. 1.^a Turma. Recurso Extraordinário n.º 183.188/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 14.02.1997.

³ Supremo Tribunal Federal. Pleno. Petição n.º 3.388/ED/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ 25.09.2009.

⁴ Supremo Tribunal Federal. Pleno. Petição n.º 3.388/ED/RR. Voto-Vista: Ministro Menezes Direito. DJ 25.09.2009.

“decisão desprovida de força vinculante”, bem como que **“os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”**, de modo que suas balizas, notadamente as condicionantes especificamente aplicadas ao caso da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, não podem ser aplicadas automaticamente pelo Poder Judiciário ou por qualquer autoridade pública brasileira;

Considerando que, como ensina José Afonso da Silva, **o primeiro reconhecimento constitucional acerca dos direitos dos índios sobre suas terras tradicionais “se deu com a Constituição de 1934**, cujo art. 129 os acolheu numa síntese expressiva essencial: ‘Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las’. **As demais Constituições deram continuidade** a essa consagração formal até à Constituição de 1988 que acrescentou o reconhecimento de outros direitos, como se pode ver do ser art. 231. Mas, **no que tange aos direitos originários sobre as terras indígenas, a Constituição de 1988, não inovou, porque, no essencial, já constavam das Constituições anteriores, desde a de 1934”**⁵;

Considerando que, até 04 de outubro de 1988, os índios **estavam sujeitos ao regime de integração e assimilação**, tutelados pelo mesmo Estado que, muitas vezes, **foi o principal responsável ou o cúmplice direto das violações dos mesmos direitos territoriais pelos quais deveria zelar** – inclusive e principalmente durante o regime militar de 1964 –, como já reconhecido oficialmente pelo Estado Brasileiro, entre outros, pelo Relatório da Comissão Nacional da Verdade;

Considerando que **a referida tese do “marco temporal”, da forma como utilizada nos dois v. julgados supramencionados** (MS n.º 29.087 e Ag. Reg. no RE n.º 803.462), **poderá configurar mais uma das sub-reptícias formas de legitimar as seculares guerras empreendidas contra os índios**, legitimando sua exclusão para fora do âmbito normativo do real, a negar-lhes seus direitos territoriais, a desqualificar suas identidades e, mais uma vez, condená-los a processos de assimilação forçada;

⁵ Trecho do Parecer anexo.

Considerando que anular Terras Indígenas com base na aplicação “seca” da referida tese do marco temporal **gerará ainda mais insegurança jurídica a todos – índios, não-índios e Poder Público –, visto que poderá gerar “efeito-cascata” e colocar em dúvida a validade de atos jurídicos perfeitos** realizados no passado que reconheceram o direito fundamental mais relevante e imprescindível para a sobrevivência física e cultural dos índios: o seu direito às terras tradicionais – ao que nos consta, são 144 (cento e quarenta e quatro) Terras Indígenas objeto de ações judiciais objetivando sua desconstituição⁶;

Considerando que a própria decisão colegiada no caso da Ação Popular PET n.º 3388, em seu item “11.2”, reconhece expressamente 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”**;

Considerando que, **ao sofrerem esbulhos, os índios não os registravam em cartório e nem judicializavam tal situação de violação de direitos fundamentais** – e nem podiam, já que não lhes era conferida, antes da Constituição de 1988, capacidade postulatória, sendo que muitas vezes apenas fugiam para salvar suas próprias vidas, o que **põe em xeque a concepção altamente restritiva dos seus direitos fundamentais adotada no ARE 803.462-AgR/MS**;

Considerando que não se pode deixar de considerar a orientação da jurisprudência⁷ e da doutrina⁸ pátrias sobre a necessidade de ser adotada **interpretação ampliativa dos**

6

https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/isa_relatoriopec215-set2015.pdf. Vide páginas 10 e seguintes.

⁷ Na linha da jurisprudência, “prevalece a regra de hermenêutica segundo a qual Constituição se interpreta sempre para ampliar os direitos fundamentais, não para restringi-los.” Tribunal Superior do Trabalho. Sexta Turma. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º 171700-85.2008.5.04.0403. Min. Kátia Magalhães Arruda. DJE 07.06.2013.

⁸ No escólio de Walter Claudius Rothenburg, “são também, os direitos fundamentais, dotados de abertura, no sentido de que têm possibilidade de expandir-se (expansibilidade dos direitos fundamentais). A interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer. Essa propriedade também é dita eficácia irradiante dos direitos fundamentais.” ROTHENBURG, Walter Claudius. “Direitos Fundamentais e suas características”. São Paulo: Revista

direitos fundamentais; principalmente no caso de minorias étnicas desprovidas de poder econômico/político e marcadas por grave histórico de violações de direitos, perseguição, tentativas de dizimação, obliteração de sua condição humana e tantas outras violências, como é o caso dos índios no Brasil;

A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB vem respeitosamente trazer aos elevados crivo e reflexão dos eminentes Ministros desse egrégio Supremo Tribunal Federal o **anexo Parecer Jurídico, de lavra do ilustre Professor José Afonso da Silva**, versando sobre os direitos fundamentais territoriais dos povos indígenas, a tese do “marco temporal” e o conceito de renitente esbulho possessório.