



APÊNDICE 1: Política demarcatória

Fundamentos e sentidos da política demarcatória

No início do século XX, quando o ainda incipiente Estado republicano brasileiro se propôs a estabelecer uma política de proteção aos indígenas, o fez segundo o princípio da tutela. *Regime tutelar* é como se conhece o período que começa com a criação do órgão indigenista antecedente da Funai – o SPI (Serviço de Proteção aos Índios) –, em 1910, e se estende até 1988.¹ Os indígenas seriam apenas relativamente capazes de praticar os atos da vida civil, segundo formulação expressa do Código Civil de 1916, art. 6º.² O regulamento da matéria estipulava que ficariam sob a tutela do Estado, mediante a atuação dos funcionários do SPI, aqueles indígenas que não estivessem “inteiramente adaptados”, tutela esta que se exerceria “segundo o grau de adaptação de cada um”.³

A ideia de que se deveriam tutelar os *ainda não* adaptados trazia implícito algo que viria a explicitar-se na mais ampla lei feita no Brasil especificamente sobre a temática indígena. De fato, o chamado *Estatuto do Índio*, de 1973, opera com a noção de uma condição indígena *transitória*. O destino de todo indígena com o passar dos anos seria deixar de sê-lo: adaptando-se, integrando-se, assimilando-se ao conjunto da sociedade nacional, e promover esta integração seria justamente o papel da política indigenista.⁴ Para conduzi-las, um órgão tutor: inicialmente o SPI e, desde 1967, seu sucedâneo, a Funai.⁵

Frente a este paradigma integracionista, que se combina com a tutela e, finalmente, com a extinção da diferença sociocultural a médio ou longo prazo, contrapõe-se a Constituição de 1988. O texto constitucional reconhece o direito dos indígenas a ser e permanecer como são, mantendo os vários elementos que tornam cada povo diferente do outro e do conjunto da sociedade brasileira: “*organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*” (CRFB, art. 231, caput). Os povos indígenas fazem parte da vida presente do país e se lhes devem dar as condições para que permaneçam como coletividades diferenciadas. A integração é uma possibilidade e é relativa, já não

¹ Oliveira, J. P. y Freire, C. A. R. (2006). *A presença indígena na formação do Brasil*. Ministério da Educação (MEC)/Laced, pg. 106-185. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372.pdf>

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#art147.

³ Decreto nº. 5.484, de 27 de junho de 1928, art. 6º. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>

⁴ Art. 1º, 2º-II, 2º-VI e 4º, em especial, da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm.

⁵ Lima, A. C. S. (2001). Fundação Nacional do Índio (Funai). En A. A. Abreu (coord.), *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-30*. FGV Editora. <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/fundacao-nacional-do-indio-funai>.



se traduz em ponto de orientação da política indigenista, como se fosse um destino inexorável ou desejável.

A garantia constitucional do direito dos indígenas à diferença reveste-se de um componente fundamental, propositalmente omitido na citação acima do art. 231. Trata-se do direito à terra, base, efetivamente, da reprodução dos povos indígenas como grupos diferenciados no seio da sociedade nacional. Se o direito à diferença como um todo pode ser apontado como inovação da Constituição de 1988, o basilar direito à terra, ainda que com particularidades, esteve reconhecido desde a Carta de 1934, e inclusive nos textos constitucionais dos períodos ditatoriais (1937-1945 e 1964-1985).⁶

Em relação a esta história de reconhecimento, as principais novidades na CRFB/ 88 são duas. Primeiro, a ideia de que os direitos territoriais indígenas são *originários* (art. 231, caput), isto é, anteriores à própria formação do Estado e independentes, portanto, de qualquer ato deste. Deriva daí que demarcar não é um ato de criação de uma certa modalidade de terra, mas, sim, de reconhecimento e declaração de sua existência.⁷ (p. ej., Marés, 2013, p. 21). A segunda novidade é uma definição de “*terras tradicionalmente ocupadas*” que não se restringe às habitações permanentes e suas cercanias imediatas, preocupando-se, isto sim, em incluir a preservação dos recursos naturais necessários ao bem estar e à reprodução física e cultural indígena (CRFB, art. 231, párr. 1º).

Demarcar as TIs e “*proteger e fazer respeitar todos os seus bens*” são incumbências da União (CRFB, art. 231, caput). TIs são bens da União (Idem, art. 20-XI), cabendo aos indígenas a “*posse permanente*” e “*o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes*” (Idem, art. 231, parágrafo. 2º).

O papel central da Funai nos procedimento demarcatórios

Com estes fundamentos constitucionais, e a base legal do "Estatuto do Índio" (art. 2º. -IX e 17-I), o procedimento administrativo de demarcação de TIs está regulamentado em etapas bem definidas, tal como disposto no Decreto 1775/ 1996.⁸ Basicamente, tais etapas são desempenhadas

⁶ Cunha, M. C. (1987). Terra indígena: história da doutrina e da legislação. Em: M. C. Cunha, *Os direitos do índio. Ensaios e documentos* (pp. 53-101). Brasiliense.

⁷ Marés, C. (2013). Os povos indígenas e o direito brasileiro. Em: C. F. Marés Souza Filho e R. C. Bergold (Orgs.), *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*, Letra da Lei, pg. 21.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Os-direitos-dos-povos-indigenas-no-Brasil.pdf

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm.



pela Funai em articulação com o ministério que exerce sua supervisão: o da Justiça (e Segurança Pública/ MJSP, no atual desenho da estrutura governamental). Ao final do processo, intervém pontualmente o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), e o processo culmina com a homologação por parte do presidente da República. Na síntese abaixo, só se destaca o responsável pela ação quando **não** se tratar da Funai:

- Formação de grupo técnico (GT), coordenado por antropólogo, para realização de estudos de identificação da ocupação tradicional indígena e delimitação da TI. Nesta etapa inicial, se diz que a TI está “*em estudo*” ou “*em identificação*”.
- Publicação do resumo do relatório de identificação da TI, contendo mapa e a descrição exata de sua localização e extensão. A TI está agora “*delimitada*”.
- Recepção e resposta a contestações que, dentro do prazo estabelecido no Decreto 1.775, tenham sido formalizadas por particulares, municípios e estados eventualmente contrariados pela existência da TI. A TI está na *fase de contestações*.
- Remissão do processo ao MJSP.
- O titular do ministério, se encontrar algum problema ou encontrar a necessidade de esclarecimentos, pode devolver o processo para diligências. Também pode rejeitar a identificação da TI, fundamentando o ato. Se não fizer uma ou outra coisa, deve emitir a chamada Portaria declaratória, que descreve os limites da TI, a declara de posse permanente do grupo indígena em questão e determina que se faça sua demarcação física. A TI passa à condição de “*declarada*”.
- Realização da demarcação física.
- Avaliação de eventuais benfeitorias instaladas na TI por ocupantes não indígenas. De sua parte, o Incra promove o cadastramento dos ocupantes.
- O presidente da República emite Decreto de homologação da demarcação. A TI passa a “*homologada*”.
- Remuneração dos ocupantes não indígenas pelas benfeitorias realizadas *de boa fé*.
- O Incra realoca os ocupantes que tenham perfil de reforma agrária.
- Registro da TI na Secretaria de Patrimônio da União e ao nível cartorial estadual. A TI está, por fim, “*registrada*”.



APÊNDICE 2: O Parecer 001/ 2017 da AGU

O *Parecer 001* foi emitido pela Advocacia-Geral da União (AGU) e aprovado pelo então presidente da República, Michel Temer, em julho de 2017. Sua pretensão é que as referências da sentença proferida pelo STF, em 2009, no caso da TI Raposa/ Serra do Sol (PET 3388) se estendam a todos os processos de demarcação de TIs, gerando entendimento vinculante em toda a administração pública federal.

Deve-se ter clareza de que se trata de assunto trazido à agenda do governo federal pelo setor ruralista, fazendo-se presente desde o imediato pós-julgamento do caso Raposa. Ainda em 2012, a AGU emitira a Portaria 303, referente ao mesmo tema, mas sem caráter vinculante.⁹ A nova investida cinco anos depois, na forma do Parecer 001, evidenciou o trabalho de articulação política feito por parlamentares ruralistas entre um momento e outro. Com efeito, poucos dias antes da emissão do Parecer 001, um dos mais conhecidos dentre esses parlamentares surgiu nas redes sociais para anunciar acerto com um grupo de ministros do então governo Temer, de onde decorreria "parecer vinculante" relativo às demarcações de TIs e, em específico, à adoção das dezenove condicionantes constantes do acórdão da PET 3.388.¹⁰

O conteúdo do Parecer 001 envolve duas dimensões, a primeira delas sendo a adoção dessas condicionantes, cujo conjunto opera, basicamente, no sentido de relativizar e limitar aspectos da posse da terra pelos indígenas. A maioria das condicionantes tem a ver com o que os indígenas não podem fazer ou, ao contrário, com o que, sim, podem fazer determinados órgãos e entidades estatais no interior das TIs. Dentre as dezenove, algumas não fazem mais do que repetir, esclarecer ou especificar ideias que já estão no artigo 231 da Constituição. Há uma única que aponta para outro lado, ampliando consideravelmente, de fato, o escopo da discussão: “(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”.¹¹ Entenda-se bem o ponto em discussão neste caso: o que se chama, sem mais, de "ampliação de TI já demarcada" pode significar, do ponto de vista técnico, proceder a uma revisão de desenho demarcatório que, longe de imotivada, encontra justificativa no fato de tal desenho ter sido definido sem atender aos critérios previstos na Constituição, quase sempre por ser anterior a 1988.

Ao enunciar as dezenove condicionantes, o STF havia deixado de esclarecer um ponto importante: elas valeriam unicamente para o caso *Raposa* ou como regulamento para todos os processos demarcatórios pendentes ou que viessem a iniciar-se a partir de então?

⁹ <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=220438>

¹⁰ <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/07/1902688-temer-assina-parecer-que-pode-parar-demarcacao-de-terras-indigenas.shtml>

¹¹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>, pg. 652 de 653.



A existência ou não deste efeito generalizador foi muito discutida nos anos seguintes à publicação do acórdão da PET 3388. Gerou, por exemplo, a já mencionada Portaria 303/ 2012 da AGU, em face da qual houve pública e imediata manifestação de contrariedade da Funai.¹² Como forma de atenuar o constrangimento de ter o órgão indigenista contra a medida, a AGU baixou, em seguida, novas portarias, postergando o momento de entrada em vigor da 303.¹³ Finalmente, sobreveio decisão do STF acerca da matéria: as dezenove condicionantes do caso *Raposa* não podem ser trasladadas de maneira automática para outros casos, mas constituem orientação ou diretriz geral para o tratamento do assunto por parte de autoridades, não apenas do Poder Judiciário.¹⁴ No frígir dos ovos, trata-se de posição pouco conclusiva, de certo modo ambivalente. Afinal, a ênfase pode ser invertida: as condicionantes são diretrizes jurídicas e administrativas importantes em todas as situações, mas não são vinculantes, no sentido de obrigatórias por princípio, para todo e qualquer caso.

É sobre essa ambivalência que vem a atuar o Parecer. Em atenção à agenda ruralista, ele procura conceder às condicionantes tal caráter vinculante. Ademais, como havíamos anunciado, o Parecer contém uma segunda dimensão importante, e é hora de apresentá-la. Trata-se de tornar vinculante, também, a chamada *tese do marco temporal*, isto é, a ideia de que circunstância fundamental para o efetivo direito dos indígenas a determinada porção territorial é a comprovação de que eles lá estavam na data de promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988). Essa tese de fato foi levantada durante o julgamento do caso *Raposa* pelo STF e tem aparecido em outros julgamentos relativos a demarcações de TIs. No entanto, não figura na lista das dezenove condicionantes finais, e tampouco constitui matéria já consensuada na corte.¹⁵

Somadas as duas dimensões de conteúdo, percebe-se que, com o Parecer 001, circunstanciais ocupantes do Poder Executivo promovem interesses que não são os da União, mas os dos ruralistas. Por intermédio do ato normativo, e para atender a esses interesses, o governo diz "respeite-se o que decidiu o STF", quando inexistente decisão clara e peremptória sobre o assunto. A aplicabilidade do parecer é, por isso, no mínimo controversa, e o seguinte conjunto de fatos comprova esta qualidade polêmica.

Nossa última citação foi a uma nota técnica sobre o Parecer 001 emitida pelo MPF em

¹² <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/notas/2336-nota-tecnica-da-funai-sobre-a-portaria-n-303-12-da-agu>.

¹³ <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=220919>;

<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibmlink.php?numlink=220916>.

¹⁴ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>

¹⁵ <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaParecerAGU1.2017.pdf>, parágr. 9-12.



março de 2018. De sua conclusão consta explícita recomendação para que os servidores federais, *"cientes da manifesta nulidade do parecer normativo, não se escusem de dar fiel cumprimento à legislação (constitucional, internacional e infraconstitucional) a pretexto de seguir o parecer normativo"*.¹⁶ Pouco depois, em maio, a AGU, atendendo a reclamos do movimento indígena e a questionamentos de procuradores e da área técnica da Funai, constituiu Grupo de Trabalho para definir orientações de aplicação do ato normativo.¹⁷ Não haveria maior evidência de que a própria AGU reconhecia que tal aplicação não estava isenta de dúvidas e zonas cinzentas. Relatório conclusivo sobre a matéria, no entanto, nunca foi produzido. Ainda no segundo semestre de 2019, integrantes da AGU seguiam às voltas com a tarefa de "pacificar" as interpretações relativas ao Parecer 001, o que requereu a elaboração de dois novos pareceres. Na iniciativa desses textos, e em seu próprio conteúdo (Anexos 151 e 152), evidenciou-se a persistência de vozes que, de dentro da própria instituição, liam a matéria relativa à demarcação territorial desde o ponto de vista dos interesses da União e dos direitos indígenas, e que era preciso, justamente, submeter e silenciar por meio da restrição interpretativa.

Mais recentemente, todavia, o assunto escapou do âmbito exclusivo do Poder Executivo, já que os efeitos do Parecer 001 foram judicialmente suspensos. Tal suspensão, determinada pelo ministro Edson Fachin, do STF, em maio de 2020, vale até que se conclua um importante julgamento: o do RE (Recurso Extraordinário) 1.017.365, mediante o qual todas as questões de fundo do caso *Raposa* e das relações de posse das TIs estão sendo outra vez apreciadas, desta vez em face de disputa relativa à TI Ibirama Laklanõ, em Santa Catarina, mas com repercussão geral já reconhecida pela corte.¹⁸

O caráter polêmico do Parecer 001 não o tem impedido de servir ao objetivo de dificultar, desde o interior da máquina administrativa, que processos demarcatórios avancem. Tendência de que o Parecer motive devoluções de processos de TIs *delimitadas*, ou mesmo já *declaradas*, do MJSP para a Funai, sob o comando de que seja verificada a adequação à nova normativa, iniciou-se ainda no ciclo governamental anterior, tendo continuidade no atual mandato presidencial.¹⁹ Mas isto é o que faz o governo desde instâncias mais altas. Articulado com ele está o modo como a gestão da Funai, em específico, tem lidado com a existência do Parecer 001, e tal é o que se apresenta no item

¹⁶ Idem, parágrafo. 191.

¹⁷ <https://www.gov.br/funai/pt-br/assuntos/noticias/2018/agu-instaura-grupo-de-trabalho-para-orientacoes-ao-parecer-normativo-sobre-demarcacoes-de-terras-indigenas>

¹⁸ <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442891&ori=1>.

¹⁹ O retorno de uma primeira leva de processos foi verificado por esta associação de servidores entre agosto de 2017 e fevereiro de 2018. <https://indigenistasassociados.org.br/2018/08/09/demarcacoes-em-risco-parecer-001-agu-sob-a-otica-dos-servidores-da-funai/>. O repórter Rubens Valente noticiou o mesmo procedimento entre o segundo semestre de 2019 e janeiro de 2020. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/moro-usa-parecer-de-temer-e-trava-demarcacao-de-17-terras-indigenas-no-pais.shtml>.





5.2.1 desta Manifestação.

*

