



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA
6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO - POPULAÇÕES INDÍGENAS E
COMUNIDADES TRADICIONAIS**

NOTA TÉCNICA Nº 1/2019-6ªCCR

I. Introdução

A presente Nota Técnica tem por objetivo analisar os aspectos jurídicos da Medida Provisória (MP) nº. 870, de 1º de janeiro de 2019, e a sua repercussão sobre os direitos dos povos indígenas sob quatro principais aspectos:

1. Afronta ao estatuto constitucional indígena;
2. Ausência de consulta prévia aos povos indígenas – OIT/169;
3. Convergência de interesses indígenas e preservação ambiental;
4. Conflito entre interesses indígenas e política agrícola da União e;
5. Conflito entre os interesses indígenas e o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos.

Na conclusão desta exposição jurídica a 6ª.CCR/MPF espera demonstrar a inviabilidade jurídica da política indigenista promovida pelo Governo Federal, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela MP 870/19, tendo em vista a colisão entre as alterações legislativas ali contidas e os estritos termos da Constituição Federal, no que diz respeito ao regramento dos direitos originários dos povos indígenas no Brasil.

Capítulo I - O Estatuto Constitucional Indígena

A Constituição da República disciplinou os direitos indígenas em quatro momentos distintos e interdependentes.

Em primeiro lugar, ao tratar da organização do Estado no Título III, o Constituinte de 1988 reconhece no Capítulo II que os territórios indígenas integram a propriedade imobiliária da União.

Art. 20. São bens da União:

(...)

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Coerente com este dispositivo, o art. 22 atribui à União competência legislativa privativa sobre a matéria:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XIV - populações indígenas;

Em seguida, no capítulo III do Título IV, ao tratar da organização do Poder Judiciário, a Constituição incumbe aos juízes federais processar e julgar as causas que tratem de interesses indígenas.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

XI – a disputa sobre direitos indígenas.

No capítulo IV do mesmo Título, ao estruturar as funções essenciais à Justiça, a Carta Magna incumbe ao Ministério Público a defesa desses interesses, ao destacar esta específica atribuição dentre as demais constantes do rol do art. 129, tais como a promoção da ação penal, do inquérito civil e da ação civil pública, da ação de inconstitucionalidade etc., o que atribui a este mister uma natureza *sui generis* e diferenciada dos Procuradores da República:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

V- defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

E, por fim, no Título VIII da ordem social, a Carta Política abre o Capítulo VIII especificamente para reconhecer aos índios o direito originário à sua organização social, costumes e tradições, à posse permanente sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, o usufruto exclusivo de suas riquezas e o direito de ingressarem em juízo para defesa de seus interesses, dentre outros.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles 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.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A definição de direitos constitucionais indígenas, segundo leciona José Afonso da Silva¹, não é entre nós coisa recente e data já do período colonial brasileiro, contexto no qual já era reconhecido em diversos alvarás, cartas régias e provisões expedidas pelos monarcas portugueses. O direito sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas, segundo este autor, data da Carta Régia de 30 de junho de

¹Parecer elaborado a pedido do Instituto Socioambiental e outros, disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf

1611. O Alvará de 1º de abril de 1680 já reconhecia o *indigenato*, isto é, o direito dos indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas. No mesmo sentido, a Lei de 6 de junho de 1775, ao tratar das sesmarias, determinou que se respeitassem os direitos indígenas, estes que são os primários e naturais senhores das terras brasileiras.

O reconhecimento do direito originário dos indígenas à posse das terras por eles tradicionalmente ocupadas não é, portanto, coisa nova em nosso ordenamento jurídico e data já do século XVII. O Estatuto do Índio, que veio pela Lei 6001/73, já garantia aos índios, em seu art. 2º., inciso IX, *a posse permanente das que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto inclusive das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.*

A Constituinte de 1988 foi, sem dúvida, momento de explicitação desses direitos como Norma Jurídica Primária, direitos que, não obstante, por sua feição originária, são a ela preexistentes desde longa data. Vale lembrar que a primeira experiência constitucional em solo brasileiro data de 1824, sob o reinado de Dom Pedro II, portanto no século XIX. E não poderia ser diferente, pois a questão indígena surgiu com a chegada do colonizador europeu ao continente americano, no longínquo século XVI.

A Constituição Cidadã, gestada na 2ª. metade do século XX, foi absolutamente inovadora no que se referia à superação do antigo conceito de tutela dos interesses indígenas pelo Estado brasileiro. A Carta de 1967/69, que a antecedeu, ao tratar da matéria indígena, limitara-se a afirmar que incluíam-se entre os bens da União as terras ocupadas pelos então denominados *silvícolas*, nos termos do seu art. 4º., inciso IV. Ao denominar *silvícolas* os integrantes dos povos indígenas, a Constituição de 1967/69 remetia a questão ao regramento da lei civil comum, o então vigente Código Civil de 1916² que, em seu artigo 6º, inciso IV, atribuía aos índios apenas uma capacidade jurídica relativa, equiparando-os, para tal fim, aos menores de 21 e maiores de 16 anos, aos pródigos e às mulheres casadas³.

Para o exercício dessa capacidade jurídica relativa, os índios, na vigência do antigo Código Civil, assim como as senhoras, os adolescentes e os pródigos, eram assistidos, vale dizer, tutelados por uma instituição com capacidade jurídica plena. Os menores, eram assistidos por seus pais ou representantes legais; os pródigos, pelos seus

² Lei nº. 3071, de 1º de janeiro de 1916.

³ Art. 6 São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de os exercer: (...) IV – Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o que cessará à medida de sua adaptação.

curadores nomeados judicialmente; as senhoras, pelos senhores seus maridos. Os *silvícolas*, nessa designação antiga, eram tutelados pela Fundação Nacional do Índio - Funai, nos termos do art. 1º, parágrafo único⁴, da Lei nº. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, que autorizou sua instituição.

Fiel ao objetivo de integrar o índio à sociedade brasileira, a Funai tinha por finalidade o cumprimento da política indigenista da União, baseada, dentre outros, no princípio de sua aculturação espontânea. Incumbia à Fundação, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea d⁵ de sua Lei, nesse sentido, garantir a evolução socioeconômica do índio de forma lenta e gradual. Era missão da Autarquia Indigenista, ao mesmo tempo, tutelar o índio e assisti-lo no processo de integração à sociedade brasileira, o que emanava tanto do conceito de aculturação, quanto de evolução socioeconômica adotados pelo legislador de 1969.

O Estatuto do Índio, que veio a lume pela Lei nº. 6001⁶, de 19 de dezembro de 1973, partia das mesmas velhas premissas e já no seu artigo 1º. afirmava o propósito de integrar progressiva e harmoniosamente os índios à comunidade nacional e, conseqüentemente, ao processo de desenvolvimento. Daí a distinção tricotômica entre índios isolados, em vias de integração e integrados a que alude o art. 4º. do Estatuto do Índio.

Essa perspectiva integracionista, por pressupor a necessidade de aculturação e evolução para que o índio adquirisse a plena capacidade jurídica, não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988. Vale dizer, essa missão da Funai tornou-se incompatível com a redação do art. 231 da Nova Carta Política. É que, em contraposição à ideia de aculturação, mesmo que espontânea, do índio, a Constituição evoluiu para o reconhecimento da sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições. Em contraposição ao conceito de evolução socioeconômica, a Constituição reconheceu a legitimidade das próprias atividades produtivas indígenas, reservando-lhes o direito à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar.

Pode-se afirmar juridicamente que na ordem constitucional velha o indígena,

⁴ Parágrafo único. A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais.

⁵ Art. 1º.(...) I – estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados: (...) d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas.

⁶ Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

para tornar-se um cidadão pleno, deveria passar pelo processo de aculturação e evolução socioeconômica; na nova ordem constitucional o indígena já é cidadão pleno, independentemente de um processo de aculturação, evolução ou integração, pois o Estado brasileiro reconhece o direito à preservação de suas peculiaridades culturais, o que inclui suas próprias atividades produtivas.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº. 33.922/DF, Primeira Turma, em decisão monocrática do Relator, Ministro Edson Fachin. DJe: 24.02.2016, teve a oportunidade de reafirmar a emancipação indígena operada pela Constituição de 1988, ao afirmar que “*todo o arcabouço constitucional (...) retirou os indígenas de uma esfera protetiva-diminutiva de suas capacidades, e reconheceu-lhes, dentro de uma noção plural de sociedade que pretendeu regular, a mesma capacidade conferida aos demais cidadãos brasileiros na defesa de seus direitos.*”

No julgamento da Pet nº. 3388, em 23/10/2009, o Supremo Tribunal Federal, pelo relator do feito, o Ministro Ayres Britto, já tivera oportunidade de desconstituir o falso dilema da integração indígena, mediante a afirmação do projeto de desenvolvimento social e ecologicamente equilibrado inaugurado em 1988, no contexto de uma sociedade plural e inclusiva.

Confira-se:

Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural.

Assim, ao passo que na ordem constitucional antiga ao índio era proposta a superação de suas peculiaridades culturais para a lenta e gradual integração à sociedade brasileira, a Constituição de 1988 admitiu como pressuposto a existência dessa diversidade cultural, ao preconizar uma política *compensatória das desigualdades historicamente acumuladas* (vide retro). Disso decorre um fato inexorável: o índio não deve e não necessita ser integrado à sociedade brasileira, pois dela já faz parte desde sua gênese. Noutro passo, superado este falso dilema da integração, como um dos atores que integra nossa sociedade deve ele ser respeitado em sua *organização social, costumes, línguas, crenças e tradições* (art. 213, CF/88).

Esta distinção entre a política indigenista velha e o seu novo estatuto constitucional, aqui salientada em sua feição estritamente jurídica e não ideológica, é essencial para bem compreender a incompatibilidade entre a concepção indigenista adotada pelo atual Governo Federal, por meio da MP 870/19, e a Constituição da República de 1988. Na verdade, ao afetar ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA a questão fundiária indígena, a Medida Provisória desconsidera e despreza a distinção constitucional e jurisprudencial entre o desenvolvimento indígena e o não-indígena, o que para o Supremo Tribunal configura um equívoco, nos termos do mesmo voto⁷ proferido pelo Eminentíssimo Ministro Ayres Britto:

Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar as comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios (...) desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

Tudo isto é dito para demonstrar que qualquer política indigenista, de qualquer governo, de qualquer posição ideológica, de esquerda, de centro ou de direita, não poderia adotar como objetivo integrar o índio à sociedade brasileira, porque pressuporia válido algo que a Constituição da República repudia, isto é, o desrespeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Em conclusão, a Medida Provisória 870/19, ao transferir a demarcação das terras indígenas ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e a supervisão da Funai para o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos operou a reprivatização da velha política integracionista do direito antigo e obrigou os índios e suas comunidades a um falso tratamento isonômico em relação aos demais atores da sociedade brasileira, tratamento este que desconsidera e viola, a um só tempo, suas peculiaridades culturais e seus direitos constitucionais, como se verá a seguir.

Capítulo II - O Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada – Convenção nº. 169/OIT

⁷ STF. Pet nº. 3388, julgada em 23/10/2009, Relator do feito, o Ministro Ayres Britto.

A Constituição Federal estabelece que o Presidente da República poderá baixar medidas provisórias em caso de relevância e urgência, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional⁸.

Sem entrar, neste momento, no debate sobre a relevância ou urgência em promover, de inopino, profundas alterações na política indigenista do Estado brasileiro, certo é que a MP nº. 870/2019 não observou o dever básico de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas imposto aos Estados signatários da Convenção nº. 169/OIT.

A Convenção nº. 169/OIT foi ratificada pelo Brasil em 20 de junho de 2002 pelo Decreto Legislativo nº. 143/2002, com plena eficácia a partir de 25 de julho de 2003 com o Decreto Executivo nº. 5.051/2004. Na condição de tratado internacional de direitos humanos, esta Convenção possui, nos termos da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, firmada no recurso extraordinário nº. 466.343/SP, status normativo supralegal⁹. O próprio STF, não obstante, no julgamento da ADI nº. 3239, foi além desse entendimento e conferiu à Convenção estatura constitucional, em consonância com o entendimento da doutrina majoritária no campo dos tratados internacionais de direitos humanos.

Confira-se, nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello:

A Convenção nº. 169/OIT, por versar sobre direitos humanos e direitos fundamentais, desfruta, segundo entendo, na ordem jurídica nacional, de uma clara posição hierárquica que lhe confere natureza constitucional, para além da própria noção de supralegalidade. [...] Os tratados internacionais de direitos humanos, como é a Convenção nº. 169/OIT, se revestem, na ordem positiva interna brasileira, de qualificação constitucional, acentuando ainda que estas convenções internacionais, como a Convenção nº. 169/OIT, em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil, como sucedeu no caso, assumem caráter materialmente constitucional, compondo sob tal perspectiva a própria noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

Em razão de sua natureza reconhecidamente supralegal, os direitos assegurados na Convenção nº. 169 tem aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, § 1º¹⁰ da Constituição Federal, independentemente de qualquer regulamentação. É plena a aplicação do direito à participação e à consulta prévia, livre e informada, o que

⁸ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

⁹RE 349703, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, 03/12/2008.

¹⁰§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

independe, portanto, da integração de qualquer norma administrativa ou legislativa, traduzindo-se em um dever líquido e certo do Estado brasileiro.

Tratava-se, por conseguinte, de etapa antecedente e obrigatória no procedimento de edição da MP nº. 870/19, cuja inobservância enseja sua nulidade, naquilo que afeta os povos indígenas, por vício de convencionalidade. Nesse sentido, o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal¹¹, nos termos da jurisprudência do STF¹², introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle de convencionalidade, de modo a estabelecer a centralidade dos direitos humanos diante do novo paradigma constitucional. No mesmo sentido, tem-se que a Convenção nº. 169/OIT e o direito à consulta prévia devem ser utilizados como parâmetro de controle de convencionalidade de medidas administrativas e legislativas.

Ora, a Convenção nº. 169/OIT dispõe, em seu artigo 6º, “1.a” e “2”, que governos deverão consultar os povos indígenas *cada vez que forem previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente*, de boa-fé, mediante procedimentos apropriados, e através de suas próprias instituições representativas, o que constitui o direito à consulta prévia, livre e informada.

A Convenção prevê ainda que os povos indígenas e tribais *deverão ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento e de controlar o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural* (artigo 7. 1). Diante disso, será nula toda medida administrativa ou legislativa que afete diretamente os povos indígenas e não tenha sido submetida à sua consulta prévia, livre e informada, por total incompatibilidade com seus termos, devendo portanto ser declarada inconvenção.

A expressão ampla “medidas administrativas ou legislativas” abriga uma extensa gama de objetos que devem ser submetidos à consulta prévia, tudo no intuito de inaugurar uma nova relação, de arbitrária e violenta para mais respeitosa, entre os Estados e seus grupos étnicos, a quem é garantida autonomia para decidir sobre

¹¹ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹² cf. Supremo Tribunal Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, julgado em 03 de dezembro de 2008. Tribunal Pleno Ementa: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§1, 2 e 3º da CF, à luz do art. 7º, §7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

políticas que lhes envolvam e afetem. Nessa expressão inserem-se desde empreendimentos econômicos até alterações legislativas e institucionais¹³ que atinjam de maneira específica o tratamento dispensado aos povos indígenas. O relator da Organização das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, James Anaya, lembra que os marcos institucionais, compostos por medidas legislativas e administrativas, também devem ser objeto de consulta¹⁴.

A OIT alerta que muitos dos problemas enfrentados pelos povos indígenas e tribais em todo o mundo poderiam ser evitados com a efetiva participação desse contingente humano no processo de tomada de decisões sobre o modelo de desenvolvimento. Por essa razão, a CEACR - *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, órgão da OIT, enfatizou que (...) *o espírito de consulta e participação constituem a pedra angular da Convenção n.º. 169, na qual se fundamentam todas as suas disposições.*

A consulta prévia, livre e informada, por tudo isto, é um direito essencial na singular relação que a Convenção n.º. 169/OIT busca promover entre Estados nacionais e os seus povos indígenas, assim como o faz a própria Constituição Federal de 1988. Estes documentos rompem a relação assimétrica e impositiva historicamente existente entre Estados e povos indígenas, estabelecendo um novo paradigma isonômico de respeito à diversidade.

No caso *Saramaka vs. Suriname*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) esclareceu que os governos precisam garantir o caráter culturalmente apropriado das consultas, de acordo com os costumes e tradições dos grupos consultados¹⁵, sobretudo no que diz respeito aos seus métodos tradicionais de tomada de decisão¹⁶, cabendo aos próprios grupos a decisão sobre como se farão representar,

¹³ A Corte Constitucional da Colômbia – órgão que desenvolveu a mais vasta e desenvolvida jurisprudência sobre consulta prévia em nível mundial – afirma que deve ser consultada aquela medida administrativa ou legislativa que “altere o status jurídico de uma pessoa ou comunidade, bem seja porque lhe impõe restrições ou gravames, ou, pelo contrário, lhe confira benefícios” (C-030/2008). A consulta também precisa ser respeitada “quando a matéria do projeto está relacionada com aspectos que possuem uma vinculação intrínseca com a definição da identidade étnica de ditos grupos” (C-175/2011), dentre os quais o direito de decidir as prioridades de seu processo de desenvolvimento, de manter suas práticas tradicionais e a relação especial e coletiva com o território, dentre outras.

¹⁴ ONU – *Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya. Doc ONU A/HRC/12/34, de 15 de julho de 2009.

¹⁵ *Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C N.º 172 del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2019, p. 42-43.

¹⁶ “165. *Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las*

jamais ao Estado¹⁷ de forma unilateral. No caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador, por sua vez, a Corte IDH alçou a consulta prévia à condição de princípio geral do direito internacional.

A Corte determina também que os Estados deverão ajustar suas normas e instituições para consultar os povos indígenas e tribais de maneira efetiva, sempre em conformidade com os padrões internacionais acerca da matéria, a fim de gerar canais confiáveis de diálogo com esses grupos¹⁸.

Na ADI nº. 3239, já aqui referenciada, a Min. Rosa Weber, relatora do julgamento, afirmou que o direito à consulta *visa a assegurar (...) a participação das populações tradicionais afetadas nos procedimentos necessários à determinação das terras por eles ocupadas, garantindo efetiva proteção a seus direitos de propriedade e posse.*

No caso Raposa Serra do Sol, quando do julgamento dos embargos de declaração ao acórdão prolatado na Pet. 3388, o Min. Luís Roberto Barroso enfatizou a necessidade de participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem seus interesses e direitos, sendo, nas suas palavras, *a consulta um elemento central da Convenção nº. 169.* O Ministro reforçou que *os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados.*

Não há, portanto, como argumentar pela existência de discricionariedade administrativa ou legitimidade política para afastar a aplicação do direito à consulta prévia. Mesmo os atos puramente políticos e discricionários encontram baliza tanto nos dispositivos constitucionais, convencionais e legais, no efetivo respeito aos direitos fundamentais.

A política indigenista instituída pela Medida Provisória nº. 870/2019 e pelos Decretos nº. 9.673/2019 e nº. 9.667/2019, ao afetarem diretamente direitos coletivos indígenas, conforme demonstrado ao longo desta Nota Técnica, reclamava consulta prévia aos povos indígenas brasileiros, antes, portanto, de sua edição.

Posto isso, devem ser considerados inconventionais os artigos 21, inciso XIV e

comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados” (CorteIDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C Nº 245 del 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>., p. 49).

¹⁷ Corte IDH, 2007, op.cit. p. 2-3.

¹⁸ Corte IDH, 2012, op. Cit., p. 49.

§2º, inciso I; e 43, I, “i” da MP nº. 870/2019. No mesmo sentido, os artigos 11, I, “f” e “g”; 14, caput e incisos I, II e III; e 66 do Anexo I do Decreto nº. 9.667/2019 e o artigo 2, IV do Anexo I do Decreto nº. 9.673/2019, por sua edição não ter sido precedida de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas afetados.

É perfeitamente compreensível e republicano que um novo governo, legitimamente eleito, pretenda desde logo baixar as novas estruturas que considera essenciais ao seu projeto administrativo. Não obstante, a legitimidade conquistada pelo sufrágio das urnas tem na Constituição da República o seu balizamento e limite. O poder público em um regime democrático tem por norte o Estado de Direito, com respeito às garantias fundamentais e aos direitos originários indígenas, estes que são uma das matrizes fundantes da sociedade brasileira.

A MP nº. 870/2019 deve ser, portanto, rejeitada pelo Congresso Nacional, por vício de inconstitucionalidade e inconvencionalidade.

Capítulo III - Convergência entre os interesses indígenas e a preservação do meio ambiente

A Emenda Constitucional nº. 32/2001 explicitou as limitações materiais à adoção de medidas provisórias. A doutrina reconhece no art. 62, § 1º um rol não exaustivo, o que implica admitir que outras matérias podem ser tratadas via tal espécie normativa, desde que observado aquele rol exemplificativo, bem como os limites implícitos estabelecidos na própria Constituição. Qualquer medida provisória que importasse, por exemplo, em mitigação da proteção aos povos indígenas encontraria obstáculo nos limites constitucionais implícitos.

Segundo Clémerson Cléve¹⁹, uma interpretação sistemática da Constituição conduziria à conclusão de que existem limites implícitos à edição de medidas provisórias, sendo o rol de vedações trazido pela Emenda 03/2001 apenas exemplificativo. O Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, ao analisar a Medida

¹⁹ Para Cléve, “a EC 32/2001, apesar dos avanços, ficou aquém das expectativas. Ao vedar a veiculação de determinadas matérias por medidas provisórias, permitiu, conseqüentemente, que as matérias não contidas no rol fossem veiculadas por tal ato. Todavia, em consonância com a interpretação sistemática da Constituição, afirma-se continuar existindo limites implícitos à edição de medidas provisórias. O rol de vedações trazido pela Emenda é apenas exemplificativo. As limitações materiais, portanto, não param por aí.” (CLÉVE, Clémerson Merlin. Medidas Provisórias. São Paulo: ed Revista dos Tribunais, 2010. p.127).

Provisória nº. 558/2012²⁰, no julgamento da ADI nº. 4717, entendeu que a proteção ao meio ambiente é um limite material implícito à edição de medidas provisórias, ainda que não conste do rol de limitações meramente exemplificativas contidas no art. 62, § 1º, da Constituição.

A Corte Constitucional ressaltou que a diminuição da proteção ao meio ambiente dependeria de lei formal, em prestígio ao princípio da estrita reserva legal, isto é, mediante a edição de lei em sentido estrito, debatida e emanada do próprio Parlamento, com a participação da sociedade civil e dos órgãos e instituições envolvidas neste tema. Para o STF a redução de unidades de conservação não poderia ser concretizada mediante a edição de uma medida provisória, tendo em vista a limitação implícita na Constituição.

Para a Relatora do caso no Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmem Lúcia, a provisoriedade é um pressuposto desta espécie legislativa que a incompatibilizaria com a disciplina de determinados direitos, como a tutela do meio ambiente, sob o risco de causar danos irreversíveis no caso de sua rejeição pelo Parlamento.

Ademais, medida provisória que importe diminuição da proteção ao meio ambiente, como é a presente, dispõe de evidente potencial de acarretar prejuízos irreversíveis ao meio ambiente na eventualidade de não ser convertida em lei. Como apontei em sede doutrinária, “a provisoriedade não é apenas um adjetivo da medida, mas um pressuposto do que nela se contém” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Medidas provisórias e princípio da separação de poderes. IN: Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa, , p. 44-69. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 60).

*A desafetação das áreas das unidades de conservação é efeito que poderia ser plenamente revertido se a medida provisória não houvesse sido convertida em lei. Entretanto, é certo que, no intervalo entre a adoção da medida provisória e sua apreciação pelo Congresso Nacional, poderiam, em tese, advir danos irreparáveis ao meio ambiente nas áreas desafetadas. Também por esse motivo, mostra-se imprópria a adoção de medida provisória para alterar ou suprimir espaços territoriais especialmente protegidos.*²¹

As terras indígenas, tal como as unidades de conservação, são especialmente protegidas pelo ordenamento jurídico como um todo e possuem grande relevância socioambiental. O art. 231 da Constituição, em seu parágrafo 1º, como vimos acima, enuncia que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar, reservando-lhes o usufruto exclusivo.

²⁰ Alterou limites de Unidades de Conservação na Amazônia.

²¹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.717. Tribunal Pleno. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Julgado em 5 de abril de 2018, DJe 15/02/2019

Soma-se a isto a existência de uma *relação de pertinência entre as terras indígenas e a proteção do meio ambiente*, como restou afirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Pet. nº. 3388.

*Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.*²²

A Organização das Nações Unidas, neste sentido, tem chamado atenção para a importância dos povos indígenas no combate às mudanças climáticas²³.

O próprio Ministério do Meio Ambiente publicou, no ano de 2015, a obra “Terras Indígenas na Amazônia Brasileira: do orçamento à mitigação da mudança climática” em que destaca o papel crucial dos indígenas na contenção do avanço do desmatamento sobre a região amazônica. O Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) também sobrealça a relevância dos indígenas para o combate ao desmatamento e à emissão de gases de efeito estufa²⁴. Dados divulgados pela Funai explicitam que o índice de desmatamento nas terras indígenas da Amazônia é inferior aos das próprias unidades de conservação²⁵.

Estas referências corroboram a assertiva de que o reconhecimento de uma terra indígena tem como corolário natural a preservação ambiental desses territórios. O escopo da declaração da tradicionalidade da posse indígena é, decerto, a garantia dos seus direitos humanos originários, mas a demarcação constitui, simultaneamente, meio eficaz de promoção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como preconiza o art. 225²⁶ da Constituição da República.

A MP nº. 870/2019, ao retirar da Funai a competência para realizar os estudos para demarcação de terras indígenas, transferindo a matéria para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, inviabilizou a promoção de uma política ambiental que respeite a convergência entre o usufruto exclusivo das terras indígenas e a preservação do meio ambiente nesses territórios, o que implica retrocesso repudiado

²² Supremo Tribunal Federal. Pet 3.388. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 24/09/2009, DJe 25/09/2009.

²³ Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/climate-change.html>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

²⁴ Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/terras-indigenas-combatem-desmatamento>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

²⁵ Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/2914-terras-indigenas-apresentam-o-menor-indice-de-desmatamento-na-amazonia-legal>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

²⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

pelo sistema da Constituição, como já afirmou o STF na ADI nº. 4717.

Em suma, a vedação constitucional implícita relacionada à proibição de edição de medidas provisórias que impliquem retrocesso ambiental, como já afirmou o Supremo Tribunal Federal, estende-se aos direitos originários dos povos indígenas, o que os torna incompatíveis com as alterações introduzidas pela MP nº. 870/2019, tendo em consideração o princípio da reserva legal, do que decorre, também aqui, grave inconstitucionalidade.

Capítulo IV - Conflito entre os interesses indígenas e a política agrícola da União

1. Introdução

Com o fim de estabelecer a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, como já foi dito acima, o governo federal baixou, em 1º de janeiro de 2019, a Medida Provisória nº. 870/2019, publicada em edição especial do Diário Oficial da União no mesmo dia. A presente Nota Técnica tem por objetivo, neste tópico, analisar os aspectos jurídicos da Medida Provisória e os conflitos de interesse que dela decorrem sobre os direitos dos povos indígenas brasileiros.

A Fundação Nacional do Índio, como dissemos anteriormente, foi criada pela Lei nº. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, em substituição ao antigo Serviço de Proteção Indígena e desde sua instituição foi vinculada à supervisão do Ministério do Interior²⁷. O SPI, diversamente, criado pela Lei nº. 8.072²⁸, de 20 de junho de 1910, foi desde logo vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio coerente com seu escopo administrativo de integrar o indígena à sociedade brasileira mediante sua inserção na atividade agrícola²⁹.

O SPI esteve subordinado à pasta da agricultura durante praticamente toda a primeira metade do século XX até o ano de 1967, passando por breve período, entre os

²⁷ Art. 4º A Fundação terá sede e foro na Capital Federal e se regerá por Estatutos aprovados pelo Presidente da República. Parágrafo único. A Fundação ficará vinculada ao Ministério do Interior, nos termos do Decreto-lei 200-67.

²⁸ Art. 1º. *O Serviço de Protecção aos Indios e Localização dos Trabalhadores Nacionaes, creado no Ministerio da Agricultura, Industria e Commercio, tem por fim: a) prestar assistencia aos indios do Brazil, quer vivam aldeiados, reunidos em tribus, em estado nomade ou promiscuamente com civilizados.*

²⁹ Idem. (...) *b) estabelecer em zonas ferteis, dotadas de condições de saubridade, de mananciaes ou cursos de agua e meios faceis e regulares de comunicação, centros agricolas, constituídos por trabalhadores nacionaes que satisfaçam as exigencias do presente regulamento.*

anos de 1934 e 1939, aos cuidados do Ministério da Guerra. As conclusões da Comissão de Inquérito constituída pelo Ministro do Interior pela Portaria nº. 239/67, com o precípua fim de *apurar irregularidades no Serviço de Proteção aos Índios* tornaram inadmissível, tanto no âmbito interno quanto internacional, a continuidade das próprias atividades do SPI, tendo em vista as atrocidades praticadas pelo Estado brasileiro contra os seus povos indígenas. As atividades do SPI foram equiparadas aos crimes hediondos no documento de conclusão das mais de 7.000 páginas lavradas a partir das investigações da Comissão³⁰.

Confira-se (sic):

Instalada no dia 3 de novembro de 1967, conforme ata respectiva, esta CI começou a produzir prova testemunhal e documental.

Ouviram-se dezenas de testemunhas, juntaram-se centenas de testemunhas, juntaram-se centenas de documentos nas várias unidades da Sede e das cinco Inspetorias visitadas.

Pelo exame do material infere-se que o Serviço de Proteção aos Índios foi antro de corrupção inominável durante muitos anos.

O índio, razão de ser do SPI, tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhe impuseram um regime de escravidão e lhe negaram um mínimo de condições de vida compatível com a dignidade da pessoa humana.

É espantoso que existe na estrutura administrativa do País repartição que haja descido a tão baixos padrões de decência. E que haja funcionários públicos cuja bestialidade tenha atingido tais requintes de perversidade. Venderam-se crianças indefesa para servir aos instintos de indivíduos desumanos. Torturas contra crianças e adultos, em monstruosos e lentos suplícios, a título de ministrar justiça.

Para mascarar a hediondez desses atos invocava-se a sentença de um capitão ou de uma polícia indígena, um e outro constituídos e manobrados pelos funcionários, que seguiam religiosamente a orientação e cumpriam cegamente as ordens.

Mas, mesmo que assim não fôsse, caberia ao servidor impedir a tortura e, na reincidência, destituir e punir os responsáveis. Tal porém jamais aconteceu porque as famigeradas autoridades indígenas eram a garantia julgada eficaz para acobertar as tropelias de facínoras erigidos em protetores do selvícola pátrio.

Não foi por obra do acaso ou por discricionariedade administrativa, ou mesmo por vontade política, que o Serviço de Proteção ao Índio foi extinto dando lugar à Funai, ao mesmo tempo em que a gestão da política indigenista foi retirada do Ministério da Agricultura e submetida ao Ministério do Interior. Foi medida imprescindível para fazer cessarem as atrocidades cometidas pelo Estado brasileiro contra os povos indígenas e que, no final da década de 1960, envergonharam o Brasil no concerto das Nações.

³⁰ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/docs-1/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>;

Oportuno, nesse sentido, transcrever artigo publicado à época no jornal norte-americano *New York Times*, expondo ao mundo civilizado os horrores sofridos pelos indígenas em nosso País, recentemente republicado no vernáculo pela Revista Piauí³¹:

O SPI, admitiu o general Afonso Augusto de Albuquerque Lima, ministro do Interior; havia sido convertido em um instrumento para a opressão dos índios e, portanto, fora dissolvido. Haveria uma investigação judicial acerca da conduta de 134 funcionários. Uma página de jornal inteira, em letras miúdas, foi necessária para listar os crimes dos quais esses homens eram acusados. Em conversa informal, o procurador federal, Jáder de Figueiredo Correia, afirmou duvidar que dez funcionários do SPI, de um total de mais de mil, poderiam ser totalmente eximidos de culpa e inocentados pela Justiça.

O relatório oficial tinha um tom sereno – fleumático, quase –, razão ainda maior da eficácia de seu conteúdo, que revelava e denunciava atrocidades. Desbravadores, latifundiários e garimpeiros mancomunados com políticos corruptos vinham continuamente usurpando terras indígenas, e destruíram tribos inteiras em uma luta cruel na qual se empregou guerra bacteriológica, com a doação de roupas impregnadas com o vírus da varíola e de suprimentos de comida envenenados. Crianças foram raptadas, e o assassinato em massa ficou impune. O próprio governo foi culpado, em certa medida, pela progressiva inanição de recursos do SPI durante um período de trinta anos. O SPI também teve que enfrentar “o impacto desastroso da atividade missionária”.

No regime da Constituição da República de 1988, por outro lado, a questão indígena esteve sempre submetida ao crivo do Ministério da Justiça³². Desde o advento do Decreto nº. 22, de 22 de fevereiro de 1991, ainda no governo do presidente Fernando Collor, era incumbência da Pasta declarar, mediante a publicação de portaria, os limites das terras indígenas, aprovando as conclusões de grupo de trabalho constituído para tal fim pela Funai³³. Esta Norma, com as pequenas alterações introduzidas pelo Decreto nº. 608, de 20 de julho de 1992, foi totalmente revogada com o advento do Decreto nº. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, já agora sob o mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso.

As alterações introduzidas pelo Decreto nº. 1.775/96 tiveram por principal

³¹ Íntegra do artigo disponível em <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/genocidio/>

³² O Ministério do Interior foi extinto pela Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990 (art. 27). A partir de então, suas atribuições foram absorvidas pelo Ministério da Justiça. As duas pastas concentravam basicamente as mesmas atribuições no que se refere à supervisão da Funai.

³³ Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será precedida de identificação por Grupo Técnico, que procederá aos estudos e levantamentos, a fim de atender ao disposto no § 1º do art. 231 da Constituição. (...) § 9º Aprovando o processo, o Ministro da Justiça declarará, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.

novidade deferir aos estados e municípios em que se localizassem as respectivas áreas sob demarcação, bem como aos demais interessados, o direito de manifestar-se no processo demarcatório³⁴. Permaneceu, não obstante, sob a autoridade do Ministro da Justiça, o poder de *declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinar a sua demarcação*³⁵.

Surpreendentemente, no primeiro dia de governo, o presidente Jair Bolsonaro editou a MP 870/19 que alterou substancialmente o Decreto nº. 1.775/96 para restituir à pasta da agricultura, o MAPA (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento), a gestão dos interesses fundiários indígenas. Nos termos do art. 21, inciso XIV da MP, o MAPA voltou a ter a competência que ostentara desde os primórdios da República até o ano de 1967, quando esteve sob sua supervisão o SPI, incumbindo-lhe novamente, passados mais de 40 anos, as atividades de identificação, delimitação, demarcação e registro de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Art. 21. Constitui área de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento:

(...)

XIV - reforma agrária, regularização fundiárias de áreas rurais, Amazônia Legal, terras indígenas e quilombolas;

(...)

§ 2º. A competência de que trata o inciso XIV do caput, compreende:

I - a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas.

Em complemento à MP nº. 870/2019, veio a lume o Decreto nº. 9.667, de 2 de janeiro de 2019, para organizar as funções e cargos no referido Ministério, afetando especificamente à Secretaria Especial de Assuntos Fundiários essa competência, bem como para o licenciamento ambiental em terras indígenas. No mesmo sentido, o Decreto criou o Departamento de Identificação, Demarcação e Licenciamento, com

³⁴ Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. (...) § 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

³⁵ § 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá: I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação; II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

competências executivas nessas matérias³⁶.

Se não fosse bastante ruim o retorno da gestão fundiária indígena à Pasta da Agricultura, de triste memória, a MP 870 foi além em seu desacerto. A Funai saiu da supervisão do Ministério da Justiça e passou ao controle de outra pasta ministerial, o Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos³⁷. A Medida Provisória 870/2019 promoveu, por conseguinte, a cisão e o fracionamento da gestão dos interesses indígenas pelo governo federal: 1. a questão da posse constitucional da terra foi remetida para o MAPA; 2. a Funai, despida desta competência, passou à supervisão do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos.

Confiram-se, em síntese, as principais mudanças promovidas pela política indigenista do presidente Jair Bolsonaro:

1. a Funai deixa o Ministério da Justiça e vai para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos³⁸;
2. a competência para realizar a identificação e delimitação das terras indígenas passam da Funai para a Secretaria Especial de Assuntos Fundiários do MAPA;
3. a competência para expedir portaria declaratória das terras indígenas passa do MJ para o MAPA;
4. a competência para se manifestar como interveniente em processos de licenciamento ambiental que afetem povos indígenas passa da Funai para a Secretaria Especial de Assuntos Fundiários do MAPA.

2. Do Conflito de Interesses com o MAPA

³⁶ Art. 11. À Secretaria Especial de Assuntos Fundiários compete: I - formular, coordenar e supervisionar as ações e diretrizes sobre: (...) f) identificação, delimitação, demarcação e registro das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas; g) licenciamento ambiental nas terras quilombola e indígenas, em conjunto com os órgãos competentes; (...)

Art. 14. Ao Departamento de Identificação, Demarcação e Licenciamento compete: I - coordenar, implementar, normatizar e traçar diretrizes acerca da identificação e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas e de terras remanescentes de quilombos; II - coordenar a formação de Grupos Técnicos Especializados para realizar o estudo de identificação e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas; III - manifestar-se em todo e qualquer licenciamento que afete direta ou indiretamente as terras indígenas e quilombolas; e IV - celebrar contratos, convênios e termos necessários ao cumprimento das metas e objetivos da Secretaria de Assuntos Fundiários.

³⁷ Art. 43. Constitui área de competência do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos: (...) i) direitos do índio, inclusive no acompanhamento das ações de saúde desenvolvidas em prol das comunidades indígenas, sem prejuízo das competências do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

³⁸ Decreto no. 9.673/2019: Art. 1º Ficam aprovados a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, na forma dos [Anexos I e II](#). Anexo I Art. 2º O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos tem a seguinte estrutura organizacional: (...) III - órgãos colegiados: (...) j) Conselho Nacional de Política Indigenista; (...) IV - entidade vinculada: Fundação Nacional do Índio.

A Medida Provisória 870/19, sob o pretexto de inaugurar uma nova gestão dos interesses indígenas em nosso País, afrontou a literalidade do art. 231 da Constituição Federal, ao submeter o procedimento demarcatório como um todo ao MAPA e a Funai ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos.

Com efeito, a Constituição de 1988, como já foi dito anteriormente, assegura aos povos indígenas brasileiros o usufruto exclusivo e a posse permanente das terras por eles tradicionalmente ocupadas, utilizadas para suas atividades produtivas, segundo seus usos, costumes e tradições. A própria Constituição admite e enuncia, por conseguinte, a existência de uma diferença de caráter cultural entre a agricultura, pecuária, pesca etc. não indígenas e as atividades produtivas indígenas, manifestada nos seus peculiares costumes e tradições.

A simples leitura do art. 21 da MP, nesse sentido³⁹, revela a incompatibilidade entre as matérias disciplinadas nos primeiros incisos, que tratam da política agrícola e pecuária, e de todos os seus subsistemas, e a questão indígena abordada *en passant* no inciso XIV. As terras indígenas são ali mencionadas genericamente em meio a temas igualmente complexos como reforma agrária, regularização fundiária de áreas rurais e Amazônia Legal, além de territórios quilombolas.

Essa incompatibilidade decorre, por certo, do fato de o art. 21 da Medida Provisória referir-se substancialmente à política agrícola e fundiária do Governo Federal, isto é, à disciplina legal das atividades descritas no art. 187 e incisos da Carta Magna. Assim como a matéria indígena seria estrangeira no Título VII da Constituição, que trata da Ordem Econômica e Financeira, tanto que há o Capítulo V, no Título VIII especificamente sobre índios; da mesma forma a norma do inciso XIV que menciona *as terras indígenas* é estranha ao art. 21 da MP, pois está indevidamente inserida na disciplina legal das atividades agrícolas em geral. Ora, o Direito Constitucional não reconhece ao legislador ordinário o poder de, a título de regulação de uma norma da Constituição, estabelecer sinonímia onde há expressa antinomia constitucional.

A interpretação sistemática da Constituição recomenda que seus dispositivos sejam lidos com o escopo de dar a maior eficácia possível às suas normas, como alerta a Ministra Rosa Weber⁴⁰, do Supremo Tribunal Federal na paráfrase da doutrina de Jorge Miranda:

Não é demais lembrar que, diante de norma constitucional assim

³⁹ Vide citação retro.

⁴⁰ Acórdão proferido na ADI nº. 3239, publicado no DJE de 1º de fevereiro de 2019.

qualificada, recomenda a doutrina que se evite “método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais.

E prossegue, neste mesmo julgado, a doutra Ministra do Supremo Tribunal Federal:

Tenho, pois, que levada a sério, à norma constitucional – especialmente a definidora de direito fundamental – não pode ser atribuída exegese que lhe retire toda e qualquer densidade normativa. Em absoluto merece endosso, *data venia*, interpretação atribuidora de sentido e eficácia que impliquem a própria inexistência do texto interpretado: impacto jurídico indistinguível de uma ordem jurídica carente do preceito.

Tivesse o Constituinte de 1988 a intenção de igualar as atividades produtivas desenvolvidas pelos indígenas em seus territórios às atividades agrícolas em geral, certamente não se teria detido sobre as peculiaridades culturais dos índios, isto é, seus usos, costumes e tradições. Teria deixando o regramento da matéria à disciplina geral da norma do art. 187 que trata Ordem Econômica e Financeira. As atividades produtivas indígenas seriam, segundo esta perspectiva, não abraçada pelo Constituinte, também elas um subsistema da política agrícola em geral.

O Constituinte, muito ao contrário, reservou especificamente o Capítulo V ao regramento da questão indígena, inserindo-o no Título VIII que trata da Ordem Social. Optou por reconhecer nas atividades indígenas algo distinto e incompatível com as atividades econômicas em geral. Esta distinção alcança, indubitavelmente, a gestão territorial indígena que não guarda no corpo da Constituição, como se viu, qualquer identidade com a política agrícola ou com a reforma agrária disciplinadas, respectivamente, nos art. 184 e 187 do Capítulo III da Ordem Econômica.

Tudo isto é dito para demonstrar que a MP 870 patrocinou o conflito de interesses e direitos que estão pacificados no corpo da própria Constituição da República. O Constituinte de 1988 foi sábio ao disciplinar matérias tão díspares em títulos diversos da Carta Magna, em reforço à distinção cultural existente entre a gestão territorial indígena e a política fundiária em geral; entre as atividades produtivas indígenas disciplinadas no art. 231 e a política agrícola a que alude o art. 187, ambos da C.R. Se fossem todos conceitos sinônimos não estariam disciplinados em momentos tão específicos e diferenciados da Carta Política.

Ora, não pode o legislador ordinário, e muito menos o Presidente da República por meio de medida provisória, baixar uma política agrícola e fundiária que derroque

tudo um capítulo da Constituição da República, tornando letra morta dispositivos constitucionais que vieram a lume na Assembleia Nacional Constituinte como instrumento de reparação de uma dívida histórica de séculos de opressão contra os povos indígenas no Brasil. A Medida Provisória 870/19 parte, nesse sentido, de uma exegese do art. 231 da Carta Magna que, nas palavras do STF, *lhe retira toda e qualquer densidade normativa*.

O Ministro Celso de Mello, ao julgar recurso extraordinário⁴¹ em que se discutira a posse tradicional indígena, sustentou em seu voto que a questão territorial para os indígenas confunde-se com sua integridade cultural, pois a sua perda significa a simultânea perda de sua identidade étnica:

Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-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 integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vive.

Não se trata, por conseguinte, do exercício dos poderes discricionários inerentes ao mais alto mandatário da Nação, tampouco de um juízo de conveniência política. Trata-se sim da reafirmação de uma opção feita pelo Constituinte de 1988 para a afirmação da igualdade entre os brasileiros, respeitada a diversidade das matrizes que concorreram para a conformação desta nacionalidade, como bem salientou Sua Excelência nesse mesmo julgado:

A Carta Política, na realidade, criou, em seu art. 231, par. 1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar aos índios os direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, s. 2º, 3º e 7º), e, de outro, proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, caput e seu par, 1º).

É preciso ter sempre a triste memória de um passado ainda recente, quando ao passo que em terras estrangeiras o homem já se preparava para pisar o solo lunar, no Brasil aos indígenas ainda não se assegurava sequer um tratamento condizente com sua

⁴¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 183188. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 10/12/1996.

natureza humana, o que resta evidente da leitura do Relatório Figueiredo, já mencionado, que ora se transcreve (sic):

Durante cêrca de 20 anos a corrupção campeou no Serviço sem que fôsem feitas inspeções e tomadas medidas saneadoras. Tal era o regime de impunidade, que a Comissão ouviu dizer no Ministério da Agricultura, ao qual era subordinado o SPI, que cêrca de 150 inquéritos ali foram instaurados sem jamais resultar em demissão de qualquer culpado. Contando com a boa vontade dos diversos setores da administração do Ministério da Agricultura a CI resolveu requisitar os processos de inquéritos administrativos do SPI. Infelizmente os arquivos daquela Pasta já haviam sido transferidos para Brasília e foram destruídos pelo incêndio que queimou o edifício sede, juntamente com a sede do SPI instalada no mesmo edifício. Os poucos processos salvados do incêndio dão a impressão de protecionismo, pois havia em todos uma característica comum, um traço dominante: a existência de um vício processual que determinava sua anulação e arquivamento, sem que jamais de voltasse a instaurá-lo novamente, ou, depois, nem, ao menos nêles se falava mais. Ora, a conveniência era flagrante. Defendiam-se entre si pois conheciam os crimes uns dos outros. Aos que praticavam irregularidades, mais fácil se tornou obstaculizar a apuração depois do incêndio do Ministério da Agricultura. Destruídos os arquivos julgaram-se salvos e livres dos castigos merecidos. Felizmente são longas as garras da Lei e a Verdade pode chegar por vários caminhos. Reconhecendo não ser possível levantar com exatidão os valores subtraídos aos índios para exigir ressarcimento. Nem mesmo é possível apresentar ao esclarecido julgamento de V. Exa. todos os culpados e, muito menos, todos os seus crimes; é imensa a área de jurisdição do SPI. São inúmeros os funcionários implicados e muitos os seus crimes. Por outro lado, cerceados pelas limitações de tempo e de espaço os membros da Comissão não podem apresentar perfeito trabalho de apuração, quer quantitativa quer qualitativamente. Limitaram-se quase a uma obra perfunctória de colheita de dados para instruir novas Comissões, que terão tôdas as condições de realizar o trabalho de profilaxia administrativa desejada por V. Exa. Mas se não é possível uma exata apuração nem por isso se deixou de averiguar serem tantos e tão horríveis os crimes, que o SPI pode ser considerado o maior escândalo administrativo do Brasil.

Essa triste página da história da Administração Pública brasileira teve como consequência, como vimos acima, a extinção do SPI e a criação da Fundação Nacional do Índio. Mas não menos importante foi o deslocamento da gestão dos interesses indígenas para um campo administrativo neutro, de Justiça, livre e não comprometido com a gestão dos interesses que se apresentavam antagônicos às peculiaridades culturais dos povos indígenas.

A tragédia do extermínio indígena em massa e a vergonha da impunidade de seus autores levou à constatação do absoluto malogro da política integracionista promovida pelo Estado desde o início do século XX e que, tal como o fizera o colonizador português, pretendeu transformar o índio em escravo ou em empregado em suas lavouras.

A experiência extraída do assassinato indígena e da impunidade administrativa

é um alerta contra o retrocesso ao período do horror e da barbárie. Nos últimos 40 anos em que a política indígena esteve submetida ao Ministério da Justiça, com todos os percalços, houve avanços significativos e contamos hoje com cerca de 436 terras indígenas regularizadas⁴². As invasões e conflitos, malgrado as dificuldades orçamentárias e administrativas enfrentadas pelos vários Presidentes da República que se sucederam, foram repelidas tempestivamente pela Polícia Federal, submetida ao mesmo comando da Funai, isto é, ao Ministro da Justiça.

A conclusão da Nota Técnica, no particular, é portanto pela inconstitucionalidade do art. 21, inciso XIV da MP 870/19, pela expressa afronta ao art. 213 e seus parágrafos da Constituição Federal.

3. Conflito entre os interesses indígenas e o conceito de Mulher, Família e Direitos Humanos - MMFDH

A Constituição da República, não é demais lembrar, reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, nos termos do art. 231, *caput* multicitado. É preciso que o intérprete da Constituição tenha claro, nesse sentido, que a organização social a que se refere este dispositivo, inserido no Capítulo que trata especificamente dos índios, é um conceito distinto daquele enunciado genérico do Título VIII da Ordem Social.

Essa dicotomia, como vimos linhas atrás nesta Nota Técnica, é observada em diversos trechos do Texto Constitucional, tal como no art. 215 na Seção II destinada à Cultura que, ao disciplinar o exercício dos direitos culturais, atribuiu destacada atenção à cultura indígena por sua relevância no processo civilizatório nacional:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, *indígenas* e afro-brasileiras, e das de outros grupos *participantes do processo civilizatório nacional* (destacou-se).

A mesma distinção já fora feita na Seção I ao tratar da Educação, reconhecendo-se às comunidades indígenas seus processos próprios de aprendizagem,

⁴² Excluídas deste número as 35 terras reservadas.

vale dizer, conteúdos e metodologias distintos da formação básica a ser ministrada ao público em geral:

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

(...)

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a *utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem* (destacou-se).

Há, pois, na Carta Política, em múltiplos momentos, a expressa distinção entre cultura indígena e não-indígena; afirmar o contrário seria admitir a desnecessidade da expressa menção a este conceito e sua ressalva no contexto da educação ou da cultura nacional como um todo. Seria esvaziar qualquer conteúdo normativo ou vinculante das expressões constitucionais *costumes, crenças, línguas e tradições indígenas*. No que se refere, por conseguinte, à interpretação da Norma Fundante, pode-se afirmar que configuraria má hermenêutica a pretensão de submeter os interesses culturais indígenas, dada sua diversidade, à Cultura e à Educação em geral.

O respeito à diversidade cultural dos *grupos participantes do processo civilizatório*, como afirmou o Constituinte de 1988, tem repercussão também nos conceitos de família e de gênero. A leitura do Capítulo VII do Título da Ordem Social, a partir do art. 226 e segs., nos dá conta de que o modelo de família, de jovem, de idoso etc. adotado para os brasileiros em geral não daria conta das especificidades presentes nas múltiplas comunidades indígenas brasileiras. Nada mais sensato, por conseguinte, do que a própria Constituição preconizar o respeito à sua *organização social, costumes, línguas, crenças e tradições*. Ora, onde o constituinte distinguiu não cabe ao legislador, a título de dar conformação aos direitos, generalizar, sob pena de deles dispor em afronta à Constituição.

Esta é, aliás, a abalizada lição de Canotilho⁴³:

A conformação de direitos fundamentais não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para garantir o exercício de direitos fundamentais. Converte-se, pois, segundo essa compreensão, em tarefa do legislador.

O Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, ao se deparar com a diversidade cultural

⁴³ Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1248.

⁴⁴ REsp 1566808/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 02/10/2017.

anunciada pelo Constituinte de 1988 afirmou, em uma demanda envolvendo a adoção de criança indígena por família não-indígena, que *os povos indígenas possuem identidade social e cultural, costumes e tradições diferenciados, tendo, inclusive, um conceito de família mais amplo do que o conhecido pela sociedade comum, de maneira que o ideal é a manutenção do menor indígena em sua própria comunidade ou junto a membros da mesma etnia*. Observe-se que ao afirmar que o conceito de família indígena é mais amplo do que o da sociedade comum, o Superior Tribunal de Justiça reafirma o critério interpretativo que repele a configuração dos direitos indígenas como um subsistema do direito em geral.

A subordinação da Funai ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos infirma a diversidade preconizada pelo Constituinte e faz letra morta a Norma Maior, pois parte do pressuposto de que os valores dessas comunidades compõem um mero subsistema da ordem social geral e não um sistema próprio, indígena, tal como previsto na Carta Política. Essa subordinação, repelida pelo Superior Tribunal de Justiça, parte do equívoco de considerar que o conceito de família indígena está contido no conceito de família em geral, que a cultura em geral contém a cultura indígena.

A simples leitura do art. 43 da MP 870/19 permite concluir que a estruturação das competências do MMFDH, ao partir dessa falsa premissa, embaralha e confunde matérias do interesse da população em geral, no que tange aos direitos humanos, família, idosos etc., com as questões indígenas, em total desconsideração da diretriz constitucional de respeito às peculiaridades de cada grupo étnico e segmento social. Esta diversidade alcança até mesmo um conceito tão genérico quanto os direitos humanos que, neste caso, assumem outra dimensão substantiva.

Com efeito, parece ao intérprete mais afoito que a alocação da Autarquia Indigenista em um Ministério que cuida dos direitos humanos seria a panaceia contra qualquer tipo de agressão ou ataque aos direitos dos índios, considerados no contexto das demais minorias sociais. Ocorre que até mesmo um conceito tão amplo quanto são os direitos humanos deve ser interpretado segundo as peculiaridades culturais indígenas, sob pena de, com o argumento de proteger os índios, patrocinar sua opressão.

O Supremo Tribunal Federal, nesse exato sentido, por decisão monocrática do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁵, em processo que tratava de educação

⁴⁵ AI 859304, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/10/2015, publicado em DJe-218 divulgado em 29/10/2015 PUBLIC 03/11/2015.

indígena, foi enfático ao afirmar que *quando voltada aos povos indígenas, a aplicação dos direitos humanos pressupõe o respeito à sua organização social, seus usos, costumes e tradições, garantindo-se sua diversidade cultural, a ser considerada, junto às suas histórias e anseios, pela educação pública*. Este alerta é precioso para o intérprete, quer seja ele o exegeta, quer seja ele o legislador, para resistir à tentação de impor aos índios os valores majoritários de nossa sociedade, de matriz predominantemente judaico-cristã.

É justamente deste pecado que padece o art. 43, inciso I, da MP 870⁴⁶ ao estabelecer as diretrizes da política de promoção dos direitos humanos. A gestão dos interesses indígenas na mesma pasta dedicada à mulher, à família e aos direitos humanos patrocina claro conflito de interesses o que, como se viu, afronta a Constituição da República. O respeito à cultura indígena, no particular, passa justamente pela crítica aos conceitos de mulher, família e direitos humanos que o novo Ministério visa preservar e, como é cediço, não é possível bem servir, e ao mesmo tempo, a dois senhores.

V – Conclusão Geral

A Medida Provisória nº. 870, de 1º de janeiro de 2019, afronta a literalidade do art. 231 e parágrafos da Constituição da República, como foi demonstrado ao longo desta Nota Técnica.

O Estatuto Constitucional dos índios assegura o respeito aos seus usos, costumes e tradições, bem como o usufruto permanente e exclusivo sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O índio, por conseguinte, já faz parte da sociedade brasileira, respeitadas suas características e especificidades. Qualquer governo, de qualquer posição ideológica, de esquerda, de centro ou de direita que pretenda integrar o índio em desrespeito às suas características culturais viola a Carta Magna porque desconsidera suas peculiaridades culturais, manifestadas em sua organização social,

⁴⁶Art. 43. Constitui área de competência do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos: I - políticas e diretrizes destinadas à promoção dos direitos humanos, incluídos: (...) i) direitos do índio, inclusive no acompanhamento das ações de saúde desenvolvidas em prol das comunidades indígenas, sem prejuízo das competências do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento;

costumes, línguas, crenças e tradições.

A política indigenista baixada pelo Governo Federal pela MP 870 padece igualmente do vício de convencionalidade, pois não foi precedida de consulta livre e informada das comunidades indígenas, nos termos da Convenção nº. 169 da OIT. Segundo já decidiu o STF, *os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados*. São, portanto, inconventionais os artigos 21, inciso XIV e §2º, inciso I; e 43, I, “i” da MP nº. 870/2019. No mesmo sentido, os artigos 11, I, “f” e “g”; 14, caput e incisos I, II e III; e 66 do Anexo I do Decreto nº. 9.667/2019 e o artigo 2, IV do Anexo I do Decreto nº. 9.673/2019, por sua edição não ter sido precedida de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas afetados.

A vedação constitucional implícita relacionada à proibição de edição de medidas provisórias que impliquem retrocesso ambiental, como já afirmou o Supremo Tribunal Federal, estende-se aos direitos originários dos povos indígenas, o que os torna, também aqui, incompatíveis com as alterações introduzidas pela MP nº. 870/2019, tendo em consideração o princípio da reserva legal, do que decorre grave inconstitucionalidade, como já afirmou o STF na ADI nº. 4717. Enfraquecer a defesa dos direitos indígenas, como se viu nesta Nota Técnica, é enfraquecer a tutela do meio ambiente.

A Medida Provisória 870/2019 promoveu o conflito entre os interesses indígenas e as políticas agrícola e de direitos humanos do Governo Federal. Houve a cisão e o fracionamento da gestão dos interesses indígenas pelo governo federal: 1. a questão da posse constitucional da terra foi remetida para o MAPA; 2. a Funai, despida desta competência, passou à supervisão do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos.

Nesse sentido, a Constituição da República diferenciou as atividades produtivas indígenas do conceito de agricultura, nos termos dos arts. 187 e 231, respectivamente. A transferência das atividades de demarcação de terras indígenas para o MAPA submete os interesses dos índios, disciplinados no Título da Ordem Social da Carta Magna, aos interesses agrícolas de que trata o Título da Ordem Econômica e Financeira. Este conflito de interesses tem o potencial de ressuscitar a política integracionista do governo brasileiro adotada ao longo do século XX que, sob a coordenação do Ministério da Agricultura e na vigência do extinto SPI, promoveu o assassinato indígena em grande escala, como registra o *Relatório Figueiredo*.

O respeito à diversidade cultural dos *grupos participantes do processo civilizatório*, como afirma a C.R., nos dá conta de que o modelo de família, de jovem, de idoso etc. adotado para os brasileiros em geral não daria conta das especificidades presentes nas múltiplas comunidades indígenas brasileiras. Os povos indígenas possuem identidade social e cultural, costumes e tradições diferenciados, tendo, inclusive, um conceito de família mais amplo do que o conhecido pela sociedade comum, como já afirmou o STJ.

A subordinação da Funai ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos infirma a diversidade preconizada pelo Constituinte e faz letra morta a Norma Maior, pois parte do pressuposto de que os valores dessas comunidades compõem um mero subsistema da ordem social geral e não um sistema próprio, indígena, tal como previsto na Carta Política. Nesse sentido, como já afirmou o STF, *quando voltada aos povos indígenas, a aplicação dos direitos humanos pressupõe o respeito à sua organização social, seus usos, costumes e tradições, garantindo-se sua diversidade cultural, a ser considerada, junto às suas histórias e anseios, pela educação pública.*

Por tudo isto, a Funai e o processo demarcatório de terras indígenas devem permanecer sob a supervisão do Ministério da Justiça, por ser este um campo neutro e equidistante de todos os atores envolvidos nas demais pastas, no âmbito do Governo Federal. O Ministério da Justiça é historicamente vocacionado à mediação dos conflitos decorrentes da implementação do estatuto constitucional indígena. Ademais, o fato de o Ministro da Justiça exercer também a supervisão da Polícia Federal e da Força Nacional confere maior celeridade na prevenção e repressão à invasão das terras indígenas, bens de propriedade da União, nos termos da Constituição da República.

Por tudo isto é que a MP 870/19 é inconstitucional e deve ser rejeitada, no que se refere à política indigenista do Governo Federal.

Brasília, 1º de março de 2019.

ANTONIO CARLOS ALPINO BIGONHA

Subprocurador-Geral da República

Coordenador da 6ªCCR/MPF