



Análise do PL 490/2007 e seus apensos

1. Introdução.

O Projeto de Lei – PL nº 490/2007 tinha como objetivo originário a mudança do Estatuto do Índio (Lei 6001 de 1973), quanto à competência para demarcação de terras indígenas.

Contudo, foram sendo apensados várias outras propostas legislativas e ao final a sugestão originária foi afastada. Faz sentido, dado que a parte da Lei 6001/73 que regula a competência para a demarcação foi superada pela Constituição Federal de 1988, que determina que compete à União demarcar e fazer respeitar todos os bens do patrimônio indígena e, portanto, seria demasiado inconstitucional a matéria:

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.**

Portanto, inicie-se a dizer que não poderia em tempo algum mudar a Carta de 1988 por meio de Projeto de Lei, como pretendia o texto originário do PL 490/2007.

Daí que ao Projeto de Lei nº 490, de 2007 foram apensados os Projetos de Lei de números: 1.218/2007, 1.606/2015, 3.700/2020, 2.302/2007, 2.311/2007, 3.896/2012, 1.003/2015; 5.386/2020, 5.993/2009; 2.479/2011; 6.818/2013, 1.218/2015, 1.216/2015. Houve, ainda, o Requerimento n. 1940/2019 para que o Projeto de Lei nº 2.395/2015 e seu apensado tramitem conjuntamente com o Projeto de Lei nº 490/2007.

Segundo o relator do PL 490/2007, que se seguiu para Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania - CCJC,

O Projeto de Lei nº 490, de 2007, e seus apensos, tramitam em regime ordinário e foram distribuídos para a manifestação das Comissões de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, de Direitos Humanos e Minorias e de Constituição e Justiça e de Cidadania (mérito e art. 54, RICD). Em razão terem recebido pareceres divergentes, a matéria deverá ser apreciada pelo Plenário. Fui designado relator nesta Comissão.



A Comissão de Direitos Humanos e Minoria, por seu turno, ofereceu voto pela rejeição do PL 490 e todos os seus apensos e a Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural apresentou substitutivo, o qual, junto de outros apensos, foi considerado constitucional pelo relator, o deputado Arthur Oliveira Maia (DEM-BA).

Daí finaliza o voto o relator:

Quanto ao mérito, optamos por rejeitar apenas as propostas cujo objeto se encontrava praticamente restrito à realização da demarcação mediante lei, visto que referida ideia não foi acatada em nosso substitutivo. Todas as demais proposições, em maior ou menor grau, contribuíram para a construção de nossa proposta, pelo que aprovadas na forma do substitutivo.

Pelas razões expostas, o voto é pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa dos Projetos de Lei nº: 490/2007, 1218/2007, 1606/2015, 3700/2020, 2302/2007, 2311/2007, 3896/2012, 1003/2015; 5386/2020, 5993/2009; 2479/2011; 6818/2013, 1218/2015, 1216/2015, e do substitutivo apresentado pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural.

No mérito, votamos pela rejeição dos Projetos de Lei nº 490/2007 e 2.479/2011, e pela aprovação dos Projetos de Lei no 1.218/2007, 1.606/2015, 3.700/2020, 2.302/2007, 2.311/2007, 3.896/2012, 1.003/2015; 5.386/2020, 5.993/2009; 6.818/2013, 1.218/2015, 1.216/2015, e do substitutivo apresentado pela Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, na forma do substitutivo anexo. Sala da Comissão, em 06 de maio de 2021. Deputado Federal Arthur Oliveira Maia (DEM-BA).

Contudo, tanto os apensos, como o substitutivo, ao contrário do conteúdo do voto do relator, são inconstitucionais, como passaremos a demonstrar, além de perecer de vício procedimental, nos termos do art. 6º da C. 169 da OIT.

2. Da justificativa que se pauta em decisões do Supremo Tribunal Federal - STF. Inviabilidade e afronta às decisões da Suprema Corte.

É de causar espécie o fato de o relator, dep. Arthur Oliveira Maia, e a Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural terem se agarrado, como único e central elemento, nas decisões da Suprema Corte para sustentar a



viabilidade da medida legislativa em comento. Veja-se como inicia sua justificativa de voto o relator:

O regime jurídico constitucional demarcatório de terras indígenas do art. 231 da CF/88 foi lapidado por dois grandes recentes processos: (i) interpretação da Corte Suprema por meio dos julgamentos da Pet 3.388/RR, ROMS 29.087/DF, RMS 29.542, ACO 2.224 e ARE 803.462; e (ii) aprovação do Presidente da República do Parecer nº GMF-05 (*) da AGU, com força normativa, nos termos do §1º do artigo 40 da Lei Complementar nº 73/93, que por sua vez adotou o parecer 01/2017/GAB/CGU/AGU.

Em que pese a existência da Súmula 650 e outros julgamentos, a questão do regime jurídico constitucional demarcatório foi mais intensamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente a partir do julgamento emblemático do caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, PET 3388/RR.

E segue:

Conforme visto, o marco temporal da ocupação indígena de 05/10/1988, definido pelo art. 231 da Constituição Federal, foi interpretado por ocasião do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (PET 3.388-4/RR) pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A Suprema Corte acolheu a teoria do fato indígena, segundo a qual para caracterizar as terras como tradicionalmente ocupadas por índios, é imprescindível aferir a efetiva e permanente ocupação das terras pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal.

Daí finaliza:

Dessa forma, **diante das diretrizes e fundamentos estabelecidos pela Corte Suprema na Pet 3.388/RR, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 29.087/DF, além de outros (RMS 29.542, ACO 2.224 e ARE 803.462), bem como o alcance do Parecer nº GMF-05 (*) da AGU, com força normativa, nos termos do §1º do artigo 40 da Lei Complementar 73/93, é imprescindível que o poder legislativo consolide o entendimento jurisprudencial do STF e da AGU/Presidência da República sobre o regime jurídico constitucional demarcatório de terras indígenas do art. 231 da CF/88 em lei ordinária, como instrumento de paz social e segurança jurídica.**

Por todo o exposto, **o substitutivo que apresentamos busca consolidar em lei o entendimento amplamente majoritário**, em garantia da segurança jurídica (g.n.).



Não procede a justificativa acima colacionada por inúmeras razões, e a primeira delas é que a Corte Constitucional nunca fixou tese sobre a matéria indígena, tanto é verdade que em 2019 (ainda pendente de julgamento) foi conhecida a repercussão geral da matéria indígena. Então, até que o STF julgue esse processo de caráter objetivo e fixe uma tese vinculante, é falácia o argumento do relator e também não convence o substitutivo da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural.

Nesse sentido é o acórdão, oriundo do julgamento da proposta de aplicação do instituto da repercussão geral ao RE 1017365:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional **referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.** 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. (RE 1017365. STF/Pleno: 2019. Rel. Min. Edson Fachin – Tema 1031).

Veja-se então que o principal argumento para aprovação do substitutivo e dos apensos destacados, é de que o STF já teria pacificado a matéria quando do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR). Esse argumento, como dito, cai por terra com o conhecimento da repercussão geral da matéria, o que por si só já tem força de impedir a tramitação do PL.

Daí firma o Plenário da Corte Constitucional nesse sentido (RE 1017365):

A questão posta, qual seja, “*a definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras trazidas pela Constituição Federal de 1988*” ainda não foi definida por este Supremo Tribunal Federal em sede de processo com eficácia vinculante, apresentando peculiaridades e questões que denotam a importância de sua análise de mérito por esta Corte, depreendendo-se da leitura do acórdão guerreado a possibilidade de ofensa direta ao texto constitucional na presente hipótese.



Aí o STF firma que o art. 231, que trata da posse coletiva indígena e o seu usufruto exclusivo como um direito originário, anterior a qualquer outro, carece ser analisado sob a perspectiva do direito em oposição, o direito de propriedade para colar a termo a infundável disputa de narrativa: “[d]e fato, do que depreendi da análise do acórdão recorrido, houve claro enfrentamento da questão referente à interpretação do alcance do artigo 231 da Constituição Federal, no que concerne à sua compatibilização com a previsão constitucional do direito de propriedade (...)”. Nesse sentido, sentido algum há para que o poder legislativo se adiante ao julgamento da repercussão geral (Tema 1031/STF).

E vai concluindo o STF:

Portanto, muito embora decisão tenha a eficácia de coisa julgada material em relação à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, **ela não incide automaticamente às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no País.**

Assim, e sendo notória a permanência dos graves conflitos agrários envolvendo as comunidades indígenas, a demandar a demarcação de terras ou o respeito às terras já demarcadas, e os não-índios, que detenham ou pleiteiem a titularidade dessas áreas, compreendo ser oportuno o reconhecimento da repercussão geral da questão, a fim de que a totalidade dos direitos assegurados pela Constituição – e, como já manifestei em oportunidade anterior, na qualidade de direitos fundamentais dos índios – possam ser apreendidos na dimensão hermenêutica dedutível do artigo 231 do texto constitucional.

Doravante, o argumento de que a Corte teria pacificado a matéria não se sustenta. Nesse sentido, qualquer argumentação da casa legislativa que se utilize de precedentes da Corte para sustentar medidas que afetem os direitos dos povos indígenas, é mera falácia e evidente desrespeito ao que decidiu o STF.

Ainda, sustenta o relator do PL nº 490/2007 que o STF teria julgado, além da Pet. 3388/RR o RMS 29.087/DF, RMS 29.542, ACO 2.224 e ARE 803.462. Ainda sustenta seu voto na aprovação, pelo Presidente da República do Parecer nº GMF-05 da AGU, com força normativa, nos termos do § 1º do artigo 40 da Lei Complementar nº 73/93, que por sua vez adotou o parecer **01/2017/GAB/CGU/AGU.**



Fica evidente a tentativa inconsistente de se utilizar de normativa sem efeito. É que no mesmo RE 1017365, acima suscitado, **a Corte por meio do relator, o Ministro Edson Fachin, suspendeu os efeitos do Parecer 01/2017 da AGU**, até o julgamento final do processo, sob risco de insegurança jurídica. Veja-se:

Liminar deferida

(...) Diante de todas as considerações acima expostas, concedo a tutela provisória incidental requerida, nos termos do pedido, a fim de suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do RE 1.017.365 (Tema 1031) já submetido à sistemática da repercussão geral pelo STF. De consequência, determino à FUNAI que se abstenha de rever todo e qualquer procedimento administrativo de demarcação de terra indígena, com base no Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até que seja julgado o Tema 1031 (Decisão de 07.05.2021).

Portanto, sem eficácia o referido parecer utilizado para amparar o voto do relator da proposição legislativa. E vai concluindo o relator do STF, sustentando que a decisão na Pet. 3388/RR foi favorável aos indígenas e que o Parecer 01/AGU distorce o direito constitucional indígena, como previsto no art. 231 da CF/88:

Da leitura do Parecer em comento, **depreendo que as conclusões do referido instrumento estão alicerçadas em alegado respeito aos precedentes judiciais emanados por esta Corte**, por meio da aplicação automática das dezenove condicionantes aos processos de demarcação em curso (...).

Em primeiro lugar, o precedente firmado no julgamento **da Pet nº 3.388, caso Raposa Serra do Sol, não se limitou a fixar dezenove salvaguardas para a tutela dos direitos indígenas, de aplicação compulsória**, mas representou um avanço na hermenêutica do artigo 231 da Carta Magna, **decidindo conflito possessório de modo favorável aos índios** e estabelecendo uma natureza constitucional à posse indígena, distinta daquela tutelada pelo Direito Civil (...).

(...)

De outra parte, esta Corte, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão de mérito da Pet nº 3.388, concluiu que as dezenove determinantes adotadas naquele julgamento decidiram, com efeito de coisa julgada material, o caso relativo à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, mas que não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demais demarcações de terras indígenas pelo País:



Por tais motivos, tanto é uma falácia o uso do Parecer 01 da AGU para sustentar o voto do relator, como é falaciosa a ideia de que o STF já teria pacificado a matéria. Daí que o STF impediu que a justiça analise qualquer processo que discuta sobre demarcação e posse indígena até que seja julgado o mérito do RE 1017365 e, no mesmo sentido, suspendeu os efeitos do famigerado Parecer 01 da AGU até que a Corte defina uma tese vinculante, para garantir mesmo que não haja dissonância, nem insegurança jurídica. Essa posição do STF serve também para o poder legislativo, sob pena de mais tarde ter de declarar inconstitucional o PL 490 e apensos.

De resto, caso a CCJC leve a cabo a análise e aprovação do voto do relator, estaria a desrespeitar a Corte Constitucional quanto ao alcance do art. 231 da Constituição – e nem estamos a falar de Emenda à Constituição, mas de Projeto de Lei, o que torna ainda mais frágil o argumento posto no voto.

Quanto ao RMS 29.087, usado como supedâneo pelo relator na Câmara do Deputados e que transitou em julgado em 2016, na Segunda Turma e não no Pleno, também não faz razão sua utilização, já que em foi conhecida ação rescisória, por unanimidade no Plenário da Corte, na qual se pede a desconstituição do acórdão por violação à norma jurídica, ou seja, existência de vício insanável, além de erro de fato verificável no julgado.

Nesse sentido é a decisão plenária de maio do corrente ano:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE NORMA JURÍDICA, OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO E OFENSA À COISA JULGADA. AÇÃO QUE PRETENDE RESCINDIR DECISÃO PROFERIDA EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA QUE DECLAROU NULO O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS ESTABELECIDO EM PORTARIA DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ALEGADA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA COMUNIDADE INDÍGENA PREJUDICADA E DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AGRAVO INTERNO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. 1. A sensibilidade das razões alegadas no agravo e da matéria de fundo revelam a necessidade de transcurso da ação com a promoção da citação dos réus. 2. Agravo regimental provido



para determinar o prosseguimento da ação rescisória (AR 2686, Pleno/ST. Rel. Min. Luiz Fux, DJe 03.05.2021).

Entre os argumentos do Plenário para conhecer da ação estão:

Da leitura dos acórdãos proferidos no RMS 29.087, depreende-se que houve a declaração de nulidade da própria demarcação efetuada, o que, com o devido respeito, atingiu diretamente a esfera material de direitos da Comunidade Indígena, possuindo ela mais que simples interesse no resultado favorável à FUNAI e à União; em verdade, foi a ora requerente que arcou com os ônus materiais da sucumbência na lide, pois perdeu o direito a ocupar as terras cuja tradicionalidade fora reconhecida administrativamente.

Ainda, há a possibilidade de se configurar, também, eventual violação ao disposto no artigo 231 do texto constitucional. (...) Contudo, é mister apontar que esta Corte, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão de mérito da Pet nº 3.388, decidiu que as dezenove determinantes adotadas naquele julgamento decidiram, com efeito de coisa julgada material, o caso relativo à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, mas que não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demais demarcações de terras indígenas pelo País.

Por tais motivos, a utilização também do RMS 29.087 para fundamentar o voto do relator – que deve ser anulado por vício insanável por meio de ação rescisória (AR 2686), o que se soma ao conhecimento da repercussão geral da matéria indígena –, ao argumento de que o PL 490 se pauta em precedentes do Supremo e que a tese fixada na Corte seria a do marco temporal, configura em mais um grave desrespeito às decisões da Suprema Corte, além de disseminação de narrativa extremamente equivocada.

Do mesmo modo é a utilização do ARE 803.462 para sustentar o voto do relator do PL 490. Esse processo, por 3 votos a 2, conta com acórdão, também da Segunda Turma do STF, pela anulação do procedimento de demarcação de terra indígena já demarcada. Contudo, há vício insanável por inexistência de citação da comunidade afetada e, ademais, há decisão, que não foi combatida por recurso, que conheceu a divergência (Recurso de Embargos de Divergência da PGR), na forma como a Turma aplicou a tese do marco temporal, com a forma como o Plenário entendeu sobre o tema na Pet. 3388/RR. Daí que esse caso ainda vai a julgamento no Plenário.



Nesse sentido é a decisão que vigora e recoloca o caso sob análise, dessa vez, do Plenário da Corte:

Admitidos embargos de divergência

Decisão de 08/10/2018.

Passo, desse modo, a apreciar os embargos de divergência opostos pelo Ministério Público Federal.

E, ao fazê-lo, **admito o recurso em referência**, observando, a propósito da controvérsia versada nesta causa, **que o acórdão ora embargado, a princípio, dissentiria, quanto a ela, da orientação que o Plenário desta Suprema Corte firmou no julgamento da Pet 3.388/RR, Rel. Min. AYRES BRITTO (ARE 803.462, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.10.2018).**

Esse processo ainda não foi julgado e, portanto, não cabe seu uso para efeitos legislativos, pois que há decisão monocrática que conhece a divergência e que não foi atacada por recurso. Significa que o acórdão da Segunda Turma só poderia ter validade após decisão do Plenário, o que ainda não aconteceu.

Quanto ao RMS 29.542 também citado, no qual há acórdão da Segunda Turma do STF, de 2014, que anula demarcação de terra indígena, outra sorte não há. É que nesse caso também, assim como no RMS 29.087, não ouve a citação da comunidade indígena afetada e por isso mesmo há vício insanável, o que deve levar a anulação do acórdão. Há nos autos pedido de anulação do julgado, ainda pendente de análise.

Daí que, além do acórdão na AR 2686, que sustenta a anulação do julgado no RMS 29.087, a Corte conta também com inúmeros precedentes nessa linha, para anular processos que não tenham ouvido as comunidades indígenas. Mas cite-se a AR 2750, com decisão do Plenário que referenda a seguinte decisão liminar:

TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE ACORDÃO PROFERIDO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA. PLEITO DA COMUNIDADE INDÍGENA AFETADA JUSTIFICADO NA AUSÊNCIA DE SUA CITAÇÃO NO PROCESSO ANULATÓRIO. DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE DA COMUNIDADE INDÍGENA. LIMINAR REFERENDADA. ART. 21, V, DO RISTF. Tutela de urgência visando a suspensão dos efeitos de acordo proferido



em ação anulatória de procedimento demarcatório de terra indígena. Alegação de legitimidade da comunidade indígena para ingressar em Juízo, fundada no art. 232 da Constituição Federal, art. 37 da Lei nº 6.001/73, art. 2º, 1 2, “a”, da Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais e art. 2º, § 3º, do Decreto nº 1.775/96, e da necessidade de integrar o processo que buscou a anulação da demarcação de sua terra. Presentes os requisitos legais para a concessão da tutela de urgência. Medida liminar referendada (AR 2750, STF: Pleno. Rel. Min. Rosa Weber: DJe 07.10.2020).

Por fim, resta tão somente sem retoques a decisão liminar do Ministro Luiz Fux na ACO 2224, que suspende o decreto de homologação da terra indígena Kayabi, entre o Mato Grosso e o Pará. Contudo, trata-se de uma decisão monocrática, de caráter provisório e que fica a depender, para a resolução do mérito, do julgamento do RE 1017365.

Para reforçar o sobredito, temos precedentes do STF que confirmam que o acórdão na Pet. 3388/RR é uma decisão que garante aos indígenas o direito à terra, reafirma o texto da Constituição e a constitucionalidade do Decreto 1775/1996, bem como a legalidade e a juridicidade daquela demarcação. E, ainda, garante que a demarcação não seria em ilhas, mas de forma contínua, o que afastou qualquer possibilidade de aplicação da tese do marco temporal, anulando posses e domínios até mesmo do século retrasado.

Nesse sentido é a decisão da Ministra Rosa Weber, impedindo a viabilidade do mesmo argumento constante do PL em apreço – essa decisão já foi replicada em mais uma oportunidade pelo STF:

Dessa forma, **há que se tomar com reservas**, em um exame preliminar do tema, **a pretensão de destacar uma dessas ‘condicionantes’ do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida. Se a própria inicial assume que o auxílio ao *leading case* é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade**, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda. **Trata-se da estabilização do panorama da ocupação silvícola exatamente na data de vigência da Constituição de 1988**, o que se tem por necessário na medida em que esta alterou completamente os fundamentos ideológicos aplicáveis à questão indígena



– superando o modelo confinatório e/ou de tutela e incorporação à sociedade civil para um modelo de respeito à diversidade cultural e à história dos povos nativos.” (MS 31901 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/03/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe051 DIVULG 14/03/2014 PUBLIC 17/03/2014)

Ademais, no que concerne à justificativa do PL em comento, não há que prosperar, repise-se, dado que o Supremo nunca fixou uma tese ou pacificou a matéria indígena, tanto é verdade que foi conhecida a sua repercussão geral. Até uma definição pela Corte, os argumentos usados pelo relator do PL 490 e apensos é mera falácia, carecendo de viabilidade. Da mesma forma são com os demais precedentes citados: uma, por não terem se sustentado e, duas, porque dependem exclusivamente, no mérito, ademais dos vícios processuais que carregam (a exemplo do RMS 29.087), do resultado final do julgamento do Tema 1031 (RE-RG 1017365).

3. Dos diversos dispositivos que afrontam o texto constitucional. Necessidade de imediata suspensão do trâmite do PL 490 e apensos. Inconstitucionalidade.

Não há que prosperar o referido projeto de lei por vício de inconstitucionalidade. Ainda que assim fosse, teria, necessariamente, de aguardar a definição da Suprema Corte quanto a análise final do RE-R G 1017365 (Tema 1031).

Da análise, sobressai muitos elementos que são de pronto inconstitucionais, como passaremos a demonstrar. Abaixo selecionamos algumas das passagens mais dissonantes do texto constitucional, sem deixar de dizer que há muitos outros elementos que agridem a nossa Carta de 1988 e que por economia não trataremos por ora.

De início, vejamos como está redigido o art. 4º da proposta legislativa:

Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram simultaneamente: I - por eles habitadas em caráter permanente; II - utilizadas para suas atividades produtivas; III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu



bem-estar; IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 1º A comprovação dos requisitos a que se referem o caput será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos.

§ 2º A ausência da comunidade indígena na área pretendida em 05 de outubro de 1988 descaracteriza o enquadramento no inciso I do caput, **salvo no caso de renitente esbulho devidamente comprovado.**

§ 3º **Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição Federal de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.**

§ 4º **A cessação da posse indígena** ocorrida anteriormente a 05 de outubro de 1988, **independentemente da causa**, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no §3º.

§5º O procedimento demarcatório será público e seus atos decisórios serão amplamente divulgados, estando disponíveis para a consulta em meio eletrônico.

§ 6º É facultado a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, laudos, suas conclusões e fundamentação, ressalvado o sigilo referente aos dados pessoais, nos moldes da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

§ 7º As informações orais porventura reproduzidas ou mencionadas no procedimento demarcatório somente terão efeitos probatórios quando realizadas em audiências públicas, ou registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo.

§ 8º É assegurado às partes interessadas a tradução da linguagem oral ou escrita, por tradutor nomeado pela Funai, da língua indígena própria para o português, ou do português para a língua indígena própria, nos casos em que a comunidade indígena não domine a língua portuguesa.

Veja-se então que no art. 4º estão inseridas a tese do marco temporal e do renitente esbulho, ao argumento, desde a justificativa, de que a Suprema Corte teria pacificado a matéria, o que é uma falácia, como vimos acima. Ainda, essa proposta está diretamente em confronto com o art. 231 da Carta de 1988.

E segue a proposta de texto:



Art. 11. Verificando-se a existência de justo título de propriedade ou posse em área tida como necessária à reprodução sociocultural da comunidade indígena, a desocupação da área será indenizável, em razão do erro do Estado, nos moldes do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput às posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada.

Art. 13. É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.

Veja-se que essa previsão, dentre outras, está em desacordo com o texto constitucional, em especial, para o art. 11 do PL, com o § 6º, do art. 231, que não conhece legitimidade a títulos, posses ou domínios incidentes sobre áreas de ocupação tradicional.

O art. 13 se pauta na condicionante de nº 17 do caso Raposa Serra do Sol. Contudo, o STF já determinou que as 19 condicionantes operam restritivamente para aquele caso e só se efetivaram para operacionalizar a execução do acórdão. Ainda, desconsiderar o esbulho violento e os vícios nos processos de demarcação anteriores a 1988, bem como não levar em consideração as diretrizes constitucionais e técnicas para a efetivação da demarcação é violar o direito fundamental indígena à terra. Ademais, a Constituição Federal opera retroativamente e serve de parâmetro para resguardar direitos territoriais violados antes de 1988.

No art. 16 temos a previsão sobre as reservas indígenas:

Art. 16. São áreas indígenas reservadas as destinadas pela União à posse e ocupação por comunidades indígenas, de forma a garantir sua subsistência digna e preservação de sua cultura.

(...)

§3º As áreas indígenas reservadas são de propriedade da União, ficando a sua gestão a cargo da comunidade indígena, **sob a supervisão da Fundação Nacional do Índio.**

§4º Caso, **em razão da alteração dos traços culturais da comunidade ou por outros fatores ocasionados pelo decurso do tempo**, seja verificado não ser a área indígena reservada essencial para o cumprimento da finalidade mencionada no caput, **poderá a União: I – retomá-la, dando-lhe outra destinação de interesse público ou social; II – destiná-la ao Programa Nacional de Reforma Agrária, destinando-se os lotes preferencialmente a indígenas que tenham, caso tenham aptidão agrícola e assim desejem.**



São tão inconstitucionais os institutos – e aqui selecionamos apenas alguns – que causa espécie. Veja que a União, de acordo com a proposta, pode se apropriar das áreas anteriormente reservadas. Essas áreas, como as demais, são de propriedade da União, mas de usufruto exclusivo dos povos indígenas, como consta do art. 231, §§ 1º e 2º e, portanto, plenamente inconstitucional a proposta.

Ainda, o instituto é assimilacionista e garante que se os indígenas perderem parte dos traços (sic), podem perder o território, o que é um absurdo. Ainda, reafirma o regime tutelar da Fundação Nacional do Índio - Funai sobre os povos indígenas, o que não se poderia em tempo algum admitir.

Nesse sentido já decidiu o Supremo, o que reforça a inviabilidade do PL por preconceito, além de inconstitucionalidade:

O substantivo "índios" é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. **Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional.** Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva (Pleno/STF. Pet. 3388/RR, Min. Rel. Ayres Brito).

Daí que na sequência o relator propõe a flexibilização do usufruto, o que é inimaginável, dada a previsão do §2º, do art. 231 da CF/88:

Art. 27. É facultado o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade, **admitida a cooperação e contratação de terceiros não indígenas.**

§1º As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que elimine a posse direta pela comunidade.

§2º **É permitida a celebração de contratos que visem à cooperação entre índios e não-índios para a realização de atividades econômicas,** inclusive agrossilvipastoris, em terras indígenas, desde que:

Veja-se: como poderia haver cooperação se as áreas indígenas são de usufruto exclusivo? Daí que essa passagem é de plano inconstitucional, pois afronta diretamente o texto da Carta de 1988, já que essa cooperação entre índio e não índios foi repudiada pelo constituinte de 1987/88.



Até mesmo quanto aos indígenas isolados há previsão para contato:

Art. 29. No caso de indígenas isolados, cabe ao Estado e à sociedade civil o absoluto respeito a suas liberdades e meios tradicionais de vida, devendo ser ao máximo evitado o contato, salvo para prestar auxílio médico ou para intermediar ação estatal de utilidade pública.

§1º Todo e qualquer contato com indígenas isolados deve ser realizado por agentes estatais e intermediado pela Fundação Nacional do Índio.

O que prevalece no Brasil é o não contato, justamente para garantia a proteção dos seus direitos de viverem em voluntário isolamento, o que demonstra o risco de vilipêndio, caso aprovada proposta do relator. Portanto, beira o absurdo o que está em jogo na Câmara do Deputados

4. Da violação ao artigo 6º da Convenção 169 da OIT. Consulta livre, prévia, informada e de boa-fé.

O Projeto de Lei nº 490/2007 nasce viciado, ao tempo que desconsidera a Convenção 169 da OIT, no seu artigo 6º. A previsão do referido instituto determina que em todas as medidas legislativas ou administrativas que forem tomadas, devem os povos serem consultados. Em caso contrário, a medida estaria a afrontar a Convenção, a qual guarda em si caráter de norma supralegal e por isso mesmo deve ser de pronto respeitada.

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ratificada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, publicado no Diário Oficial da União em 21 de junho de 2002, adotou diversas proposições de caráter obrigatório para os países signatários e tem como objetivo orientar as ações dos governos em matéria indígena.

Ainda, o direito de consulta, além de ser de boa-fé, livre e informado, deve ser vinculante. Significa dizer que embora a sua promoção seja no sentido de um acordo, há que se levar em consideração que em não havendo composição, os povos têm direito de veto, do contrário não faria sentido a previsão.



No caso, estamos a falar de projeto legislativo e nesse sentido a Convenção 169, no seu artigo 6º, é taxativa:

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados** e, particularmente, através de suas instituições representativas, **cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los** diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Embora a previsão não seja afeta diretamente ao Poder Judiciário, mas tão somente ao legislativo e executivo, a Suprema Corte tem estendido essa previsão para os processos judiciais, a exemplo da AR 2756, AR 2761 e AR 2766.

Portanto, temos aqui um grave equívoco e por isso mesmo se torna viciado o PL 490, devendo sua tramitação ser de pronto interrompida.

5. O direito indígena é cláusula pétrea e não se submete a reformas legislativas.

Podemos afirmar, sem risco de erro, que estamos a lidar com cláusulas pétreas, o que previsto nos artigos 231 e 232 da nossa Carta Política de 1988, porque ali está o complexo e bem definido estatuto jurídico-constitucional da causa indígena.

Vejamos como se descreve sobre o tema no art. 60, § 4º da CF/88:

Art. 60 (...)



§ 4º **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:** I – a forma federativa de Estado; I – o voto direito, secreto, universal e periódico; III – a separação de poderes; IV – **os direitos e garantias individuais.**

Segundo o CNJ – Conselho Nacional de Justiça, as Cláusulas Pétreas traduzem *“a vontade da Assembleia Constituinte de retirar do poder constituinte reformador – parlamentares que compõem as sucessivas legislaturas – a possibilidade de alterar determinado conteúdo da Constituição em razão de sua importância. Para alterar conteúdo disposto em cláusulas pétreas, é preciso promulgar uma nova Constituição”*.

Por outro lado, o constituinte originário optou pelo indigenato, o que deve ser resguardado. Ou seja, a manutenção da higidez do texto constitucional, que regulou o direito dos índios, tido como cláusula pétrea, deve ser garantido, sob pena de vício por inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o fato de o direito indígena estar fora do Título II da Constituição, não implica em dizer, por esse fator, que não estaria assegurado pela barreira de imutabilidade. Diz o professor Sarmiento, sobre o assunto, ao reforçar a tese na jurisprudência da Corte Constitucional, que

O STF já afirmou que a localização de um direito constitucional fora do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, não basta para descaracterizá-lo como cláusula pétrea. Na ADI 939 a Corte assentou que o princípio da anterioridade tributária, apesar de sediado no art. 150, III, "b", da Carta - logo, fora do catálogo de direito fundamentais -, também está abrangido pelo limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição¹.

O Supremo já firmou que as cláusulas pétreas também estão fora do art. 5º e 6º da Carta Política de 1988 e, portanto, os direitos indígenas, devidamente salvaguardados nos artigos 231 e 232 da CF/88, são sim inamovíveis, pois protegidos pelo art. 60, § 4º (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno: 1993).

E ainda acrescenta o mesmo autor:

Pode-se invocar ainda outra razão adicional para considerar o direito a terras indígenas como cláusula pétrea. **É que a interpretação constitucional deve dialogar com o Direito Internacional,**

¹ Disponível em: <http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>. Acessado em 28.08.2019.



especialmente no campo dos Direitos Humanos. (...) Esta postura de "**cosmopolitismo ético**" é demandada pela própria Constituição, que contempla relevantes **aberturas para o Direito Internacional dos Direitos Humanos**, em preceitos como o seu art. 5º, §§ 2º e 3º² (g.n.).

O que considera Sarmiento é que o direito à terra e ao território aos índios, bem como o direito de manutenção das suas culturas, crenças e tradições, usos e costumes, das suas línguas e, **mais especialmente a garantia fundamental à organização social**, faz dos elementos fundantes dos artigos 231 e 232, cláusulas pétreas, inatingíveis pelo poder constituinte reformador, ademais de ser um direito humano, protegido pela legislação internacional.

6. Da vedação do retrocesso

Na mesma linha da manutenção dos direitos indígenas como cláusulas pétreas, é a interpretação dada pelo Supremo quanto à vedação do retrocesso. Certo de que o PL 490/2007 implicaria, caso aprovado, em retrocessos inimagináveis, quanto aos direitos e garantias fundamentais conquistados na constituinte de 1988.

Nessa linha de raciocínio a Corte Constitucional, no ARE 639.337, de Relatoria do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, assim já se posicionou sobre a proibição do retrocesso:

(...). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.** – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, **no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos**, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, **o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume**

² Idem.



o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).

Veja-se então que a concretização do indigenato, debatido na Constituinte de 87/88 e efetivado no texto da Constituição e nas decisões do STF como uma conquista, veda que a interpretação do art. 231 da Magna Carta seja reduzida a uma efetivação temporal (marco temporal), baseado na posse civilista, física e não tradicional, desconsiderando o conjunto de direitos previstos no sistêmico conjunto normativo-constitucional dos índios.

Portanto, temos que, qualquer medida, judicial, legislativa ou administrativa que vise acrescentar, retirar ou interpretar restritivamente o texto constitucional, referentes aos direitos indígenas, é inconstitucional, **pois que protegidos pela barreira da imutabilidade do art. 60, § 4º da CF/88 e pelo princípio da proibição do retrocesso.**

7. Conclusão

Diante do exposto, considerando a justificativa e a proposta de texto do substitutivo e apensos do PL 490, bem como os precedentes do STF e o conhecimento da Repercussão Geral da matéria indígena (Tema 1031), além da previsão dos artigos 231 e 232 da Carta de 1988 como cláusulas pétreas, temos que a proposta em jogo é de plano inconstitucional.

Ainda, necessário que se aguarde o STF julgar o Tema 1031 para que somente então se possa dar sequência à tramitação do PL, caso haja razão suficiente.

Brasília-DF, 25 de maio de 2021.

Assessoria Jurídica do CIMI

Rafael Modesto dos Santos
OAB-DF 43. 179

Paloma Gomas
OAB-DF 38.995