



NOTA TÉCNICA – PROJETO DE LEI Nº 2.903/2023

Assessoria Jurídica do Conselho Indigenista Missionário – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

1. INTRODUÇÃO

O projeto de Lei nº 2.093/2023, em tramitação no Senado Federal como Casa Revisora, é originário da Câmara dos Deputados e foi aprovado no dia 30 de maio deste ano sob o nº 490/2007. O texto buscava, inicialmente, transferir a competência de demarcação de terras indígenas do Poder Executivo para o Congresso Nacional.

Entretanto, após a tramitação nas comissões, essa proposta inicial sofreu alterações e foi incorporada ao PL a tese do Marco Temporal, além de outros dispositivos que afrontam direitos constitucionais e que dificultam ainda mais o processo demarcatório das terras indígenas.

Daí que a presente análise tem por objeto a apreciação do texto final da proposta legislativa aprovada na Câmara dos Deputados, consolidado no projeto de Lei nº 2.093/2023, em seus aspectos formais e materiais, para contribuir com o debate legislativo que será travado, agora, no Senado Federal.

Importante destacar que, quanto a aprovação do texto na Câmara dos deputados, os argumentos lá utilizados foram todos superados pela Suprema Corte. Antes, importante destacar que todos os fundamentos de sustentação da proposição legislativa se davam com base em precedentes do STF, o que agora não faz razão de existir.

2. DA PROPOSTA APROVADA NA CÂMARA. MARCO TEMPORAL DE 05 DE OUTUBRO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE.

O Projeto de Lei tem como um dos principais focos a incorporação do chamado marco temporal na demarcação das terras indígenas, que se encontra previsto no art. 4º da proposta legislativa, nos seguintes termos:

Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, **na data da promulgação da Constituição Federal**, eram, simultaneamente:

I - habitadas por eles 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.

[...]

§ 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, **independentemente da causa**, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo.

Em linhas gerais, caso venha a ser aprovada a referida proposta legislativa, da forma como se encontra, para que tenham direito à demarcação de seus territórios, os indígenas teriam que comprovar a posse na data da promulgação da Constituição Federal, 05 de outubro de 1988.

Segundo a proposta, se os indígenas não estivessem na posse na data estipulada, deveriam ao menos comprovar o renitente esbulho. Ou seja, comprovar a disputa pelas vias de fato ou por uma ação judicial existente à data de 05 de outubro de 1988. Vejamos:

Art. 4º (...)

§ 2º A ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida descaracteriza o seu enquadramento no inciso I do caput deste artigo, **salvo o 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 de promulgação da Constituição Federal**, materializado por **circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada**.

Primeiramente, a tese do marco temporal não encontra resguardo na Constituição Federal, tampouco na jurisprudência da Suprema Corte. Vejamos a literalidade do art. 231:

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.

No § 4º, do referido artigo 231, o Constituinte Originário define que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis e, ainda, no caput, firma que esse direito é originário – base da tese do indigenato, do direito inato, congênito.

Adiante, a tese do renitente esbulho também deve ser afastada, pois exige que as comunidades comprovem controvérsia judicial na data da promulgação da Constituição. Até a data de 05 de outubro de 1988, os indígenas eram tutelados pelo Estado e não possuíam capacidade jurídica ou capacidade postulatória. Então, como poderiam ingressar com ação judicial naquela data se isso não era juridicamente possível?

Ainda sobre o esbulho renitente, outro requisito exigido diz respeito ao conflito possessório “materializado por circunstâncias de fato”, previsto no art. 4º, §3º, da Proposta Legislativa.

Por fim, no que se trata do renitente esbulho, não se pode exigir que os indígenas comprovem litigância judicial, pois eram tutelados, assim como é impossível exigir que estivessem disputando em embate físico, diante de tamanha violência e ameaças sofridas, o que poderia levar as etnias à extinção.

Mais à frente, para demonstrar da impossibilidade do requisito disputa pelas vias de fato, demonstraremos como os indígenas eram tratados antes de 1988 e as violências a que eram submetidos, acaso impusessem resistência – se é que era possível qualquer resistência ao esbulho.

3. DA PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA DOS ENTES FEDERATIVOS ATINGIDOS NO PROCEDIMENTO DEMARCATÓRIO. DESNECESSIDADE. PREVISÃO NO ART. 2º, §8º do D. 1775/96. ENGESSAMENTO E PRESSÃO POLÍTICA SOBRE AS COMUNIDADES.

No art. 5º do Projeto de Lei 2.093/2023 está prevista a obrigatoriedade da participação de Estados e Municípios atingidos com a demarcação da terra indígena, em todos as fases do procedimento administrativo demarcatório. Vejamos:

Art. 5º A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos Estados e dos Municípios em que se localize a área pretendida, bem como de todas as comunidades diretamente interessadas, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas.

Necessário destacar que já existe a garantia da participação dos entes federados no procedimento demarcatório descrito no Decreto-Lei 1.775/96 em seu art. 2º, §8º, contemplando a todos os interessados e oportunizando sua manifestação, inclusive podendo apresentar provas:

Art. 2º (...)

§ 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.

Nesse sentido, analisa-se que a obrigatoriedade da participação dos entes federativos não preenche lacuna no Decreto 1.775/96, pois já existem as garantias do contraditório e da ampla defesa no procedimento vigente.

Por fim, importante ressaltar que, para se demarcar uma terra indígena no Brasil leva-se muitos anos, por vezes décadas e, à medida que se incluem mais etapas, estaríamos contribuindo, tão somente, para acirramento dos conflitos e para a morosidade no procedimento – ademais de ser completamente desnecessária a referida previsão.

4. ÁREAS INDÍGENAS RESERVADAS. POSSIBILIDADE DE USO DIVERSO EM CASO DE PERDA DOS TRAÇOS CULTURAIS. ART. 16, §4º DO PL 2.093/2023.

No que importa às terras indígenas reservadas, elas não se tratam de áreas tradicionalmente ocupadas, mas são áreas públicas pertencentes à União, afetadas com

finalidade específica. Contudo, ademais não terem sido reservados como de posse e ocupação tradicional, ali se iniciam processos de tradicionalidade.

Entretanto, mesmo se assim não fosse, por se tratar de direitos territoriais dos povos indígenas, ele deve seguir as normas do estatuto-jurídico constitucional indígena com a garantia da indisponibilidade e inalienabilidade das terras, assim como a imprescritibilidade dos direitos recaídos sobre elas que, neste ponto, o projeto de lei busca fragilizar:

Art. 16 (...)

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

Nota-se na proposta, além de desconhecimento da realidade sociocultural do país, é um preconceito face as comunidades indígenas e seu direito de autodeclaração e autodeterminação. Ainda, é inconstitucional justamente porque o Constituinte de 1988 resguardou aos povos indígenas a garantia de respeito, pelo Estado e a sociedade, à sua organização social, seu modo de vida, sua cultura, crenças, línguas e tradições.

Daí que a Suprema Corte já erradicou esse preconceito com povos indígenas para garantia efetiva de direitos constitucionais. No caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR) o STF definiu que não perde a característica indígena e nem a indianidade a apropriação de hábitos estranhos, por comunidades tradicionais, ou de costumes da sociedade envolvente. Veja-se:

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal 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 intra-étnica. **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 (Pet. 3388, STF, Plenário, 19.03.2009).

Diante disso, compreendemos que além do atraso teórico em que se baseia tal dispositivo, ele é sustentado por racismo, preconceito e também por supremacia cultural.

A própria Constituição do Brasil, sem sentido contrário, veda a remoção de grupos indígenas de terras por eles ocupadas, salvas em remotas situações temporárias:

Art. 231. (...)

§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.

Por esses motivos, deve ser afastado por vício de constitucionalidade o conteúdo do artigo 16, §4º da proposta legislativa a aprovada na Câmara dos Deputados.

5. FLEXIBILIZAÇÃO DO USUFRUTO EXCLUSIVO. DESCUMPRIMENTO DA CONSULTA PRÉVIA. ART. 20. DO PL 2.903/2023.

O direito ao usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas está previsto na Constituição Federal e, como discutido anteriormente, trata-se de cláusula pétrea. Assim previu o primeiro legislador:

Art. 231.

[...]

§ 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.**

De tal modo, não pode prosperar nenhuma proposta que busque restringir ou flexibilizar o usufruto exclusivo dos povos indígenas ao seu território, previsto e protegido pela Constituição, por meio de lei ordinária, dada a importância dessa efetiva garantia para a sobrevivência física e cultural das comunidades.

Na contramão da Constituição Federal, é a previsão do PL 2.903/2023:

Art. 20. O usufruto dos indígenas **não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional.**

Parágrafo único. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico **serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.**

Além do desrespeito ao usufruto exclusivo, fora adotado pela Proposta Legislativa um conceito alargado de política de defesa e soberania nacional, em que se inclui quaisquer

intervenções militares, expansão da malha viária, exploração energética e resguardo das riquezas de cunho estratégico – aí pode estar o interesse do setor agrícola nas terras indígenas. Essa previsão, como sobredito, é materialmente inconstitucional.

O projeto também afasta a necessidade de consulta prévia, livre, informada e de boa-fé às comunidades afetadas, nos termos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, da qual o Brasil é signatário, bem como afasta a necessidade de autorização do Congresso Nacional para as referidas atividades econômicas previstas no art. 20, § único da lei da matéria em análise, conforme dispõe a Constituição Federal, no seu §3º, art. 231. Portanto, uma vez mais a proposta de lei vai de encontro ao texto da Constituição, o que a torna constitucionalmente uma aberração jurídica.

Assim está redigido o art. 231, no seu § 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”.

É de se destacar que a previsão do §3º, do art. 231 não se confunde com a consulta da Convenção 169 da OIT. Contudo, é plenamente possível adequar a oitiva dos indígenas, como se depreca da Carta de 1988, com a consulta livre, prévia, informada e de boa-fé do direito internacional que o Brasil é signatário e que prevê essa modalidade dialógica – o que não existe na proposta de texto legal aprovado na Câmara dos Deputados.

Portanto, é notória a inconstitucionalidade da flexibilização do usufruto exclusivo das comunidades indígenas e também é ululante o desrespeito à legislação internacional que de pronto deita proteção aos indígenas. Por estes e outros motivos jurídicos, é flagrante a inconstitucionalidade da medida legislativa que ora tramita no Senado Federal.

6. DA JUSTIFICA DA CÂMARA PARA APROVAÇÃO DA MATÉRIA. IRRACIONALIDADE CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ANTE A EXISTÊNCIA DE NORMA VIGENTE.

De outro lado, os precedentes da Suprema Corte utilizados na justificativa do texto aprovado na Câmara, na maioria dos casos, são oriundos de decisões da Segunda Turma do

STF nos anos de 2014 e 2015. Logo em 2017 a Suprema Corte, por meio do Plenário, tomou partido sobre entendimento completamente diverso.

O fato de a Suprema Corte ter aplicado o instituto da repercussão geral no ano de 2019 ao RE 1017365 (caso Xokleng), joga por terra a justificativa de aprovação do projeto na Câmara. Vejamos:

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.

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.**

Ainda, sustenta o relator do Projeto na Câmara que o STF teria julgado, além da Pet. 3388/RR o RMS 29.087/DF, RMS 29.542 e ARE 803.462. Ainda sustenta seu voto na

aprovação, pelo Presidente da República do Parecer n° GMF-05 da AGU, com força normativa, nos termos do § 1° do artigo 40 da Lei Complementar n° 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).

E vai concluindo o mesmo 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 n° 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 n° 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:

De resto, caso o Senado 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 para a aprovação do PL 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 foi conhecida ação rescisória, por unanimidade no Plenário da Corte, a qual caminha para a desconstituição do acórdão por violação à norma jurídica, ou seja, existência de vício insanável, além de erro de fato verificável no julgado. Isso tornaria o acórdão da Turma sem qualquer efeito.

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).

Do mesmo modo é a utilização do ARE 803.462 para sustentar a aprovação da matéria na Câmara. 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 conheceu dos embargos de divergência. Ou seja, a forma como a Turma aplicou a tese do marco temporal diverge de como o Plenário do STF entendeu sobre o tema na Pet. 3388/RR.

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. Ademais, o processo (ARE 803.462), seguindo a jurisprudência do STF, deve ser anulado por vício processual insanável.

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 houve a citação da comunidade indígena afetada e por isso mesmo há vício insanável. Há nos autos pedido de anulação do jugado, ainda pendente de análise.

A Corte conta com inúmeros precedentes para tornar nulo processos onde o povo indígena não foi citado. Veja-se:

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).

7. DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE. INEXISTÊNCIA DE MARCO TEMPORAL. TESE DO INDIGENATO.

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 se deu em ilhas, mas de forma contínua, o que afastou qualquer possibilidade de aplicação da tese do marco temporal no caso, 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 para a aprovação da matéria na Câmara é mera falácia.

Por fim, importante destacar que em 2017 a Suprema Corte julgou a ACO 362/MT e a ACO 366/MT e partiu da premissa que as terras indígenas foram entregues pelo Estado Federado a particulares como se devolutas fossem e que, estas áreas, nunca saíram do patrimônio da União por serem de ocupação tradicional.

Veja-se:

O conflito resume-se, conforme consignado, à discussão da titularidade das áreas que passaram a compor o Parque, cujos limites foram definidos pelo Decreto nº 50.455/1961, que o criou, e pelos de nº 63.082/1968 e 68.909/1971, **os quais ampliaram a área de abrangência.**

Não se olvida todo o histórico de problemas, **“verdadeiro descabro”** – como referido na contestação da FUNAI –, **na venda de terras públicas em Mato Grosso**, inclusive daquelas que vieram a constituir o Parque Indígena do Xingu.

Ademais, o ministro relator, ainda, salientou em seu voto a importância e o respeito ao estudo antropológico, o qual serve de parâmetro científico para aferição da tradicionalidade da ocupação indígena:

As observações do Estado autor **não têm o efeito de afastar as conclusões do último laudo**, podendo-se afirmar que as terras que passaram a compor o Parque Xingu não eram de titularidade do Estado de Mato Grosso, **pois ocupadas, historicamente, por povos indígenas.**

Veja-se no voto do ministro Luiz Roberto Barroso:

(...) ainda que algumas comunidades indígenas nelas não estejam circunstancialmente por terem sido retiradas à força, não deixaram as suas áreas, portanto, voluntariamente e não retornaram a elas porque estavam impedidas de fazê-lo.

(...) **penso que a maneira como a Constituição de 1988 enfrentou este problema resolveu retroativamente.** Portanto, ainda que houvesse uma pretensão fundada, ela não subsistiria **ao caráter declaratório e retroativo com que a Constituição tratou esta matéria.**

O ministro Alexandre de Moraes, na mesma toada, rebusca o indigenato e determina que a posse indígena não se perde quando retirados à força ou sem sua vontade de suas ricas terras. Assim votou o ministro:

Além disso, os autos comprovam em **estudo antropológico** de todas as áreas de que a ocupação tradicional indígena existiu, existe e sempre foi lícita (...).

No mesmo sentido foi bem lembrado aqui, da tribuna, pela Ministra Grace, que essas áreas de ocupação já originária dos índios, chamadas à época, pelo mestre João Mendes Júnior, de terras do indigenato, desde o alvará de 1º de abril de 1680 e, depois, a Lei de 1850 e o Decreto de 1854, já eram áreas destinadas aos indígenas.

“(…) as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na forma do Alvará de 1º de abril de 1680 e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24,

§1º, do Decreto nº1854 (...)” (*Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, 1012, p. 62)

Também pesou **a agressão que os índios sofreram, em determinado momento, daqueles que invadiram as suas terras**. Isso forçou o deslocamento, só que não foram deslocamentos voluntários, foram deslocamentos compulsórios, em virtude da violência sofrida à época. **Isso não retira a característica de permanência na ocupação (...)**.

Essa posição do STF é de 2017, quando definiu o conceito de terras tradicionalmente ocupadas e da inexistência de marco temporal. Mesmo assim a Câmara aprovou a matéria sob a justificativa de que a Corte teria pacificado a tese do marco temporal, o que não passa de engodo. Registre-se, ainda, que em 2021 o STF julgou a ACO 304/MT, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin e em 2022 julgou a ACO 365/MT, esta de relatoria da Ministra Rosa Weber e manteve a jurisprudência, afastando a tese do marco temporal.

Quanto ao caso Raposa, onde o marco temporal é suscitado no voto vista e aparece na marginalidade do acórdão, sem nenhuma exequibilidade – tanto que a demarcação se deu de forma contínua, e não em ilhas –, temos o seguinte entendimento:

Assim, ainda que algumas áreas abrangidas pela demarcação **sejam ocupadas por não índios há muitas décadas**, estando situadas em terras de posse indígena, **o direito de seus ocupantes não poderá prevalecer sobre o direito dos índios**” (fls. 812-3 – Pet. 3388/RR)¹.

O território tradicional é premissa fundamental a que deve se proteger. Doravante, o conceito de terra tradicional, quanto a interpretação do STF, é de que:

Áreas indígenas **são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios** de uma determinada etnia, **de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar"** e ainda aquelas que se revelarem **"necessárias à reprodução física e cultural"** de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não índios – Ementa da Pet. 3388/RR).

Garante, ainda, o relator dos Embargos de Declaração da Pet. 3388/RR, ministro Barroso, que (...) o art. 231 da Constituição de 1988 **“reconhece um direito insuscetível**

¹Acórdão Embargos de Declaração na Pet. 3388/RR, fls. 24-26.

de prescrição aquisitiva [...]”², o que inviabiliza por completo o argumento de se prescrever o direito de revisão administrativa da área indígena.

Veja-se, nos termos daquele julgado, que posses de áreas datadas do início do século passado foram todas anuladas para dar viabilidade à demarcação – então, como se poderia falar em esbulho comprovado pelos índios à data da promulgação da Constituição se no caso Raposa a Corte disse justamente o contrário:

8. (...). Sustenta [um dos autores da Pet. 3388/RR] que a fazenda [Guanabara] seria de **ocupação privada desde 1918**, tendo sido reconhecido o domínio particular por sentença proferida em **ação discriminatória, transitada em julgado em 1983. Isso teria constado do Despacho nº 80/96, do Ministro de Estado da Justiça**, e só poderia ter sido alterado caso tivesse sido apontada alguma nulidade.

9. Não verifico [ministro Barroso – relator] qualquer vício quanto ao ponto, que foi expressa e claramente examinado no acórdão embargado. **Já em sua ementa, o julgado destacou o caráter originário do direito dos índios, que preponderaria sobre quaisquer outros.**

Com relação a essas áreas, cumpre ressaltar que as ocupações e domínios anteriores [...] **não prevalecem sobre o direito do índio à demarcação de suas terras, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal [...]** pois o que somente cabe aos detentores privados dos títulos de propriedade é postular indenização pelas benfeitorias realizadas de boa-fé” (fls. 340-1 – Pet. 3388/RR).

Salienta o relator do caso Raposa Serra do Sol, ministro Ayres Britto, ao firmar que o direito dos índios à terra é congênito, que “O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional (...). **Donde a clara inteligência de que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena**” (Pet. 3388/RR).

Portanto, a vontade do Constituinte de 1988, quando fez solidificar a tese do indigenato no texto constitucional, garantiu o direito dos povos indígenas à demarcação de suas terras de ocupação tradicional e a recuperação daquelas áreas de onde foram compulsoriamente retidas – inclusive, sob o julgo de extrema violência.

²Idem.

8. DO ESBULHO E DESAPOSSAMENTOS COMPULSÓRIOS DOS INDÍGENAS. MATÉRIA QUE VISA ANISTIAR OS CRIMES COMETIDOS.

Quanto à violação de direitos dos povos indígenas, tanto o Relatório Figueiredo, como o Relatório da Comissão Nacional da Verdade – CNV, além de estudiosos como o professor Silvio Coelho dos Santos, ela é inegável e ocorreu da forma mais brutal possível.

Com relação ao Povo Xokleng, parte no processo que conta com repercussão geral no STF, acrescenta o professor Silvio Coelho dos Santos:

Os Xokleng despertaram o interesse dos imigrantes, desde o primeiro momento. Vistos como motivo de insegurança pelos colonos e obstáculo ao “progresso”, pelas empresas de colonização, centraram um debate que levou o governo a criar o Serviço de Proteção aos Índios, em 1910. Alvos das atenções do novo Serviço, **vivenciaram nos primeiros anos de convívio na reserva de Ibirama a perda de dois terços da população originalmente contatada** (SANTOS, 1997, pg. 09) (g.n.).

E, para demonstrar a tragédia a que foram submetidos os Xokleng, conclui o mesmo autor com o depoimento colhido a um “bugreiro”, no ano de 1972, o que demonstra a radicalidade contra o Povo Xokleng, em tempos não muito distantes, quando vigorava ainda o regime de exceção no Brasil:

Segundo um depoimento que obtive do bugreiro Ireno Pinheiro, em 1972, na localidade de Santa Rosa de Lima, afugentavam-se os índios “... **pela boca da arma. O assalto se dava ao amanhecer. Primeiro, disparava-se uns tiros. Depois passava-se o resto no fio do facão. O corpo é que nem bananeira, corta macio. Cortavam-se as orelhas. Cada par tinha preço. Às vezes, para mostrar, a gente trazia algumas mulheres e crianças. Tinha que matar todos. Se não, algum sobrevivente fazia vingança. Quando foram acabando, o governo deixou de pagar a gente. A tropa já não tinha como manter as despesas. As companhias de colonização e os colonos pagavam menos. As tropas foram terminando. Ficaram só uns poucos homens, que iam em dois ou três pro mato, caçando e matando esses índios extraviados. Getúlio Vargas já era governo, quando eu fiz uma batida. Usei Winchester. Os índios tavam acampados num grotão. Gastei 24 tiros. Meu companheiro, não sei. Eu atirava bem (grifos nossos)**³.

Isso demonstra como se deram as expulsões dos indígenas de suas terras. A matéria aprovada na Câmara, que agora tramita no Senado, tem como objetivo a anistia de crimes de natureza hedionda; crimes de genocídio, como o acima transcrito.

³ SANTOS, 1997, pg. 28.

Quanto à corrupção no SPI, assim está redigido nas fls. 4.912 do Rel. Figueiredo: **“Pelo exame do material infere-se que o Serviço de Proteção aos Índios foi antro de corrupção inominável durante muitos anos”**.

E segue-se, nos termos do Relatório Figueiredo, demonstrando incansavelmente como se deu o esbulho territorial face os índios:

O índio razão de ser do SPI [e depois da FUNAI], tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhes impuseram um regime de escravidão e lhes negaram um mínimo de condição de vida compatível com a dignidade humana (fls. 4.912).

Para mascarar a hediondez desses atos invocava-se a sentença de um capitão ou de uma polícia indígena (...) Mas, mesmo que assim não fosse, 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 (fls. 4.912).

Reafirmamos que parece inverossímil haver homens, ditos civilizados, que friamente possam agir de modo tão bárbaro. Nem o sexo feminino fugiu de flagelar o índio (...) Nêsse regime de baração e cutelo viveu o SPI muitos anos. **A fertilidade de sua cruenta história registra até crucificação, os castigos físicos eram considerados fato natural nos postos indígenas** (fls. 4.913).

Os índios eram submetidos aos chefes de Postos Indígenas, onde os seus lacaios e famigerados subordinados cumpriam as mais terríveis ordens, como até mesmo a crucificação e esartejamento, “iniciando pelo púbis e indo até a cabeça⁴⁹”. A demonstração do esbulho violento, da análise do Relatório Figueiredo e da CNV, sem qualquer possibilidade de defesa, se seguiu. Abaixo é possível perceber o *modus operandi*, para limpar as áreas e, criminosa e inescrupulosamente, entregar a particulares:

A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. (...) O SPI abrange cerca de 130 postos indígenas, disseminados em 18 unidades da

19 IHU On-Line – Pode relatar alguns casos de violência contra os indígenas, registrados no Relatório Figueiredo, como o Massacre do Paralelo 11, por exemplo?

Elena Guimarães – O Massacre do Paralelo 11 foi como ficou conhecido o massacre dos Cinta-Larga promovido por pistoleiros a mando da firma seringalista Arruda Junqueira & CIA, em 1963. Segundo depoimento do funcionário Ramis Bucair, um bando de pistoleiros chefiado por Chico Luiz metralhou um grupo de índios Cinta-Larga e, **ao encontrarem uma índia sobrevivente, na companhia de seu filho de seis anos, mataram o menino com um tiro na cabeça. Depois penduraram a índia pelos pés, com as pernas abertas, e partiram-na com um golpe de facão, do púbis à cabeça**. Esta cena chocante foi divulgada nos jornais da época e é o único caso deste tipo de violência em que temos registro fotográfico. Bucair entregou à Comissão de Inquérito um rolo de áudio da confissão de um dos bandidos, Ataíde Pereira dos Santos. Segundo ele, até então o autor do crime continuava impune, possivelmente devido ao prestígio de seus protetores. Acesso em 26.09.2019 em: <https://jornalggn.com.br/direitos-humanos/relatorio-figueiredo-crimes-contra-indios-continuam-50-anos-depois/> (entrevista cedida por Elena Guimarães ao IHU On-line)

Federação, o que vale dizer que se estende pelo interior de todo o Brasil, excetuando os pequenos Estados do Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Espírito Santo e Sergipe. **Durante cerca de 20 anos a corrupção campeou no Serviço sem que fossem feitas inspeções e tomadas medidas saneadoras** (fls. 4914).

Mas 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**⁵ (fls. 4.915 – grifos nossos).

O relatório afirma que o número real de indígenas mortos no período pode ser muito maior, já que analisou apenas alguns poucos casos:

“Deve ser exponencialmente maior, uma vez que apenas uma parcela muito restrita dos povos indígenas afetados foi analisada **e que há casos em que a quantidade de mortos é alta o bastante para desencorajar estimativas**”⁶ (grifo nosso).

Portanto, a matéria aprovada na Câmara, agora sob análise do Senado, não leva em consideração o histórico de violação de direitos dos povos indígenas. Foram expulsos de suas terras e, agora, o Congresso Nacional busca, além de legalizar os crimes cometidos contra os indígenas e seu patrimônio, anistiar os responsáveis pelo genocídio.

9. DOS VÍCIOS FORMAIS INSANÁVEIS DO PL 2.093/2023. O DIREITO INDÍGENA COMO CLÁUSULA PÉTREA.

Como se pode notar, a proposta tramita por meio de Projeto de Lei Ordinária (PL), o que é, no sentido formal da técnica legislativa, inadequado. Isso porque, o PL é um instrumento para legislar sobre normas gerais e abstratas, não podendo, jamais, alterar dispositivos constitucionais ou restringir seu alcance.

Como se pode notar, não há absolutamente nenhuma dúvida quanto ao caráter constitucional da matéria tratada no PL nº 2.093/2023. Assim, ao legislar sobre o conteúdo do art. 231 da Constituição, o legislador reformador assume o risco de incidir em superlativa inconstitucionalidade.

Há de se ressaltar ainda, que o procedimento legislativo em comento, por ser simplificado (discussão em turno único e votação por maioria simples), dificulta, abrevia e

⁵ Trechos retirados do Relatório Figueiredo que demonstram como se deu o esbulho para, ao final, demonstrar que esses crimes e fraudes não podem ser legalizados por uma tese que afronta a própria Constituição Federal de 1988, como é a proposta do marco temporal e renitente esbulho.

⁶ Retirado do site <http://amazoniareal.com.br/comissao-da-verdade-ao-menos-83-mil-indios-foram-mortos-na-ditadura-militar/> em 16 de março de 2015.

impede a participação social na discussão da matéria – sem, diga-se de passagem, ouvir os povos afetados, ademais da previsão da consulta livre, prévia, informada e de boa-fé, prevista na Convenção 169 da OIT, tomada internamente como norma supralegal.

De outra mão, mesmo que estivéssemos diante de uma PEC – Proposta de Emenda à Constituição, não seria juridicamente possível sua tramitação regular, uma vez que os artigos 231 e 232 da Carta de 1988 sustentam direitos e garantias individuais impassíveis de abolição, porquanto estamos a falar de cláusulas pétreas, em acordo com o art. 60, §4º, IV da Constituição Federal de 1988. A proposta, portanto, busca restringir direitos fundamentais dos povos indígenas, num movimento flagrantemente inconstitucional.

Do art. 60 da Carta de 1988 temos a seguinte previsão:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

O PL 2.093/2023 incorporou na proposta legislativa, a tese do marco temporal, que exige para a demarcação de terras indígenas a comprovação de posse ou da disputa pela posse, seja de fato ou pela via judicial, na data da promulgação da Constituição da República. Como já vimos acima, essa exigência não encontra amparo no texto constitucional. Assim, as garantias individuais previstas na Carta de 1988, no seu art. 231, que tratam do direito originário dos indígenas a suas terras de ocupação tradicional, por serem cláusulas pétreas, somente poderiam ser alterados, quiçá, por meio de nova constituinte – mesmo assim ainda haveria dúvidas sobre tal possibilidade, já que são direitos pré-existentes.

Importante ressaltar que, dentre os três poderes, é o Supremo Tribunal Federal quem detém a competência para interpretar a Constituição Federal. Não há necessidade de elaboração de novas leis, mas sim de interpretação das que já existem. Diante da afetação da matéria objeto do referido Projeto de Lei no Recurso Extraordinário nº 1.017.365, que conta com Repercussão Geral conhecida, necessário que se possa obedecer ao art. 2º da Carta Política de 1988 e aguardar a conclusão do julgamento.

Do contrário, há clara invasão de competência. Isso porque o Congresso Nacional, por meio de um Projeto de Lei Ordinária tem como pretensão interpretar a Constituição e definir se há, no limite do texto do art. 231, um marco temporal de reconhecimento de direitos.

Cediço que, independentemente de a Suprema Corte definir uma interpretação constitucional sobre matéria que é de sua competência, seria sim possível que matéria idêntica possa tramitar no Congresso Nacional, dado que as decisões judiciais vinculam tão somente o poder executivo. Contudo, se a Corte declarar inconstitucional determinada matéria, tão logo seja acionado, a declarará inconstitucional uma vez mais.

Daí que, 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*”⁷.

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

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, especialmente no campo dos Direitos Humanos. O diálogo entre fontes normativas e entre cortes contribui para aperfeiçoar o Direito Constitucional, abrindo-o a novos argumentos e horizontes, e aproximando-o dos ideais emancipatórios que são comuns ao constitucionalismo democrático e ao Direito Internacional 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 3º⁸ (g.n.).

Nessa mesma linha de raciocínio, a Corte Constitucional, no ARE 639.337, de Relatoria do Eminentíssimo Ministro Decano, 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

⁷ Vide mais em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87921-cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas>. Acessado em 27.08.2019.

⁸ Daniel Sarmiento in Nota Técnica sobre a constitucionalidade da PEC 215/2000.

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 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).**

Por isso mesmo, além de estarmos a falar de cláusulas pétreas, o que previsto no art. 231 da Constituição, sendo, portanto, inadequada a ação política do constituinte de ocasião no caso, há diante do Senado matéria que não carece de nova lei, mas tão somente de interpretação de lei já existente, devendo aguardar a Corte se manifestar sobre o tema – ademais de que o próprio STF veda o retrocesso em matéria de direitos fundamentais, como por acima demonstrado, inviabilizando a tramitação regular do Projeto.

Por fim, mesmo que admitida fosse a mudança no texto constitucional para acrescentar um marco temporal, *ad argumentandum tantum*, ela nunca seria possível por meio de Lei Ordinária.

10. VEDAÇÃO A AMPLIAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS JÁ DEMARCADAS. ART. 13 DO PL 2.903/2023.

No final de 2022, o Ministro da Justiça do Governo Bolsonaro, reprovou a demarcação da Terra Indígena Menkü, do Povo Myky, do Mato Grosso, ao argumento de que há vedação à ampliação de terra indígena já demarcada, nestes termos:

DECISÃO Nº 399, DE 7 DE NOVEMBRO DE 2022

(...)

Desaprovo a identificação, com base no inciso III do § 10 do art. 2º do Decreto 1.775/1996, **em razão da decadência da possibilidade de revisão do primeiro procedimento demarcatório da Terra Indígena Menku**, aplicando o disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999 (...).

Após a publicação do ato, restitua-se o feito à Fundação Nacional do Índio.

ANDERSON GUSTAVO TORRES

O argumento utilizado seria o art. 54 da Lei geral do processo administrativo. Ou seja, que estaria o poder público impossibilitado de rever ato administrativo anterior por força da decadência, já que a abertura de novo procedimento de igual teor, para revisão, só poderia ser feito no prazo de 05 anos. Como no caso a abertura de novo processo administrativo ocorreu após os 05 anos do art. 54 da referida lei, não mais seria possível o reestudo.

Contudo, essa tese é equivocada, dado que o direito indígena além de ser declarado, pré-existente, ele é imprescritível. Ainda, por ser um direito constitucional, ele não se submete à previsão decadencial da Lei geral de processos administrativos.

Tanto é verdade que também no caso Myky, em processo já passado em julgado, a Suprema Corte referendou entendimento do TRF1, que tem o seguinte teor:

As Portarias nºs 1069/2007, 302/2008 e 1.573/2011, que constituíram Grupo Técnico para revisão/ampliação da área indígena, foram editadas dentro da prerrogativa da Administração de rever seus atos quando eivados de vícios.

Em se tratando de direito sobre terras tradicionalmente ocupadas por indígenas é a própria Constituição Federal que traz a imprescritibilidade desse direito ao dispor em seu § 4º do art. 231 o seguinte:

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.

§ 4º **As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (grifos no original).**

E segue aquele Tribunal:

Assim, a viabilidade da revisão da terra demarcada tem respaldo no próprio texto da Constituição, que confere ao direito sobre as terras indígenas a natureza de imprescritível.

Por fim, nas teses apresentadas pelos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes, ambos rechaçam a impossibilidade de revisão de processos administrativos de demarcação, nos seguintes termos:

VII - O redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos das normas de regência;

Portanto, é equivocada constitucionalmente a ideia de que não se poderia rever atos da administração após o prazo de 05 anos, quando o objeto da revisão é demarcação de terras indígenas, como por bem acima demonstrado.

11. CONTATO FORÇADO, UMA AMEAÇA À VIDA E À AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO. ART. 28 DO PL 2.903/2023

A prática do contato forçado de povos indígenas em isolamento foi abandonada pelo Estado brasileiro motivada pela tragédia que provocou em numerosos povos indígenas, muitos dos quais foram drasticamente reduzidos por epidemias ou mesmo exterminados. Exemplos não faltam de como os contatos forçados dizimaram os povos indígenas ao longo das estradas BR-210, BR-174 e BR-163, abertas na Amazônia durante a ditadura militar, como dos Tapayuna, Panará, Parakanã, Waimiri-Atroari entre muitos outros.

A volta da prática do contato forçado, inserida e justificada no PL 2903 de forma vaga e genérica, para “intermediar ação estatal de utilidade pública” podendo ser realizada por agentes estatais e, inclusive por entidades particulares nacionais e internacionais, (incluídas as missões religiosas), outra vez é uma grave ameaça à vida dos povos indígenas em isolamento e abre caminho para toda sorte de abusos e violações dos seus direitos.

Através do isolamento esses povos expressam de forma evidente que não querem ser perturbados em seus territórios e, por isso, todo contato forçado significa uma agressão a sua liberdade e afronta o princípio da autodeterminação dos povos indígenas previsto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizada pelo Estado brasileiro por meio do Decreto no 5.051/2004, e consolidada pelo Decreto nº 10.088/2019. O direito da autodeterminação igualmente é reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU, no Artigo 3: “Os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude desse direito, determinam livremente a sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

O disposto no artigo 28 do Pl 2.903 também viola o artigo 231 da Constituição Federal que reconhece as organizações sociais, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas.

12. CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando o texto final aprovado pela Câmara dos Deputados no PL 490/2007, agora no Senado tramitando sob o nº 2.093/2023, bem como os precedentes do STF, o conhecimento da Repercussão Geral da matéria indígena (Tema 1031), o reconhecimento da previsão dos artigos 231 e 232 da Carta de 1988 como cláusulas pétreas, além da incidência da vedação do retrocesso em matéria de direitos humanos, temos que a proposta em jogo é de plano inconstitucional, matéria esta que não se sujeita à vontade do legislador de ocasião para legislar em prejuízo.

Ainda, necessário que se aguarde o julgamento do Tema 1031 pela Suprema Corte, para que então se possa dar sequência à tramitação do projeto de lei, caso haja razão suficiente, tanto em respeito à harmonia entre os três poderes, como para a garantia da segurança jurídica e da paz social.

Brasília-DF, 26 de junho de 2023.

Assessoria Jurídica do CIMI.