



NOTA TÉCNICA

Assunto: A Lei 14.701/23 e os desdobramentos advindos da decisão proferida na ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86 no dia 22.04.2024. Análise sobre conciliação na matéria indígena. Relevante interesse público da União. Direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e de convencionalidade. Tema 1031 da repercussão geral. Máxima efetividade da norma constitucional. Teoria do duplo controle. Proibição do retrocesso. Cláusulas pétreas.

1. INTRODUÇÃO

Em 28 de dezembro de 2023, sob a justificativa de regulamentar o artigo 231 da Constituição Federal, o Congresso Nacional promulgou a Lei 14.701/2023. A norma não apenas criou parâmetros não previstos no texto constitucional para demarcação de terras indígenas como ignorou o julgamento de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, concluído em setembro do mesmo ano (Tema 1.031).

O STF, portanto, ao analisar a mesma matéria regulada pela Lei 14.701 em setembro de 2023, no Tema 1.031, declarou inconstitucionais as teses pela lei instituídas, a exemplo do marco temporal, renitente esbulho e vedação de reestudo de terras já demarcadas, bem como reafirmou a constitucionalidade o Decreto 1.775/1996.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu aos povos indígenas o “direito originário às terras que tradicionalmente ocupam” e o usufruto exclusivo destes territórios,



responsabilizando a União pela demarcação e proteção das terras de ocupação tradicional – o que já deveria ter sido feito num prazo de 05 anos a contar de 05 de outubro de 1988 (art. 67 ADCT).

Ao promulgar a Lei 14.701/2023, o Congresso Nacional se afastou do que estabeleceu a Constituição Federal e da interpretação fixada pelo Supremo no Tema 1031.

Chama atenção o fato de que as teses tenham sido fixadas pelo STF em 28 de setembro de 2023 e que o Senado tenha aprovado na mesma data o PL 2903/2023, que viria depois a se tornar a Lei 14.701/2023. Não apenas isso: o Congresso derrubou os vetos presidenciais e desconsiderou em absoluto a decisão do Supremo, promulgando a referida Lei meses depois, em 28 de dezembro.

Ante o novo cenário criado com a promulgação da Lei 14.701/2023 – que significa um verdadeiro retrocesso sociocultural, que passa ao largo de qualquer parâmetro constitucional e de um mínimo de racionalidade legislativa –, se aguarda a apreciação pelo Supremo sobre a inconstitucionalidade da referida Lei, haja vista as várias iniciativas jurídicas que questionam a sua validade no âmbito do STF.

Por fim, em vias introdutórias, é de se destacar o prenúncio de tratativas no âmbito da Suprema Corte acerca do conteúdo da Lei 14.701/23 e, também, sobre a alegada omissão legislativa quanto ao que estabelecido no §6º do art. 231 da Constituição, para conceituar e definir relevante interesse público da União, como veremos nesta Nota Técnica – a qual também busca desnudar as possibilidades hermenêuticas e limites constitucionais para as tratativas e busca por consensos sobre a matéria indígena no STF.

A. PRIMEIRA PARTE:

2. DOS PROCESSOS EM CURSO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REFERENTE À LEI 14.701/2023.

A Suprema Corte, no mesmo dia ao da promulgação da Lei 14.701/2023, recebeu algumas ações discutindo a sua viabilidade e constitucionalidade. Todas foram distribuídas



ao Ministro Gilmar Mendes. Foram instaurados também dois incidentes de inconstitucionalidade pela via difusa, os quais estão sob a relatoria do Min. Edson Fachin.

Vamos a elas:

2.1. Ação Direta de Constitucionalidade – ADC nº 87

Cuida-se de ação declaratória de constitucionalidade ajuizada pelos partidos **Progressistas, Republicanos e Partido Liberal**, em que se postula o reconhecimento da constitucionalidade da Lei 14.701/2023, na sua integralidade, em especial quanto aos dispositivos vetados pela Presidência da República, sob a alegação de ofensa à “adequada exegese constitucional”.

2.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 7.582

Trata-se de ação direta ajuizada pela **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e pelos partidos Socialismo e Liberdade e Rede Sustentabilidade**, em que se requer a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 14.701/2023: art. 4º, caput, I, II, III e IV e §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 7º; art. 6º; art. 9º, caput e §§ 1º e 2º; art. 10; art. 11, caput e parágrafo único; art. 13; art. 14; art. 15; art. 18, caput e § 1º; art. 20, caput e parágrafo único; art. 21; art. 22; art. 23, caput e §§ 1º e 2º; art. 24, § 3º; art. 25; art. 26, caput, § 1º e § 2º, I, II, III e IV; art. 27, caput e parágrafo único; art. 31 e redação dada ao inciso IX do art. 2º da Lei 4.132/1963; e art. 32 e redação dada ao inciso IX do art. 2º da Lei 6.001/1973.

2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 7.583

Assim como na ADI 7.582, o **Partido dos Trabalhadores, Partido Comunista do Brasil e o Partido Verde**, pugnaram pela declaração de inconstitucionalidade dos mesmos dispositivos da Lei 14.701/2023, com a exclusão do pedido de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º e o caput do art. 20, que dispõem:



Parágrafo único. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

(...)

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

2.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 7.586

Já na ADI 7.586 ajuizada pelo **Partido Democrático Trabalhista**, o pedido de declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei 14.701/2023 é similar ao da ADI nº 7.583, por excluir do pedido o parágrafo único do art. 5º.

No entanto, esta ação vai um pouco além e pede a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei que não foram enfrentados pelas ADIs 7.582 e 7.583, sendo eles o § 2º do art. 18 e o art. 29, que abaixo transcrevemos:

Art. 18 (...)

§ 2º As terras de domínio indígena constituídas nos termos da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, serão consideradas áreas indígenas adquiridas nos moldes desta Lei.

(...)

Art. 29. As terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas e o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no inciso XVI do caput do art. 49 e no § 3º do art. 231 da Constituição Federal, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, vedada a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros. (Promulgação partes vetadas)

Em todas as ADIs foi postulada a concessão de tutela de urgência para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados e, no mérito, a sua inconstitucionalidade.

2.5. Ação Cível Originária – ACO 1.100 e Recurso Extraordinário – RE 1.017.365

Trata-se de pedidos de instauração de incidente de controle de constitucionalidade pela via difusa, em face de dispositivos da Lei nº 14.701/2023, deduzido pelo **Povo Indígena Xokleng**, da Terra Indígena Ibirama La-Klaño.



O caso concreto discutido na ACO 1.100 estaria completamente afetado pela nova Lei, a qual passou a implementar a tese do marco temporal, associada ao renitente esbulho e impedimento de reestudo sobre limites e redimensionamento de terras já demarcadas.

O Código de Processo Civil regulamenta o processamento do incidente de declaração de inconstitucionalidade pela difusa e dispensa a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial quando já houver pronunciamento sobre a matéria, como no caso em análise.

O incidente instaurado na ACO 1.100 pede a declaração de inconstitucionalidade tão somente dos dispositivos da Lei 14.701/23 que confrontam o que fixado pelo STF no Tema 1031, especificamente os arts. 4º, I, II, III, IV e §1º, §2º, §3º e §4º; Art. 6º; Art. 13; Art. 14; Art. 15; Art. 20; Art. 23; Art. 26, §1º e §2º, I, II, III, IV; e Art. 27.

No RE 1.017.365 (Tema 1031), contudo, o pedido realizado foi um pouco mais abrangente, pois incluiu além dos dispositivos acima transcritos, o art. 5º e seu § único; o art. 7º; o Art. 9º; e, os arts. 31 e 32 da Lei.

Em ambos incidentes, foi propugnado cautelarmente a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos atacados de forma monocrática, ou, ao menos, a suspensão dos efeitos da Lei na sua totalidade ou naquilo que afronta a tese fixada no Tema 1.031, até o julgamento final do incidente. No mérito, o Povo Xokleng requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei 14.701/23.

Das ações que discutem a validade constitucional da Lei 14.701/2023, temos:

AUTORES					
ADC 87	ACO 1100	RE 1017365	ADI 7582	ADI 7583	ADI 7586
PP, Republicanos e PL	XOKLENG		APIB, PSOL e REDE	PT, PCB e PV	PDT
Rel. Gilmar Mendes	Rel. Edson Fachin		Rel. Gilmar Mendes		
Pedem a declaração da Constitucionalidade da Lei 14.701/2023	Pedem ao STF a declaração da Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 14.701/2023 e a suspensão imediata de seus efeitos				



2.6. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 86 e da Proposição do Ministro Dias Toffoli no Tema 1.031

A primeira ação de controle de constitucionalidade em relação à Lei 14.701/23 foi apresentada pelo PP, Republicanos e PL na madrugada do dia 28.12.2023. A ação foi distribuída ao Min. Gilmar Mendes. Assim, as demais ações que foram protocoladas na sequência, foram distribuídas por prevenção ao mesmo Ministro.

No dia 18.03.24, o partido Progressistas apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que recebeu o número 86 (ADO 86), onde **alega ausência de regulamentação do § 6º do art. 231 da Constituição¹, quanto ao “relevante interesse público da União”**.

Como consequência, **o partido almeja não somente o reconhecimento da omissão arguida, como também que o STF supra provisoriamente a omissão legislativa e, no mérito, intime a Câmara dos Deputados e o Senado Federal para que providenciem com urgência a legislação sobre o assunto**, “incluindo, dentre outras, disposições que visem balancear os interesses constitucionais diversos envolvidos (por exemplo, o direito à propriedade, boa-fé, desenvolvimento nacional, dignidade da pessoa humana etc.), sendo eles:

- (i.1) os serviços de exploração dos recursos hídricos e potenciais energéticos, pesquisa e lavra de riquezas minerais;
- (i.2) as terras de fronteira;
- (i.3) as vias federais de comunicação;
- (i.4) os perímetros rurais e urbanos dos municípios;
- (i.5) justo título ou posse de boa-fé das terras anteriores ao marco temporal de 5 de outubro de 1988; e

¹ § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, **ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar**, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.(Grifos nossos)



(i.6) a passagem de linhas de transmissão de energia elétrica por terras indígenas (sempre que nas análises sejam observadas desproporcionalidades nos custos econômicos, financeiros e socioambientais das alternativas técnicas e locacionais)”.
Importante lembrar que a discussão acerca da omissão legislativa do Congresso Nacional foi suscitada pelo Min. Dias Toffoli quando do julgamento do RE 1.017.365, quando trouxe ao Plenário do STF a seguinte proposição (Pag. 979-981 do acórdão):

Item 14, último item da formulação de tese: trata-se da questão da omissão, há 35 anos, do Congresso Nacional em regulamentar a questão da mineração.

Vejam, a não regulamentação da mineração leva à mineração ilegal, leva ao mercúrio nos rios, ao desmatamento, aos conflitos localizados. Nós sabemos que o Estado Brasileiro não tem condições de fiscalizar essa ampla área, que tem de ser protegida por dever constitucional.

Havendo uma exploração legítima, autorizada na forma da lei a ser aprovada, tenho convicção de que diminuirão muito as ilegalidades e a exploração que contaminam rios, matas, florestas e seres humanos.

Portanto, faço essa proposição, Senhora Presidente, deixando claro que, para além de um prazo ao Congresso Nacional, também estabeleço parâmetros para a lei. E todos esses parâmetros que coloco na minha proposição são em defesa e em favor dos povos indígenas.

Leio o último item de minha proposição de tese: a ausência de regulamentação do § 3º do art. 231 c/c o § 1º do art. 176 da Constituição configura omissão legislativa inconstitucional em detrimento das comunidades indígenas que sofrem os efeitos do aproveitamento de recursos hídricos, orgânicos (hidrocarbonetos) e minerais em seu território e não participam de seus resultados. Na realidade, já está ocorrendo, já existem as explorações.

Continuo: o Tribunal dá o prazo de 12 meses ao Congresso Nacional para legislar sobre o tema, observando os seguintes requisitos:

- 1) autorização do Congresso Nacional (art. 231, § 3º, CF). O Congresso Nacional, além de fazer a lei, pelo § 1º do art. 231, ele tem que autorizar, caso a caso, a exploração.
- 2) oitiva das comunidades afetadas (art. 231, § 3º, CF, e Convenção OIT nº 169);
- 3) garantia de participação dos indígenas nos resultados do aproveitamento dos recursos minerais, orgânicos (hidrocarbonetos) e hídricos em suas terras, bem como de indenização pela restrição de seu usufruto;
- 4) instituição de regime próprio de aproveitamento das terras indígenas;
- 5) necessária observância da legislação ambiental e setorial;
- 6) observância da autonomia organizacional das comunidades indígenas para gestão e aplicação dos respectivos recursos, devendo a Funai prestar o apoio necessário;



7) realização de estudos prévios da terra indígena, para avaliar os impactos da exploração e seu potencial, observado o planejamento setorial;

8) instauração de processo concorrencial, leilão ou licitação, para o acesso aos títulos minerários em terras indígenas.

Então, todas essas proposições são parâmetros para o Congresso Nacional, em 12 meses, editar a lei. Caso o Congresso Nacional não edite a lei em 12 meses, evidentemente, haverá uma omissão legislativa e há os instrumentos constitucionais aptos a corrigi-la, mas, desde logo, sugiro esses parâmetros para que as comunidades indígenas sejam protegidas.

Na ocasião, após debates e ponderações dos ministros da Corte, o Min. Dias Toffoli excluiu o item 14 da tese. No entanto, é importante destacar alguns trechos do debate ocorrido para auxiliar na elucidação da matéria. Em diálogo com o Min. Dias Tóffoli, o Min. Roberto Barroso sistematizou da seguinte forma seu entendimento:

Eu não estou fazendo essa discussão agora, mas penso que ela é uma discussão importante para ouvir os dois lados e as duas cogitações. Com todas as vênias das boas intenções que vejo no Ministro Dias Toffoli, e o Ministro Gilmar também defendeu esse ponto de vista, **para nós declararmos uma inconstitucionalidade por omissão e fixarmos prazo, eu partiria do pressuposto de que existiria algum direito subjetivo aqui de alguém sendo afetado, ou das comunidades indígenas, ou de qualquer outro interesse**, porque o art. 231, § 3º, da Constituição diz assim, que é o que está em questão:

"§ 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."

Eu aqui, ao ler esse dispositivo, **vejo uma norma que não instituiu nem um direito de as comunidades explorarem, nem um direito de nenhum particular. De modo que penso que nós estamos diante de uma discricionariedade política do Congresso Nacional para disciplinar isso, se e quando melhor lhe aprouver.** (Pág. 984 do acórdão proferido no RE 1017365)

(...)

Eu entendo, **mas se nós estivéssemos diante de uma demanda suscitada por uma comunidade indígena que desejasse a exploração mineral, e ela não fosse possível pela falta de regulamentação, eu concordaria com a posição do Ministro Toffoli. Mas nós estamos de ofício, sem nenhum pedido de nenhuma comunidade indígena nem de entidade**



representativa, impondo ao Congresso ou propondo impor ao Congresso um dever de legislar, que, com todas as vênias, eu acho que não existe. Se uma comunidade disser, judicialmente, que quer explorar, mas não pode por falta de legislação, a situação seria diferente. Aqui, nós estamos, de ofício e extra petita, determinando ao Congresso que faça alguma coisa que penso que ele não tem dever de fazer.

Pois não, Ministro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Há inúmeros pedidos na Agência Nacional de Mineração de exploração em áreas indígenas protocolados, em análise, inclusive de comunidades indígenas. É necessária essa regulamentação pelo Congresso Nacional, é um comando da Constituição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu entendo, mas aí cabe à Agência tomar a providência que achar que cabe. Quer dizer, **judicialmente não há nenhuma demanda nesse sentido, nem subjetiva, nem em ação direta, de modo que eu acho que é uma proatividade que não se justifica, e, menos ainda, com todas as vênias, entendendo que essa não é uma questão banal. Essa é uma questão muito complexa.** Eu mesmo tenho dúvidas e angústias sobre a conveniência, mas acho que não cabe a mim decidir, mas sim ao Congresso, em debate com as comunidades indígenas, com antropólogos e com a iniciativa privada também. São muitos interesses aqui em jogo, legítimos. (Pág. 985 do acordão proferido no RE 1017365) (Grifos nossos)

Como veremos adiante, há atualmente em curso um estímulo ao diálogo conciliatório sobre direitos constitucionais indígenas, colocando sob debate, inclusive, possibilidade de se estabelecer parâmetros conceituais sobre relevante interesse público da União e, adiante, a exploração de recurso minerais e potenciais energéticos em terras indígenas.

3. DA DECISÃO CONJUNTA PROFERIDA NA ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86

Em 22.04.24 o Min. Gilmar Mendes determinou a tramitação conjunta das seguintes ações: ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86, por entender que há identidade na causa de pedir entre as ações.



Sobre a união das referidas ações, **seria salutar que houvesse a exclusão da ADO 86 das demais. A junção da referida ação com as demais abre uma margem infinita para a conciliação sugerida pelo magistrado**, além de se distanciar da causa de pedir e dos pedidos das demais ações de controle de constitucionalidade.

O Ministro deferiu, no seu entender, “parcialmente” a medida cautelar requerida nas ADIs, e determinou, *ad referendum* do Plenário, a suspensão, na forma do art. 21 da Lei 9.868/1999, de todos os processos judiciais que discutam, no âmbito dos demais órgãos do Poder Judiciário, a constitucionalidade da Lei 14.701/2023, até que o STF se manifeste definitivamente sobre a matéria ou até eventual decisão desta Corte em sentido contrário.

Ademais, salientou que a suspensão processual determinada não impede a eventual concessão de tutelas de urgência a fim de impedir perecimento de direito ou evitar a ocorrência de dano irreparável (CPC, arts. 296, parágrafo único e 314).

Na decisão não foram apreciados os pedidos de distribuição das ações por prevenção ao Relator do RE 1.017.365, suscitados nas ADI 7.582 e 7583, e de suspensão liminar dos efeitos da Lei requerida em todas as ADIs propostas.

Além disso, na mesma decisão o ministro determinou de modo concomitante com a intimação dos autores e dos chefes dos Poderes Executivos e Legislativo, da AGU e da PGR para apresentação de propostas acerca da utilização dos meios consensuais de solução de litígios, **a intimação, no prazo de 30 (trinta) dias, das duas casas do Congresso Nacional para a prestação de informações (Lei 9.868/1999, arts. 6º e 11)**. E, após, a intimação, sucessiva, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, para manifestação na forma do art. 8º da Lei 9.868/1999.

Por fim, a decisão foi levada à referendo do Plenário Virtual. Porém, o julgamento foi destacado, razão pela qual será submetido à julgamento no Plenário Físico, dependendo agora do Presidente da Corte, Min. Roberto Barroso, a sua inclusão na pauta de julgamento.

O início das tratativas está agendado para ter início em 05 de outubro de 2024.

3.1. Do item 1 do dispositivo da Decisão

Convém inicialmente esclarecer que os pedidos cautelares formulados nas ADIs não versaram sobre suspensão de processos judiciais que discutam a constitucionalidade da Lei 14.701/23. O que pediram os autores foi a suspensão dos efeitos da Lei 14.701/2023 até o julgamento de mérito das ações, o que não foi apreciado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Nesse sentido, temos que a decisão padece dos seguintes vícios:

- Foi omissa na apreciação da distribuição por prevenção;
- Foi omissa na apreciação dos pedidos cautelares das ADIs, no tocante à suspensão da eficácia da Lei;
- Deu providência distinta do que foi pedido e de ofício deu início à tratativas conciliatórias; e,
- Foi diversa do que previsto no art. 21, da Lei 9.868/99.

Na decisão, que embora tenha havido o reconhecimento dos indícios de inconstitucionalidades, não houve a suspensão dos efeitos da Lei. Disse o Relator:

Do exame preambular da Lei 14.701/2023, como é de costume em sede de apreciação cautelar, **verifico que, aparentemente, diversos de seus dispositivos podem ser lidos em sentido contrário ao entendimento a que chegou o Plenário desta Corte no julgamento do RE 1.017.365/SC** (tema 1031 da repercussão geral). (Pág. 4)

(...)

Os arts. 4º, 31 e 32 da Lei 14.701/2023, ao positivarem preceito segundo o qual a ausência da comunidade indígena em 5 de outubro de 1988 na área pretendida impede a caracterização da área como terra tradicionalmente ocupada, **mostrase, em um primeiro olhar, incompatível com a terceira tese fixada no julgamento do RE 1.017.365/SC**, que estabelece que “a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988”.

De igual modo, situação semelhante se verifica, dentre outros, em relação aos seguintes dispositivos: (i) art. 9º (possível conflito com a quinta e a décima teses fixadas); (ii) arts. 11 e 23 (possível conflito com a décima tese fixada); e (iii) art. 13 (possível conflito com a oitava tese fixada). (Pág. 7-8)

Além disso, ainda em exame prefacial da Lei 14.701/2023, a decisão legislativa, tendo encaminhado a regulação da questão sob o prisma do critério temporal de



ocupação (Lei 14.701/2023, arts. 4º, 31 e 32), **aparenta não ter dedicado a mesma atenção aos demais círculos concêntricos previstos no § 1º do art. 231 da Constituição (ACO 312 QO/BA, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ 27.10.2006)**, que constituem balizas essenciais para que seja atendida de forma adequada a decisão constituinte – que adotou a concepção de “terras tradicionalmente ocupadas”, em detrimento do antigo conceito da “posse imemorial”. (Pág. 8) – grifei.

Portanto, mesmo não tendo sustado os efeitos da Lei 14.701/2023, o Decano reconhece que há elementos que evidenciam sua inconstitucionalidade. No mínimo, a decisão é contraditória no ponto.

3.2. Dos itens 2 e 5 do dispositivo da Decisão

Dispõe a decisão em seu item 2:

2. Determino, ainda, a intimação de todos os autores das ações de controle concentrado de constitucionalidade ora apreciadas, bem ainda dos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo, além da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República para que, **no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem propostas no contexto de uma nova abordagem do litígio constitucional discutido nas ações ora apreciadas, mediante a utilização de meios consensuais de solução de litígios.**

Solicita-se, desde logo, **o apoio do Núcleo de Solução Consensual de Conflitos – NUSOL** para a condução das audiências em auxílio aos trabalhos dos mediadores/conciliadores a serem nomeados oportunamente.

A decisão **não indica sobre qual o objeto que deverá versar as propostas a serem apresentadas pelos autores**. Além disso, **foram reunidas em um mesmo litígio ações cujos pedidos e causas de pedir são distintos, em especial a ADO 86**, que pede o reconhecimento da omissão da regulamentação do § 6º do art. 231 da Constituição, no tocante ao “relevante interesse público da União”. Sobre o dispositivo em questão, a Lei 14.701/23 sequer menciona o “interesse público”. Ademais, para regulamentação do que há de ser definido como interesse público é exigida a promulgação de Lei Complementar, e não Lei Ordinária.

O Ministro determina a constituição de uma Comissão Especial para cuidar do assunto, com os seguintes indicadores e objetivos:



(...) entendo que o atual estágio normativo-legislativo também torna adequada a criação de uma Comissão Especial, à qual caberá, entre outras atribuições a serem definidas posteriormente: (i) apresentar propostas de solução para o impasse político-jurídico em todas as ações de controle concentrado, sob minha relatoria, sem prejuízo de abarcarem outras demandas em curso nesta Corte, após aquiescência dos respectivos relatores; (ii) propor aperfeiçoamentos legislativos para a Lei 14.701/2023, sem prejuízo de outras medidas legislativas que se fizerem necessárias, voltados à superação do impasse e novo diálogo institucional. (Pág. 15-16)

O aperfeiçoamento da Lei 14.701/2023, proposto pelo Ministro é, *data vênia*, contraditório com o que decidiu a Corte no Tema 1.031. Representaria, ainda, um retrocesso caso se admita rediscutir o marco temporal – que foi devidamente superado quando do julgamento do RE 1.017.365.

Vencida, nesta primeira parte, a discussão acerca das ações de controle de constitucionalidade e da decisão liminar proferida, passaremos a tratar, na segunda parte da Nota, dos limites constitucionais às tratativas e da proteção constitucional dos direitos indígenas.

B. SEGUNDA PARTE:

4. DA IMPOSSIBILIDADE DE AUTOCOMPOSIÇÃO SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS - ART. 334, § 4º, INC. II, CPC E DO ART. 3º DA LEI Nº 13.140/2015 C/C ART. 231, § 4º e 6º DA CF.

Como visto no objeto das ações de controle concentrado, acima discriminadas, a maioria delas não comporta conciliação porque vai de encontro ao que previsto no art. 231 da Constituição. Ou, se comporta em parte ou em algumas de suas variáveis, dever-se-ia excluir o conjunto do escopo negociável os direitos indisponíveis dos povos indígenas – a exemplo do que a Suprema Corte já resolveu no Tema 1.031 (RE 1.017.365).

Inicialmente, é de cogitar de imediato que sequer seja elucubrada a negociação sobre questões que impactem o direito cultural, costumeiro, linguístico, social e, especialmente, direito territorial dos povos indígenas. Sobraria, por óbvio, pouca coisa a se analisar



enquanto passível de negociação. Mas esse exercício é extremamente necessário, sob pena de inocuidade nas negociações, acaso elas avancem.

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses instituída pela Resolução nº 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça, tendo como referência o art. 334 do NCPC, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), oferece mecanismos de solução de controvérsias judiciais, como a mediação e a conciliação. Entretanto, tais mecanismos não se aplicam a todos e quaisquer casos, indistintamente. Há condições, inadvertidamente, a serem observadas antes de ser levado a efeito o mecanismo de solução consensual.

A primeira condição é o preenchimento dos requisitos essenciais da petição inicial. A segunda, é não se tratar de direito indisponível, como são as garantias individuais e coletivas dos povos indígenas e as terras por eles ocupadas.

Com essas razões, nos parece, *prima facie*, que as questões postas em debate nas ações de controle de constitucionalidade não permitem transações, seja pelos limites fixados pela própria Constituição Federal, seja pelas condições exigidas pelo Código de Processo Civil para viabilizar o uso de tal instituto. Os direitos em jogo, postos amplamente à discussão conciliatória, como visto acima, são indisponíveis, inalienáveis e inatingíveis pela prescrição. Não há, até então, um recorte ou uma sistemática para esse debate, o que torna, nesse momento, por indisposição ou indefinição do objeto, impossível as tratativas.

Sobre as condições de autocomposição, cabe ressaltar o quanto disposto no art. 3º da Lei 13.140/2015:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

(...)

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

E também o § 4º do art. 334, do NCPC:

§ 4º A audiência não será realizada:



I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

Nesse sentido, a Constituição Federal, promulgada em 1988, nos termos do que previsto no *caput* e no §4º do art. 231 são claros sobre a indisponibilidade dos direitos indígenas. Trata-se, a rigor, de direitos fundamentais, reconhecidos pelo STF no RE 1.017.365 (Tema 1031) como verdadeiras cláusulas pétreas:

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.**

Certo de que a Constituição não permite a transação sobre terras de ocupação tradicional ou sobre direitos e garantias individuais de povos indígenas, que por serem direitos fundamentais estão protegidos sobre o manto da indisponibilidade. No caso das terras a previsão constitucional é expressa, como visto acima, no § 4º do art. 231. Além de ser imprescritível e inalienável esse direito é originário – anterior a qualquer outro.

Da mesma forma, por exemplo, o interesse público da União não pode, em nenhuma hipótese, atingir o direito indisponível indígena. Nesse sentido, não resta quase que absolutamente nada a negociar, nem mesmo a exploração comercial das terras indígenas, já que o usufruto é exclusivo e, portanto, um direito fundamental indisponível.

O Ministro Edson Fachin, na ACO 1.100, em 2019, abriu a possibilidade de conciliação entre as diversas partes que integram aquela ação. Embora não tenha sido possível um acordo, o que chamou a atenção foi a especificação inicial do objeto da conciliação, sendo desde logo decotado o limite constitucional para a negociação, fazendo constar tão somente para o debate conciliatório, os direitos disponíveis.

Firma o Ministro Edson Fachin:

3. Em análise do feito, depreendo que, a despeito de existirem temáticas de direito indisponível, mostra-se plausível apontar que, em alguma medida, questões de natureza disponível e, portanto, passíveis de serem conciliadas ao menos em parte, exsurtem da presente demanda, a possibilitar, à luz do novo ordenamento processual civil, o questionamento às partes acerca de eventual interesse na realização de audiência de conciliação e diálogo, a ser instalada nesta Corte, antes do julgamento de mérito do feito (decisão datada de 13.11.2017).

Em outra decisão, de 16 de abril de 2019, dando sequência a possíveis tratativas, o Ministro Edson Fachin definiu por disponíveis e negociáveis os seguintes direitos:

- 1) Sem qualquer prejuízo de direitos indisponíveis e legítimas aspirações processuais, a hipotética possibilidade de realização de acordo entre as partes, mediante o **pagamento de indenização** nos termos do pedido sucessivo apresentado na petição inicial;
- 2) Sem qualquer prejuízo de direitos indisponíveis e legítimas aspirações processuais, a hipotética possibilidade de **reassentamento dos pequenos agricultores, nos termos do artigo 4º do Decreto no 1.776/1995**, bem como se existe área já disponível e perspectiva cronológica;
- 3) Possibilidade de **efetivação de ações conjuntas entre Estado e comunidade indígena para ocupação de área localizada em unidade de conservação**, como a Reserva Biológica do Sassafrás;

Outro aspecto relevante a se considerar sobre a conciliação em matéria indígena é a **imprescindibilidade da manifestação da vontade e interesse da comunidade indígena**. Vejamos decisão recente do Min. Edson Fachin no RE 1.017.365 proferida em 1º de fevereiro de 2023:

Também porque, de acordo com hermenêutica que se depreende do artigo 232 da Constituição da República e da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em se tratando de Tema referente à definição do estatuto jurídico-constitucional da posse indígena, **não é possível instaurar um procedimento conciliatório à revelia da vontade da Comunidade Indígena que terá, ao final do processo, a definição acerca do exercício do direito de ocupação das terras envolvidas no feito.**

(...)

Na hipótese em tela, as questões que neste Tribunal serão solvidas pela repercussão geral envolvem não apenas a questão dominial relativa às terras, o que, para além do envolvimento dos entes federativos, **conclama a**



participação dos povos indígenas que habitam o território nacional, ou de suas entidades representativas, sem a qual, nos termos dos já mencionados artigo 232 da Constituição da República e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, tentativa conciliatória não seria válida.

Ademais, e mais importante, ressalto que o artigo 231, §4º da Constituição da República consigna os direitos fundamentais territoriais indígenas como direitos indisponíveis.

Outra questão importante trazida no mesmo *decisum*, se refere a necessidade de especificação do objeto a que se refere a conciliação. Ou seja, sem objeto definido, inviável o uso das vias conciliatórias:

3. Ressalto, por fim, que mesmo almejando a suspensão do feito para tentativa de conciliação, **o IMA não apresentou proposta específica dos pontos em relação aos quais busca a realização de acordo, a fim de que se pudesse aferir, desde logo, a presença de eventuais direitos passíveis de autocomposição. Ausente nele se depreende qualquer indicador concreto de compromisso institucional nesse sentido.**

A aludida decisão ressalta o conceito jurídico de compromisso significativo no âmbito da jurisdição constitucional. Não basta a menção ao interesse na conciliação, mas há de ser demonstrado o engajamento efetivo do Poder Público, dos legítimos interessados e da sociedade constitucional para a resolução do problema. Sobre o tema colacionamos trecho da mesma decisão:

4. Ademais, é oportuno neste caso e diante do pedido formulado, lembrar aqui a pertinência do conceito jurídico de compromisso significativo no âmbito da jurisdição constitucional, ainda que expressamente não tenha sido manejado nos autos até o momento.

Há, a propósito, a conhecida experiência de alguns casos paradigmáticos julgados pela Corte Constitucional da África do Sul, e ali se desenvolveu às largas o instituto do compromisso significativo (*meaningful engagement*).

O genuíno sentido de tal noção requer o engajamento efetivo do Poder Público, das partes, dos legítimos interessados e da própria sociedade constitucional para a resolução de um dado problema. Esse exercício, quando possível e diante de direitos fundamentais e de situações passíveis de autocomposição, levado a efeito no direito constitucional comparado, diz respeito a casos que envolveram o direito à moradia e a discussão sobre despejos numa sociedade ainda marcada



pelas múltiplas violências do regime brutal de segregação racial e espacial conhecido como *apartheid*.

O instituto ora mencionado, portador, sem dúvida de variabilidades, limites e possibilidades que emergem da própria expressão conceitual de meaningful engagement, deve respeitar e fomentar a realização dos direitos fundamentais e da democracia. Assim intentou fazê-lo a Corte sul-africana em cinco casos: Grootboom, Port Elizabeth, Olivia Road, Mamba e Joe Slovo I e II. Os limites, as deficiências e as dificuldades lá enfrentadas decorreram da ausência de compromissos significativos e efetivos por parte do Poder Público.

Essas e outras questões precisam ser levadas em consideração quando uma parte interessada deduz pedido para solução dialógicas construtivas e para que o compromisso significativo seja utilizado, quando cabível, e com um mínimo de êxito, no Brasil. O campo próprio é o do controle concentrado de constitucionalidade e em processos conhecidos como estruturais, situação diversa, ao menos em parte, da presente, ao menos tal como posta no pedido ora sob exame.

A matéria não é nova e há literatura jurídica relevante sobre o tema, a exemplo: (...)

Nada obstante a fecundidade de tais precedentes frutos da experiência de jurisdicional constitucional que tem similitudes com a brasileira, bem como sem embargo da construção doutrinária relevante, no exterior e no Brasil, o caso presente, como posto pelo pedido ora examinado, não encontra espaço significativo para avançar, ao menos por ora, nessa direção².

Nesse sentido, caso venham a ocorrer as tratativas, entende-se como passível de negociação e acordo, aqueles direitos que não estejam protegidos pela indisponibilidade, a exemplo das indenizações, reassentamento de agricultores que se enquadrem como clientela da reforma agrária, prazo para desocupação do território, reflorestamento, uso de áreas de proteção especial em parceria com os órgãos federais ambientais, etc. Mas nunca limites territoriais, conceitos constitucionais derivados do art. 231 da Carta de 1988 ou sobre sistemas sociais e culturais, sistemas de crenças e ritos, línguas, tradições, usos e costumes, entre outros aspectos da realidade situacional de cada povo indígena que são direitos fundamentais indisponíveis.

² Rel. Min. Edson Fachin, RE 1017365, proferida em 1º de fevereiro de 2023.

Do mesmo modo, o Ministro Gilmar Mendes, no MS 26.853, em decisão datada de 14 de dezembro de 2021, que discutia sobre a validade da demarcação da terra indígena Apyterewa, do Povo Parakanã, também asseverou sobre a **inviabilidade constitucional** de acordos que envolvam direitos indisponíveis indígenas. Vejamos:

Tenho prestigiado essa perspectiva em processos sob minha relatoria, inclusive aqueles de índole objetiva, em que sequer há uma lide instaurada na acepção tradicional. Na ADO 25-QO, por exemplo, relevante e antigo conflito federativo foi solucionado de forma amigável, após negociações conduzidas no âmbito deste Tribunal. O acórdão homologatório foi assim ementado:

(...)

Nada obstante essas considerações, que sempre devem permear o olhar do magistrado por força mesmo do art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil, **é necessário reconhecer que o acordo não será sempre viável, seja em virtude de vedações legais**, seja por obstáculos fáticos.

Basta observar que, em regra³, **direitos indisponíveis não podem ser alcançados por solução consensual que implique renúncia ou limitação ao seu exercício** (grifei).

E segue o Ministro Decano:

É dizer, a terra tradicionalmente indígena não está integralmente à disposição dos interesses em disputa para materialização da transação. **A demarcação observa critérios legais e constitucionais, ancorados em laudos antropológicos, razão pela qual não pode ser desconstituída por simples ato de vontade do Estado, muito menos das comunidades indígenas e não indígenas** (grifei).

Nesse sentido, ainda, é a ementa do julgado no Tema 1.031 (RE 1.017.365) que firmou que o direito dos povos indígenas é indisponível por serem verdadeiras cláusulas pétreas:

4. Ao reconhecer aos indígenas “**sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**”, o artigo 231 tutela aos povos indígenas **direitos fundamentais**, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, **consistir em cláusulas pétreas, anteparo em face de maiorias**

³ Grifado do Relator.



eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso (Tema 1031, DJe 15.02.2014, Rel. Min. Edson Fachin).

Ademais, resta avaliar se há direito disponível passível de negociação no escopo das ações de controle concentrado que podem abrigar proposta conciliatória, dado que o direito territorial e os direitos individuais dos povos indígenas, essencialmente, não se poderia pôr à negociação, como visto acima.

5. DAS ELEMENTARES DO ART. 231. §§ 3º E 6º. RECURSOS HÍDRICOS E POTENCIAIS ENERGÉTICOS. DA PROTEÇÃO MÁXIMA AOS DIREITOS E GARANTIAS DOS POVOS INDÍGENAS. ART. 231, CAPUTE § 1º, CF. PESQUISA E LAVRA DE RIQUEZAS MINERAIS. RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO DA UNIÃO.

Importante a análise do que é possível de transação sobre a previsão do art. 231 da Constituição Federal para, depois, à luz das possíveis tratativas a serem instauradas na Suprema Corte no âmbito da ADC 87, ADI 7582, ADI 7583, ADI 7586 e ADO 86, todas de relatoria do Min. Gilmar Mendes, termos mais claro os limites de uma reunião negocial sobre essa temática constitucional.

Já vimos no tópico anterior que é indisponível o direito sobre as terras de ocupação tradicional, as quais é de dever da União a sua demarcação, fiscalização e proteção. Também vimos a proteção dada pela Constituição Federal ao direito cultural, social, linguístico, costumeiro dos povos, que por se tratarem de direitos individuais estão salvaguardados pela indisponibilidade. Constatamos que poderia sim ser possível de negociação prazos para desintrusão, indenização das benfeitorias (art. 231, § 6º da CF) e indenização de valor equivalente ao da terra nua (acórdão Tema 1.031 e art. 37, § 6º da CF), bem como reassentamento de não-indígenas afetados pela demarcação que se enquadrem como clientela da reforma agrária (art. 4º do Dec. 1775/96 e art. 186 da CF). Ainda verificamos que é passível de negociação o uso, administração e aproveitamento de áreas de preservação ambiental sobrepostas sobre terras indígenas, como são as Florestas Nacionais, Unidades



de Conservação, Parques Nacionais – mas sem que isso implique em restrição ao usufruto, por ser este um direito indisponível e indispensável aos indígenas.

Estes elementos, no entanto, são objeto das três ações diretas de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade acima apontadas. Por isso mesmo, elas deveriam ser excluídas da mesa de negociação. Ou, se não, tais centralidades que são indisponíveis, acima apontadas, sequer poderiam ser usadas como substrato para as tratativas.

Embora a Lei 14.701/2023 elenque elementos de exploração de riquezas naturais sobre territórios indígenas, ela não se encaixa na previsão do art. 231 §§ 3º e 6º. Estamos a falar de uma Lei Ordinária, aquela aprovada pelo Congresso e promulgada em 28 de dezembro de 2023, mas não de uma Lei Complementar. Ainda, como veremos adiante, nem mesmo por Lei Complementar é possível a regulamentação da exploração das terras indígenas por terceiros.

Vejamos da previsão constitucional:

§ 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**.

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

Primeiro, é importante destacar que há uma contradição constitucional quando se abre a discutir exploração por particulares sobre terras indígenas, já que essa natureza econômica é naturalmente vedada pelo art. 231, §§ 2º, 3º, 4º e 6º da Constituição. Não é uma contradição do texto, mas de interpretação, caso não estejamos atentos.

Explicamos.

O art. 231 da Carta de 1988, no seu § 3º, abre a possibilidade de aproveitamento hídrico e minerário sobre as terras indígenas, com as seguintes condições: 1) aprovação ‘caso a caso’ pelo Congresso Nacional; 2) ouvidas as comunidades indígenas – incluindo aí a previsão da Convenção 169 da OIT sobre consulta livre, prévia, informada e de boa-fé com direito de veto; 3) aproveitamento racional dos recursos a partir de estudos técnicos antecedentes; 4) aproveitamento dos lucros pelas comunidades indígenas; 5) aprovação de uma Lei Complementar sobre a matéria a partir da relação direta do § 3º com o § 6º do art. 231.

Contudo, o § 2º, do art. 231 da Carta de 1988 firma que o usufruto é exclusivo dos indígenas. Isso porque, acaso preenchidos todos os requisitos do § 3º, do art. 231 ou mesmo do seu § 6º, ainda assim há a limitação pela exclusividade do usufruto. Portanto, não comporta a nossa Constituição, o ingresso de particulares em terras indígenas para exploração de riquezas naturais.

Por outro lado, o mesmo art. 231, no seu § 6º, permite a possibilidade de Lei Complementar para regulamentar o interesse público da União, a permitir a legalidade do domínio e da posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, diante da existência de relevante interesse público da União. Mas o que seria relevante interesse público da União que não atinja frontalmente os direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas? O que poderia ser conceituado como relevante interesse público da União que não viole direitos indisponíveis? É possível transigir sobre conceito de relevante interesse público da União?

Aparentemente, seria possível desdobrar em elementos mensuráveis para negociação de acordo com a previsão dos §§ 3º e 6º do art. 231 da Constituição, mas resta importante evidenciar as limitações para que não haja violação constitucional – territorial, ambiental, social e cultural dos povos indígenas (*caput* e §1º do art. 231) –, ante as possibilidades negociais.



Vejamos agora como é a previsão do art. 231 em relação ao usufruto exclusivo, associado ao que previsto em relação aos direitos indisponíveis:

§ 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.**

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

Embora seja passível de regulamentação o relevante interesse público da União, ela não pode se sobrepor à indisponibilidade das terras indígenas e das riquezas naturais nelas existentes, ademais de o usufruto ser exclusivo das populações indígenas. Não pode sobrepor também, ou colocar em risco, os direitos e garantias individuais dos povos indígenas.

Então, veja-se que embora seja possível, por Lei Complementar, a regulamentação da exploração das terras indígenas, na prática ela não pode ocorrer justamente porque, embora se permita a regulamentação dos §§ 3º e 6º, **o texto da Constituição não permite a regulamentação do § 4º do art. 231.** Ou seja, é possível regulamentar a exploração dos minérios e dos potenciais energéticos, **mas essa regulamentação fica inviabilizada pelo instituto da indisponibilidade das terras originárias que é impassível de regulamentação** – somente seria possível, em tese, por meio de uma Emenda à Constituição. É de se afirmar que não há aí nenhuma contradição no texto, mas a existência de uma norma de Direitos Humanos de máxima efetividade.

Com efeito, há de se conferir eficácia máxima ao conteúdo do art. 231 da Constituição, em especial quanto à proteção dos elementos essenciais previstos no “caput” e no § 1º do mesmo artigo:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, **as utilizadas para suas atividades produtivas, as**



imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (Grifos nossos)

Nesse sentido, qualquer iniciativa que coloque em risco os direitos e garantias individuais dos povos indígenas ou que venham a impactar no seu modo de vida, estará afrontando direitos que são indisponíveis, sendo, portanto, inconstitucionais e inaceitáveis.

Ademais, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, associado sem conflitualidade com o usufruto exclusivo dos indígenas às suas terras de ocupação tradicional e a sua indisponibilidade, temos a seguinte previsão:

Artigo 26. 1. **Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem** e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. **Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem** em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. **Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos.** Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

Portanto, as riquezas dos rios, dos lagos e do solo, são de usufruto exclusivo dos povos indígenas. Nesse ponto, estamos a falar também de direito indisponível, nos termos do § 4º, do art. 231. São direitos inalienáveis e imprescritíveis e, também, indisponíveis para qualquer finalidade que não seja a utilização de acordo com os usos e costumes de cada Povo, de cada comunidade. Ainda, esse direito indisponível sequer pode ser regulamentado por Lei Complementar.

6. RELEVANTE INTERESSE PÚBLICO. DIREITOS INDISPONÍVEIS/FUNDAMENTAIS. DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO.

Certo de que relevante interesse público da União não se confunde com interesses privados e interesses escusos. Esse conceito está umbilicalmente relacionado com a



efetivação de direitos fundamentais e benefícios para toda a coletividade. Ainda, ele não pode se confundir com o aproveitamento das riquezas naturais que porventura existentes em território indígena.

A Carta de 1988 não definiu relevante interesse público em nenhum momento. No ensinamento de Salomão Ismail Filho, “[a] Constituição do Brasil de 1988 não estabelece um conceito a respeito, preferindo apenas mencionar, genericamente, o multicitado interesse público⁴”.

E segue Salamão:

Nesse passo, de maneira singela, poderíamos dizer que, **de interesse público**, serão as **ações administrativas voltadas para os objetivos fundamentais** do Estado, os quais se revelam por meio da **concretização dos direitos fundamentais e da observância dos princípios constitucionais** (grifei).

Portanto, não se poderia arrebatar um direito humano, fundamental, para ali estabelecer outro, mesmo que fosse essa a questão – que em verdade não é. Então, abrir as terras indígenas para a exploração minerária e exploração de potenciais energéticos, com um argumento de benefício para toda a coletividade, não se justifica. Isso porque, os prejuízos ambientais, sociais, culturais, à economia e ao modo de vida indígena seria desastroso. Além de que, para isso, teria de trocar um direito fundamental por outro – e aqui estamos a falar de um direito indisponível, imutável o dos indígenas.

Salomão (2016) ainda sugere que

É importante destacar, outrossim, que a noção de interesse público está relacionada com a satisfação de necessidades pelos destinatários do referido interesse (população). Dentro de tal contexto, Jean Rivero apresenta o interesse público como um interesse geral, destinado a satisfazer as necessidades da comunidade e dos indivíduos individualmente considerados (RIVERO, 1981, p. 14-15).

⁴ ISMAIL FILHO, Salomão; uma definição de interesse público e a priorização de direitos fundamentais. CONJUR, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-28/mp-debate-interesse-publico-priorizacao-direitos-fundamentais/>



Ao projetar o interesse público relevante para a esfera de direitos fundamentais das populações indígenas, as possibilidades métricas previstas na Constituição são quase nenhuma. Até porque, terras indígenas, proteção ambiental, proteção dos sistemas culturais dos indígenas, de suas línguas, crenças e tradições, usos e costumes, são o maior e mais relevante interesse público da União. Ainda, nenhuma margem há de flexibilização do usufruto exclusivo do § 2º, associado à indisponibilidade do direito à terra, esta prevista no § 4º, para que seja possível a exploração das áreas de ocupação tradicional.

Salomão Ismael Filho (2016) ainda encerra dizendo:

Por isso, aqui tratamos de **um interesse público que encontra fundamento em uma ética de atuação governamental extraída a partir da observância de princípios previstos na Magna Carta e de uma permanente busca de concretizar a ideia de dignidade humana, a partir dos direitos fundamentais**, estando vinculados a isso tanto a atividade administrativa (de caráter ordinário, gestão do aparato governamental, como a atividade de governo (**atividade decisória e politicamente responsável**) – grifei.

Ante esse cenário de impossibilidade de superação dos mais variados direitos fundamentais dos povos indígenas e do meio ambiente equilibrado, como um epicentro de relevantes interesses públicos, não haveria de ter outro relevante interesse público da União a superar tamanho arcabouço de direitos fundamentais – direitos indisponíveis, imprescritíveis e inalienáveis (art. 231, § 4º).

Para José Sérgio da Silva Cristóvam⁵,

A ideia de “supremacia do interesse público”, alçada à condição de verdadeiro axioma do moderno Direito Público, acabou por ser entronado no posto máximo e inapelável de justificação de toda a atividade administrativa. Como um “verdadeiro mantra de legitimação da atividade administrativa”, **o argumento da supremacia do interesse público a tudo explica e tudo justifica, inclusive escamoteando toda sorte de arbitrariedades, autoritarismos e ofensas aos princípios constitucionais** (mormente a impessoalidade e a moralidade administrativa). **Tudo passou a ser “legitimado” a partir de uma retórica frouxa e órfã de racionalidade**, o que não escapou à percuciente

⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**. REVISTA DA ESMESC, v. 20, n. 26, 2013.



crítica do constitucionalista Lenio Luiz STRECK, para quem o interesse público traduz-se atualmente em uma “expressão que sofre de intensa ‘anemia significativa’, nela ‘cabendo qualquer coisa’” (grifei).

Então, além do plano da estrita legalidade, há o ambiente da eticidade e da moralidade. **Não se poderia imaginar em suprimir direitos fundamentais dos povos indígenas para atender a interesses privados ou até mesmo interesses escusos.** Mesmo que fossem interesses essencialmente públicos os que estivessem em jogo, não teria lugar o aproveitamento dos recursos naturais (mesmo que fosse possível fazê-lo de forma racional), porque a exploração e os benefícios seriam insuficientes para superar os direitos fundamentais, os direitos humanos, direitos sociais e culturais e o direito ao meio ambiente equilibrado.

Outro aspecto importante, é o do meio ambiente equilibrado como relevante interesse público da União, associado, sempre, à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar do povos indígenas, necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do art. 225 c/c art. 231, §§ 2º e 4º, da CF. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas firma o seguinte – o que está completamente de acordo com o que previsto no nosso texto constitucional:

Artigo 29. 1. Os povos indígenas têm direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos. Os Estados deverão estabelecer e executar programas de assistência aos povos indígenas **para assegurar essa conservação e proteção, sem qualquer discriminação.**

2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir que não se armazenem, nem se eliminem materiais perigosos nas terras ou territórios dos povos indígenas, sem seu consentimento livre, prévio e informado.

Além dos demais elementos que persistem em impedir retrocessos numa possível conceituação de relevante interesse público, o meio ambiente equilibrado é fator preponderante para que não haja a predação comercial dos territórios indígenas. É um elemento de risco que não se poderia em tempo algum admitir. Além de que, é mais um



fator que repele que relevante interesse público da União seja conceituado para permitir a exploração comercial de terras indígenas.

Cristóvam (2013), ao discursar sobre a utilização do interesse público para benefícios escusos, ensina que:

Na literatura jurídica nacional pós-abertura constitucional, coube ao jusfilósofo José Eduardo FARIA uma das primeiras análises críticas acerca da noção de interesse público, já atento à inafastável problemática dos recorrentes conflitos entre legítimos interesses contrapostos (públicos e privados), traço comum em uma Constituição aberta e pluralista como a nossa. Denunciando o caráter excessivamente vago e genérico do conceito de “interesse público”, **FARIA o descreve como “um conceito quase mítico, cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos da vida pública, acaba sendo analiticamente pobre”** (FARIA, 1992, p. 173) – grifei.

Quanto a tratativas em busca de acordos, afora a impossibilidade de negociação sobre direitos indisponíveis/fundamentais dos povos indígenas, chegar a um denominador comum com setores econômicos tão severos e predadores, seria absolutamente impossível – ademais de todos os impedimentos constitucionais.

Por fim, o § 6º, analisado em conjunto com os §§ 2º e 4º do art. 231 da Constituição Federal, não permite a regularização, para particulares, de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes sob o escopo de preservar o interesse público da União. Isso porque, o interesse público não se presta a privilegiar interesses que não sejam aqueles dos próprios Povos Indígenas e, em última instância, caso muito necessário, o interesse essencialmente da União. Jamais pode servir ao interesse privado.

7. DIPLOMAS INTERNACIONAIS. *JUS COGENS*. OBRIGAÇÃO VINCULATIVA DO BRASIL À LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

A Carta Política do Brasil, no seu art. 231 assegura aos Povos Indígenas uma série de direitos fundamentais que são intransponíveis por ação do constituinte reformador, pois



são indisponíveis e, portanto, não são passíveis de mudança negocial, legislativa ou por meio de decisão judicial. Ainda, essa legislação constitucional está umbilicalmente ligada aos direitos humanos de formação internacional.

Antes, contudo, de adentrar nos tratados internacionais, é importante registrarmos que os direitos e garantias expressos na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, segundo dispõe o § 2º do art. 5º da CF.

Essa proteção estrangeira, associada à legislação constitucional doméstica amplia o leque de direitos fundamentais dos povos indígenas – embora alguns diplomas não foram internalizados no rito do art. 5º, § 3º, da CF/88, mas, por tratarem sobre Direitos Humanos, e o Brasil ser parte dos organismos internacionais de onde emanaram tais Diplomas, são recepcionados como norma *Jus cogens*.

Para Catherine Maia e Rafael Clemente Oliveira do Prado, as Declarações das Nações Unidas e Americana sobre direitos dos Povos Indígenas são vinculantes e possuem caráter de norma fundamental e, por isso mesmo, autoaplicáveis internamente. Nesse sentido é a lição dos autores:

Ora, os direitos reconhecidos por declarações podem transcender a falta de força obrigatória do seu suporte formal, criando uma prática geral aceite como juridicamente vinculativa, ou seja, passando a converter-se em direitos consuetudinários. **Isso, a *fortiori* quando tais direitos protegem interesses comuns do gênero humano considerados como fundamentais e dotados de caráter *juris cogentis*.**

A esse respeito, é interessante notar que o ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, criou preceitos constitucionais sobre a matéria, **devido à necessidade de salvaguardar os direitos dos povos indígenas. Em vista a garantir ao nível hierárquico mais alto do Direito Interno os direitos dos povos indígenas**, tais direitos estão reconhecidos na Constituição Federal do Brasil de 1988, atualmente vigente, em seus artigos 231 e 232⁶ (grifei).

⁶ MAIA, Catherine e PRADO, Rafael Clemente Oliveira do. **AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL: ESPECIAL REFERÊNCIA AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS**



A origem do *jus cogens*, segundo Emerson Garcia (2017), está relacionado às “teorias naturalistas, apesar das variações que apresentam, principiando pelo seu alicerce metafísico de sustentação, relacionado a “cosmovisões” (teológica, racionalista, humanística, do estado de natureza etc.) “e de que as normas jurídicas preexistem à atividade do intérprete”. **Elas são “apenas conhecidas, não criadas.** Independem de qualquer ato de vontade, já que ofertadas por um referencial superior, sendo, portanto, espontâneas”. Por isso mesmo o direito indígena é declarado, anterior a qualquer outro, e não um direito constituído – o que se sustenta na tese do indigenato⁷, mais uma vez reforçada pelo STF no julgamento do Tema 1.031.

Portanto, quando a Suprema Corte sustenta no seu julgado que prevalece a teoria do indigenato e que o direito indígena é declarado, nos termos da doutrina de João Mendes Júnior (1912)⁸ e de José Afonso da Silva (2007), estamos remontando às origens do *jus cogens* e sua formatação como a conhecemos hoje. Esse direito pré-existente, é um direito natural, um direito humano, fundamental. Não sem razão a Suprema Corte o firmar como verdadeira cláusula pétrea da Constituição.

E seguem Catherine Maia e Rafael Clemente Oliveira do Prado com sua lição sobre *jus cogens* e a essência dos Direitos Humanos regulamentados por Declarações Internacionais:

O argumento decisivo, em verdade, é a necessidade, já referida, de o caráter imperativo das normas ser reconhecido pela comunidade internacional. Esse reconhecimento, por sua vez, **exige que o *jus cogens* decorra de uma fonte do direito internacional.**

A análise do art. 53 do Tratado de Viena permite concluir que ao *jus cogens* foram atribuídos contornos eminentemente subjetivos, já que deve existir o seu reconhecimento pelos Estados. Essa conclusão, aliás, não é afetada pelo fato de a norma *jus cogentis* somente poder ser modificada por outra da “mesma

HUMANOS E AO DIREITO BRASILEIRO. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://recil.ulusofona.pt/server/api/core/bitstreams/3741b64d-deaa-4792-831d-fd72a122e3b1/contente>.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular.** Malheiros Editores Ltda., 1ª ed., São Paulo, 2007

⁸ JÚNIOR, João Mendes. **Os Indígenas do Brasil, seus direitos individuais e Políticos.** (Ed. Fac. Similar) Typ. Hennies Irmãos, São Paulo, 1912.



natureza”. Afinal, a preocupação, aqui, não é com a essência da norma, mas tão somente com o seu processo de surgimento. Apesar disso, não se pode atrair para o *jus cogens* um voluntarismo que não parece se ajustar aos seus objetivos. **O reconhecimento exigido não é necessariamente expresso, mas, sim, implícito e presumido.** Decorre da constante preocupação da comunidade internacional com a preservação de certos interesses, o que termina por atribuir um colorido objetivo ao *jus cogens*, que tende a receber grandes influxos do direito costumeiro⁹.

De acordo com Antônio Celso Alves Pereira (2017), os Estados Nacionais têm obrigação vinculante em relação à legislação internacional sobre Direitos Humanos. Nesse sentido, as Convenções e Declarações de Direitos Humanos vinculam o Brasil, independentemente da sua internalização formal nos ritos previstos na sua Constituição. No caso do Brasil, as Convenções Americana e das Nações Unidas sobre Povos Indígenas são naturalmente parte da legislação doméstica e, por isso mesmo, autoaplicáveis.

Por outro lado, da análise do Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados fica bastante claro que as obrigações decorrentes da violação de uma norma de *jus cogens*, por afetar a sociedade internacional em seu conjunto, configuram obrigações *erga omnes*, que se definem como a obrigação internacional que vincula um Estado em relação a todos os outros Estados, que, por sua vez, estão vinculados pela mesma norma e se encontram na mesma situação jurídica. São obrigações relativas aos interesses comuns da comunidade internacional. O reconhecimento das obrigações *erga omnes* por todos os sujeitos do Direito Internacional funciona como garantia do interesse público internacional¹⁰.

Para Antônio Augusto Cançado Trindade (2000)¹¹, que foi Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o “propósito deve residir em definitivo no desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das normas peremptórias do Direito

⁹ GARCIA, Emerson. **Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro n° 64, abr./jun. 2017.

¹⁰ Pereira, A. C. A. (2017). **As normas de jus cogens e os direitos humanos**. Revista Interdisciplinar Do Direito - Faculdade De Direito De Valença, 6(1). Recuperado de <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/11>.

¹¹ TRINDADE, ANTÔNIO Augusto Cançado. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro, Editora Renovar, volume I, 2000, pág. 795.



Internacional (*jus cogens*) e das correspondentes obrigações *erga omnes* de proteção do ser humano”.

No caso do Brasil, a Suprema Corte, mesmo que sem observância direta, vem aplicando a norma *jus cogens* nas suas decisões. Reconheceu o indigenato e o direito indígena à terra como um direito declarado. Contudo, mesmo que as Cortes Nacionais assim não entendam e mesmo que as Constituições dos países não regulamentem determinado Direito Humano, as Cortes Internacionais compreendem que essa cláusula universal possui natureza vinculativa e eficácia *erga omnes*.

Podemos, ao utilizar de Antônio Celso Alves Pereira (2017), trazer alguns casos que as Cortes Internacionais têm aplicado o *jus cogens* para condenar os Estados-Membros – inclusive o caso em que o Brasil foi condenado pelo assassinato de Ximenes Lopes:

Sob o aspecto jurisprudencial, podemos apontar algumas decisões da Corte Internacional de Justiça exaradas com base em princípios de *jus cogens*. No caso Barcelona Traction (Segunda Fase, 1970) a Corte Internacional de Justiça concluiu que as obrigações de um Estado para com outro Estado são distintas das obrigações para a comunidade internacional como um todo. “Tais obrigações”, asseverou a Corte Internacional de Justiça, “derivam, no Direito Internacional contemporâneo, da proibição, por exemplo, de atos de agressão e genocídio, como também dos princípios e regras que dizem respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive a proteção contra a escravatura e discriminação racial”.³³ Da mesma forma, em outros importantes julgados a Corte Internacional de Justiça refere-se ao *jus cogens* em casos, por exemplo, como os relativos ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã (Sentença de 1980), às atividades militares e para-militares na Nicarágua (Sentença de 27 de junho de 1986), à aplicação da convenção sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio (Sentença de 1993), e no caso Etiópia e Libéria versus África do Sul (Sentença de 1998). Nessa mesma linha, ver a Sentença de 19 de novembro de 1999, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Villagrán Morales e outros, muito especialmente o voto concorrente conjunto dos Juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e A. Abreu Burelli, e, entre outros casos julgados pela Corte Interamericana, os Casos La Cantuta Vs. Peru, Bairros Alves Vs. Peru, Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, **Ximenes Lopes Vs. Brasil** e as Opiniões Consultivas números 17 – Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança e 18 - Condição Jurídica dos Imigrantes



Indocumentados, entre outros julgados e opiniões consultivas. Neste mesmo contexto, ver os Pareceres nº 1 e 9, de 29 de novembro de 1991 e 4 de julho de 1992, respectivamente, da Comissão de Arbitragem da Conferência de Paz para a Iugoslávia (PEREIRA, 2017, fls. 39-40) (grifei).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 27, firma que “[n]os Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estatui que em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência (art. 1º, 1). E assevera ainda que:

Art. 1º. 3. Os Estados Partes do Presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

Ambos institutos de Direito Internacional acima citados são autoaplicáveis e os Estados-Membros se obrigam à cláusula *jus cogens*. São normas internacionais de Direitos Humanos, assim como as que abaixo analisaremos mais a fundo.

Desse modo, nos tópicos seguintes serão analisados três dos mais importantes diplomas internacionais sobre direitos dos Povos Indígenas, que possuem cláusula *jus cogens*, a saber: 1) Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; 2) Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas; e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

7.1. DA DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas não foi internalizada pelo Brasil, mas é regida por cláusula *jus cogens* e, por isso mesmo, é vinculante



e reflete muito bem o risco de conflito normativo, acaso a Suprema Corte permita, em sede negocial, avanços predatórios sobre direitos indisponíveis dos Povos Indígenas do Brasil.

O Documento, aprovado na 107ª Sessão Plenária, em 13 de setembro de 2007¹², elenca uma série de direitos dos povos originários, que estão imediatamente relacionados, sem conflitualidade, com o texto da nossa Constituição Federal de 1988. Na Declaração, há a garantia da autodeterminação, autonomia, direito à terra e ao território, direito ao meio ambiente equilibrado e, ainda, direito de consulta livre, prévia, informada e de boa fé e um conjunto de direitos e garantias culturais – assim como já previsto na Convenção 169 da OIT.

No seu art. 3º, a Declaração da Nações Unidas orienta que “[o]s povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”, de acordo com seus usos, costumes e tradições (art. 231, caput).

No art. 20, item 1, art. 23 e 24 temos o seguinte sobre o tema:

Artigo 20 1. Os povos indígenas têm o direito de manter e desenvolver seus sistemas ou instituições políticas, econômicas e sociais, **de que lhes seja assegurado o desfrute de seus próprios meios de subsistência e desenvolvimento e de dedicar-se livremente a todas as suas atividades econômicas**, tradicionais e de outro tipo.

Artigo 23. **Os povos indígenas têm o direito de determinar e elaborar prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento.** Em especial, os povos indígenas têm o direito de participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições.

Artigo 32 1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos.

¹² Acesso em 14.05.2014, no seguinte endereço eletrônico: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf



Veja-se, então, que os povos indígenas têm direitos regulados em Documentos Internacionais para desenvolverem suas atividades econômicas e utilizarem suas terras e recursos naturais, de acordo com os seus próprios sistemas culturais. Isso reforça a obrigação do Estado do Brasil de consultar os indígenas sobre medidas administrativas e legislativas, bem como, face a sua autodeterminação e autonomia, deixar que os próprios Povos usufruam livremente de seus territórios e das riquezas naturais existentes. E isso está em completa conformidade com o que previsto na nossa Carta Política de 1988.

O exercício, pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, no uso de suas atribuições enquanto movimento indígena, representante de Povos de todas as regiões do Brasil, de se utilizar de sua autonomia e autodeterminação, propôs ação de inconstitucionalidade em face da Lei 14.701/23. Essa lei busca a exploração das terras indígenas e o movimento indígena disse não diante da Suprema Corte por meio da ADI 7.582. Isso demonstra que os indígenas não querem a exploração de suas terras, nem por eles e nem por terceiros. Se quisessem, seriam eles os autores da ADO 86, e não um partido político que representa interesses assimétricos.

No art. 4º da Declaração da ONU temos ainda o seguinte: **“[o]s povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno** nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, **assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas”**.

Em relação à consulta livre, prévia, informada e de boa fé, temos a seguinte previsão:

Art. 18. Os povos indígenas têm o direito de participar da tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos, assim como de manter e desenvolver suas próprias instituições de tomada de decisões.

Artigo 19. **Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado** antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

(...)



2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado **antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios** e outros recursos, **particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos** ou de outro tipo.

Não é razoável sobrepor direitos indígenas por meio de medidas legislativas, como ocorreu com a promulgação da Lei 14.701/23 ou mesmo promover tratativas conciliatórias sobre direitos indisponíveis. Primeiro, porque é inconstitucional e, depois, porque é inconveniente. Nem a legislação constitucional doméstica, e muito menos a legislação internacional de Direitos Humanos permite tamanha elasticidade jurídica.

E veja como o art. 45 da Declaração das Nações Unidas firma sobre sua interpretação: “[n]ada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de reduzir ou suprimir os direitos que os povos indígenas têm na atualidade ou possam adquirir no futuro”.

Para Catherine Maia e Rafael Clemente Oliveira do Prado¹³

Além das declarações, outras iniciativas vieram fortalecer o arsenal protetor dos direitos dos povos indígenas no âmbito internacional, em vista a enfrentar os problemas referentes à discriminação, à disputa de terras e ao reconhecimento da especificidade cultural dos povos indígenas, bem como a questão da autodeterminação dos povos indígenas que é tema central da agenda internacional.

Portanto, seja por meio de decisão judicial, seja por meio de tratativas com objetivos diversos dos quais definidos em Documentos Internacionais e na Constituição de 1988, nenhuma cláusula pode reduzir ou suprimir direitos existentes no presente ou no futuro, o que reforça a previsão dos direitos fundamentais dos povos indígenas serem indisponíveis.

¹³ Sobre o debate acerca dos direitos indígenas no plano internacional, vide mais em: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/https://recil.ulusofona.pt/server/api/core/bitstreams/3741b64d-deaa-4792-831d-fd72a122e3b1/content>.



7.2. DA DECLARAÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada na Terceira Sessão Plenária, realizada em 15 de junho de 2016, pela Organização dos Estados Americanos e traz um conjunto de elementos que, associados ao texto da nossa Constituição, expande os direitos dos Povos Indígenas do Brasil para uma condição essencialmente de indisponibilidade jurídica, mas também de cláusulas intransponíveis, impassíveis de modificação por lei, por decisão judicial, por acordos ou negociações.

Vejamos alguns dos seus principais institutos, os quais qualificam o direito à terra e ao território; direito de autodeterminação e autonomia; direito de consulta livre, prévia, informada e de boa-fé; direitos essencialmente ambientais; direitos culturais; e direito aos bens, recursos naturais e riquezas potencialmente existentes em suas terras:

Artigo III. Os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude desse direito, definem livremente sua condição política e **buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.**

Artigo VI. Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos. Nesse sentido, os **Estados reconhecem e respeitam** o direito dos povos indígenas à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas e idiomas; **e a suas terras, territórios e recursos.** Os Estados promoverão, com a participação plena e efetiva dos povos indígenas, a coexistência harmônica dos direitos e sistemas dos grupos populacionais e culturas.

Inicialmente, é possível perceber a garantia de autodeterminação e autonomia gerencial dos indígenas em relação aos seus sistemas, em especial sobre o direito territorial e às riquezas naturais existentes nos seus respectivos territórios.

E segue:

Artigo XIX. 1. Os povos indígenas têm direito a viver em harmonia com a natureza e a um meio ambiente sadio, seguro e sustentável, condições essenciais para o pleno gozo do direito à vida, a sua espiritualidade e cosmovisão



e ao bem-estar coletivo. (...) 4. **Os povos indígenas têm direito à conservação e proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos (...).**

Artigo XXI. 1. **Os povos indígenas, no exercício de seu direito à livre determinação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno** nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, bem como a dispor de meios para financiar suas funções autônomas. 2. **Os povos indígenas têm direito a manter e desenvolver suas próprias instituições indígenas de decisão. Têm também direito de participar da tomada de decisões nas questões que afetam seus direitos (...).**

Quanto ao direito de participar dos espaços de decisão, direito ao território e as riquezas naturais existentes, bem como direito à diferença – crenças, usos e costumes, línguas, tradições, etc –, nenhum conflito existe com o direito doméstico. Podemos afirmar que o Documento Americano, assim como a Declaração das Nações Unidas para Povos Indígenas, que são verdadeiras cláusulas *jus cogens*, redobra os cuidados em relação aos direitos internos já previstos e obriga os Estados Nacionais a darem a devida garantia de efetivação do que internamente previsto.

Nas lições de Emerson Garcia (2017),

Ao imporem obrigações erga omnes, as normas *jus cogens* inserem no plano da ilicitude a conduta dos Estados que venham a violá-los. Na medida em que a sedimentação dos direitos humanos parece ser uma diretriz indissociável do direito internacional público contemporâneo, é evidente que o grande número de tratados internacionais afetos a essa temática dá origem ao delineamento de um largo alicerce consuetudinário, o que, em rigor lógico, terminaria por atribuir natureza *jus cogens* à maior parte das normas afetas aos direitos humanos. Apesar da coerência dessa afirmação, o que se nota é que os mecanismos de controle existentes no plano internacional produzem efeitos diversos conforme estejamos perante violações isoladas ou perante violações massivas ao *jus cogens*.

Do mesmo modo que o Documento das Nações Unidas, a Declaração Americana em comento obriga o Estado do Brasil a consultar os indígenas sobre medidas legislativas e administrativas que tenham o potencial de causar algum impacto na comunidade – lembrando que a Lei 14.701/2023 foi promulgada sem a consulta, o que aumenta a sua inconstitucionalidade e inconveniência:



Artigo XXIII. (...) 2. **Os Estados realizarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas** interessados por meio de suas instituições representativas **antes** de adotar e aplicar medidas legislativas ou administrativas que os afetem, **a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado.**

Artigo XXIX (...) 4. **Os Estados realizarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas** interessados por meio de suas próprias instituições representativas **a fim de obter seu consentimento livre e fundamentado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos**, especialmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

Em relação às terras e aos recursos naturais, a Declaração Americana firma o seguinte:

Artigo XXV. 1. Os povos indígenas têm direito a manter e fortalecer sua própria relação espiritual, cultural e material **com suas terras, territórios e recursos**, e a assumir suas responsabilidades para conservá-los para eles mesmos e para as gerações vindouras. 2. **Os povos indígenas têm direito às terras e territórios bem como aos recursos que tradicionalmente tenham ocupado**, utilizado ou adquirido, ou de que tenham sido proprietários. 3. **Os povos indígenas têm direito à posse, utilização, desenvolvimento e controle das terras, territórios e recursos de que sejam proprietários, em razão da propriedade tradicional ou outro tipo tradicional de ocupação ou utilização**, bem como àqueles que tenham adquirido de outra forma. 4. **Os Estados assegurarão o reconhecimento e a proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos.** Esse reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de posse da terra dos povos indígenas de que se trate. 5. **Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das modalidades e formas diversas e particulares de propriedade, posse ou domínio de suas terras, territórios e recursos**, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado e os instrumentos internacionais pertinentes. Os Estados estabelecerão os regimes especiais apropriados para esse reconhecimento e sua efetiva demarcação ou titulação.

Portanto, na atualidade, é demasiado perigoso socialmente, arriscado economicamente e desastroso ambientalmente explorar as terras indígenas. Ainda, é juridicamente desnecessário e desmedido. Por fim, a cláusula *jus cogentis*, que imediatamente



ligada aos indígenas e sua cosmovisão, autoaplicável e vinculante, garante máxima efetividade aos direitos dos indígenas.

7.3 DA CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

Do mesmo modo que os Documentos Internacionais das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, é a previsão da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre os direitos dos Povos Indígenas. A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, que culminou na aprovação do Documento foi convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho e ocorreu em 7 de junho de 1989, em sua septuagésima sexta sessão. Esse Diploma foi internalizado no Brasil por meio de Decreto Legislativo em 2004¹⁴.

Muito associado ao que a nossa Carta de 1988 prevê, a Convenção 169 da OIT detalha direitos e garantias indispensáveis aos povos originários do Brasil. Assegura direito à terra e ao território; garante direito de autodeterminação e autonomia; direito de consulta livre, prévia, informada e de boa-fé; e permite aos indígenas, nos termos da legislação nacional, sobreviverem de acordo com seus usos e costumes e ter protegidos o meio ambiente e seus recursos naturais.

Vejamos sobre a definição do público-alvo do Documento:

Art. 1º. 1. A presente convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

¹⁴ DECRETO Nº 10.088, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2019 - Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.



b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

E segue discriminando a obrigação dos Estados Nacionais acerca dos direitos dos povos indígenas, em especial o direito à integridade cultural e ao meio ambiente:

Art. 2º. 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, **uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.**

Artigo 4º 1. **Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente** dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais **não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.**

E a Convenção 169 segue a definir o direito de participação e de consulta aos povos indígenas, toda a vez que por um meio direto ou indireto, medidas administrativas ou legislativa possam afetar suas comunidades:

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.

Artigo 7º I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, **e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural.** Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

(...)

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam

Há uma sincronia jurídica entre os Documentos Internacionais aqui analisados e o texto constitucional do Brasil. Os direitos mais elementares dos Povos Indígenas estão devidamente assegurados e não há nenhuma possibilidade de ruptura – porque são direitos humanos, direitos fundamentais, verdadeiras cláusulas pétreas. Por isso mesmo não se há que falar em negociação de direito indisponível e muito menos dissolver o elo constitucional por meio de uma possível conceituação de relevante interesse público da União.

Com relação às terras e aos recursos naturais, os direitos dos Povos Indígenas, segundo a Convenção 169 da OIT, são os seguintes:

Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, **os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios,** ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 15. 1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses



direitos abrangem **o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.** 2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Os artigos 13 e 15 da C. 169 da OIT conseguem nos dar uma dimensão especialmente importante. Além do dever que o Estado tem em consultar os povos interessados, essa consulta não pode ser terceirizada. Ela é de responsabilidade do Estado. Ainda, ela visa a proteger as terras de ocupação tradicional e os recursos naturais e ambientes existentes nos territórios.

O estudo de potenciais minerais e energéticos em terras indígenas devem passar, antes de mais nada, por um processo de consulta. A Lei Complementar que porventura venha a regulamentar o art. 231, nos seus §§ 3º e 6º da Constituição, em algum tempo, tem que passar pelo processo de consulta. E ela só vai ocorrer após a objetiva demonstração de interesse das comunidades indígenas – interesse das comunidades que não se confunde com interesse de particulares.

E, por fim, é importante destacar que a interpretação do direito internacional deve seguir a previsão do art. 35 da C. 169 da OIT:

Artigo 35. A aplicação das disposições da presente Convenção **não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos povos interessados** em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis, laudos, costumes ou acordos nacionais.

Nesse sentido, no que não houver alinhamento estreito entre a nossa Constituição e o Direito Internacional, **aplica-se o mais vantajoso aos povos indígenas.**



Rememorando que a Constituição Federal brasileira reconhece os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais, nos termos do § 2º do art. 5º da CF.

Daí que, ao replicar o que subtraído da análise da Declaração Americana e da Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas, bem como da própria Convenção 169 da OIT, em consonância com a previsão dos arts. 231 e 232 e o § 2º do art. 5º da nossa Constituição, é possível afirmar que não há margem para erradicação de direitos territoriais já previstos ou para a exploração das terras tradicionais por particulares.

8. DA ‘TEORIA DO DUPLO CONTROLE’ E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. MÁXIMA EFETIVIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS

Depois de analisado o direito constitucional interno e três diplomas internacionais sobre populações indígenas, vamos à análise da teoria do duplo controle e a proteção dos direitos humanos.

Em primeiro plano, segundo André de Carvalho Ramos, a “interpretação dos direitos humanos é, acima de tudo, um mecanismo de concretização desses direitos”. Por isso mesmo, “[t]ratar em abstrato dos direitos humanos transcritos nas Constituições e nos tratados internacionais é conhecê-los apenas parcialmente: somente após a interpretação pelos Tribunais Superiores e pelos órgãos internacionais é que a delimitação final do alcance e sentido de um determinado direito ocorrerá”¹⁵.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: ORIGEM, CONCEITO E DESDOBRAMENTOS**. Acessado em 16.05.204. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://escola.mpu.mp.br/plataforma-aprender/acervo-educacional/conteudo/direitos-humanos-tratados-internacionais-e-o-controle-de-convencionalidade-na-pratica-do-sistema-de-justica-brasileiro/Aula5controledconvencionalidadeorigemconceitoed.pdf>.



A Suprema Corte, no julgamento do Tema 1.031 da repercussão geral em setembro de 2023, declarou inconstitucionais as teses que conflitavam com o texto da nossa Carta Política. Na mesma esteira do que decidiu o STF, há farta jurisprudência internacional.

Nesse sentido, vejamos da contribuição sobre o tema apresentado pelo *amicus curiae* Conectas Direitos Humanos em manifestação apresentada no RE 1017365, para tratar da inconstitucionalidade e inconveniência da Lei 14.701/23:

21. Também sobre os demais aspectos relacionados à importância da terra para os povos indígenas, os quais foram totalmente aniquilados pela Lei nº 14.701/23, há farta jurisprudência da Corte IDH indicando seu completo equívoco. Veja-se o que restou decidido pela Corte IDH acerca do devido processo legal nos mecanismos de garantia e promoção dos direitos sobre os territórios indígenas:

Corte IDH. Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014. Série C No. 284

Do mesmo modo, a jurisprudência deste Tribunal salientou, em outros casos, que os povos indígenas e tribais têm direito a que existam mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propriedade territorial possam ser conduzidos. Os procedimentos mencionados devem cumprir as regras do devido processo legal consagradas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana. 5

22. Quanto ao direito à propriedade comunal pelos povos indígenas e tribais, assim já se manifestou a Corte IDH:

Corte IDH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C No. 79

Através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, levando em consideração as normas de interpretação aplicáveis e, conforme o artigo 29.b da Convenção - que proíbe uma interpretação restritiva dos direitos, esta Corte considera que o artigo 21 da Convenção protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal, a qual também está reconhecida na



Constituição Política da Nicarágua. Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas precisões a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

O direito consuetudinário dos povos indígenas deve ser levado especialmente em consideração, para os efeitos de que se trata. Como produto do costume, a posse da terra deveria bastar para que as comunidades indígenas que careçam de um título real sobre a propriedade da terra obtenham o reconhecimento oficial desta propriedade e o conseqüente registro. 6

23. No que concerne ao uso dos recursos naturais, destacamos os seguintes julgados da Corte IDH: Corte IDH.

Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C No. 245

O artigo 21 da Convenção Americana protege a estreita vinculação que os povos indígenas possuem com suas terras, bem como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e os elementos incorpóreos que deles emanam. Entre os povos indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que sua posse não se centra num indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Essas noções de domínio e da posse das terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma forma de usar os bens e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção dessa disposição para milhões de pessoas. (Em sentido similar, ver, entre outros: Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014, par. 111; Caso Comunidade Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros Vs. Honduras. Mérito, Reparações e



Custas. Sentença de 8 de outubro de 2015, par. 100; Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2015, par. 129.) Para determinar a existência da relação dos povos e comunidades indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu: i) que ela pode expressar-se de diferentes maneiras, de acordo com o povo indígena em questão e as circunstâncias concretas em que se encontre; e ii) que a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão dessa relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, por meio dos laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; formas tradicionais de subsistência, como caça, pesca, ou colheita sazonal ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes ou outros elementos característicos de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da comunidade não se vejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais.

No presente caso, a Corte constata que não está em dúvida a propriedade comunal do Povo Sarayaku sobre seu território, cuja posse exerce de forma ancestral e imemorial, como foi expressamente reconhecido pelo Estado na adjudicação, realizada em 12 de maio de 1992 [...]. Sem prejuízo do exposto, além do que se salientou na parte dos fatos [...], a Corte considera pertinente destacar o profundo laço cultural, imaterial e espiritual que a comunidade mantém com seu território, para compreender, de maneira mais plena, os danos provocados no presente caso.

Portanto, aqui já há manifestação da Suprema Corte e também da Corte Interamericana (CIDH) no sentido de interpretar e dar efetividade aos Direitos Humanos dos Povos Indígenas. O grande problema, mais recentemente criado, foi a promulgação, pelo Congresso Nacional, de Lei que conflita com decisão do STF, com a Constituição Federal de 1988, com a legislação Internacional de Direitos Humanos e com as decisões das Cortes Internacionais.

Ainda, em matéria de Direitos Humanos o julgador não estaria livre a decidir de forma divergente à efetivação do direito previsto. Para Ramos, o julgador deve seguir as seguintes orientações:

Aplicada à seara dos direitos humanos, a reserva de consistência em sentido amplo exige que a interpretação seja: 1) transparente e sincera, evitando a adoção de uma decisão prévia e o uso da retórica da “dignidade humana” como mera

forma de justificação da decisão já tomada; 2) abrangente e plural, não excluindo nenhum dado empírico ou saberes não jurídicos, tornando útil a participação de terceiros, como *amici curiae*; 3) consistente em sentido estrito, mostrando que os resultados práticos da decisão são compatíveis com os dados empíricos apreciados e com o texto normativo original; 4) coerente, podendo ser aplicada a outros temas similares, evitando as contradições que levam à insegurança jurídica (RAMOS, pg 03).

O que há, então, é a busca pela máxima efetividade da norma e a primazia da norma mais favorável ao indivíduo, e o julgador estaria adstrito a uma interpretação que não implique em esvaziamento da norma fundamental – no caso dos indígenas, seria a primazia da norma mais favorável à comunidade ou à coletividade.

Ainda segundo André de Carvalho Ramos, “o critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito do seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão”. Por isso mesmo ela estaria associada ao princípio da proibição do retrocesso. E segue o autor:

A máxima efetividade dos direitos humanos conduz à aplicabilidade integral desses direitos, uma vez que todos seus comandos são vinculantes. Também implica a aplicabilidade direta, pela qual os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados internacionais podem incidir diretamente nos casos concretos. Finalmente, a máxima efetividade conduz à aplicabilidade imediata, que prevê que os direitos humanos incidem nos casos concretos, sem qualquer lapso temporal (RAMOS, pg. 04) – grifei.

No caso concreto, estamos a falar da Lei 14.701/2023 que estabeleceu regulamentação para o art. 231 da nossa Constituição ao constituir a tese do marco temporal como critério para demarcação de terras indígenas, sem que sequer fossem consultados os povos indígenas. Essa Lei implica em conflito hermenêutico com Diplomas Internacionais de Direitos Humanos, a exemplo da C. 169 da OIT (1987), a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos do Povos Indígenas (2007) e também conflita com a Declaração Americana sobre Direitos dos Povos Indígenas (2016), entre outros, que possuem cláusula *jus cogentis*.

Além da Lei do marco temporal ser elemento de conflito hermenêutico com Diplomas Internacionais, a decisão que vier a dispor de mecanismos de solução consensual



com risco de retrocesso em relação aos direitos humanos, não passa pelo crivo do controle de convencionalidade e da máxima efetividade da norma constitucional dos Direitos Humanos. A menos que não sejam objeto de negociação, esses direitos fundamentais.

Isso significa que a Lei é inconstitucional e é também inconvençãoal. Na medida em que internamente ela já conflita com o texto da Constituição, ela deve ser de pronto afastada por prematura ausência de efetividade. Do mesmo modo, ante a análise dos Diplomas Internacionais acima retratados, tanto a Lei 14.701/2023, quando as negociações que orbitam sobre ela infirmam a máxima efetividade da norma, implicam em risco ao princípio da proibição do retrocesso e não superam o crivo do controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

A Lei e as tratativas em busca de acordo são de pronto inconstitucionais e inconvençãoais, com a mais devida vênua a quem entende diferente. Isso porque, qualquer resultado que se possa alcançar, subtraindo a máxima efetividade da norma do art. 231 e do art. 232 da Constituição e dos Diplomas Internacionais (direito à terra e ao território, direito ao meio ambiente equilibrado e aos recursos naturais existentes, direito ao usufruto exclusivo, direito aos sistemas culturais, etc), e que impliquem em retrocesso em matéria de Direitos Humanos, é inconstitucional e inconvençãoal.

Nesse campo de disputa interpretativa entre direito doméstico e direito internacional se encontra também a teoria do duplo controle. Embora não seja o caso de conflito entre a nossa Constituição e as Normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, mas é conflito entre a Lei 14.701/2023, seus possíveis desdobramentos e a norma Fundamental de Direitos Humanos.

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli, “[a] produção do direito e o duplo limite vertical material”, seria de que “[a] produção do direito doméstico (...) passa agora a ter de respeitar um duplo limite vertical material”, qual seja, o respeito às normas constitucionais (expressas



e implícitas) e aos tratados internacionais (sobretudo de direitos humanos) ratificados e em vigor no Brasil¹⁶.

A teoria foi implementada na Suprema Corte a partir de voto do Ministro Celso de Melo, no HC nº 87.585/TO. Vejamos como propôs o Ministro:

“Proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico – grifei. (STF, HC n.º 87.585/TO, Tribunal Pleno, voto do Min. Celso de Mello, j. 03.12.2008, fl. 341).

A nossa doutrina, assim como o avanço jurisprudencial coloca as normas internas diante de duplo controle. Notadamente, os direitos humanos são imediatamente colocados numa situação preferencial e não podem se submeter a retrocessos e nem a pouca efetividade normativa. Por isso mesmo da necessidade de que as normas de direito doméstico possam passar pelo duplo controle.

E segue Mazzuoli:

Portanto, a partir do voto do ministro Celso de Mello no HC 87.585/TO, veio à luz, no Brasil, **a hoje em voga “teoria do duplo controle” de ordem jurídica,** com o reconhecimento da natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito interno, somado à necessidade de submissão de todas as normas internas a duplo crivo de controle normativo: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade¹⁷.

Nesse sentido, tanto o marco temporal e as suas teses suplementares, bem como a proibição de reestudo científico de limites de terras já demarcadas e a flexibilização do usufruto exclusivo das áreas de ocupação tradicional, ancorados na Lei 14.701/2023,

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A ‘teoria do duplo controle’ e a proteção dos direitos humanos. Conjur, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-09/a-teoria-do-duplo-controle-e-a-protecao-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 16.05.2024.

¹⁷ Vide mais em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-09/a-teoria-do-duplo-controle-e-a-protecao-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 16.05.2024.



estariam em desacordo com a Constituição e com Diplomas Internacionais de Direitos Humanos. Por isso mesmo inconstitucionais as referidas teses normativas já positivadas, mas também notadamente inconventionais.

Por fim, para Ramos, “[c]om a teoria do duplo controle valoriza-se o controle de convencionalidade internacional e ainda evita-se a guerra judicial entre a mais Alta Corte brasileira e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” (RAMOS, pg. 19).

9. ARTIGOS 231 E 232 DA CF/88 - CLÁUSULAS PÉTREAS. LEI 14.701/2023. CONCILIAÇÃO. AFRONTA AO ART. 60, §4º DA CF/88. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO – INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE.

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 indígena¹⁸, também protegido por legislação internacional de Direitos Humanos. Por isso mesmo, a Lei 14.701/2023, bem como tentativas conciliatórias que coloquem em risco a máxima efetividade da norma fundamental, é mais que inconstitucional, é inconventional.

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

Art. 60 (...)

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

IV – **os direitos e garantias individuais.** (g. n.)

Segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, as Cláusulas Pétreas traduzem:

“a vontade da Assembleia Constituinte de retirar do poder constituinte reformador – parlamentares que compõem as sucessivas legislaturas – a

¹⁸ Embora se aplique aos índios os direitos fundamentais previstos na Constituição, o estatuto jurídico da causa indígena, contidos nos artigos 231 e 232, carrega em si mesmos todos os direitos previstos na Magna Carta. Isso em função do reconhecimento da organização social, que abrange o direito oral, consuetudinário dos povos originários, bem como seus sistemas de justiça.



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**¹⁹. (g. n.)

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 93.915 a Corte assentou que o princípio da anterioridade tributária, apesar de sediado no art. 150, III, "b", da Carta - logo, fora do catálogo de direitos fundamentais -, também está abrangido pelo limite material ao poder de reforma previsto no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição²⁰.

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, 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 3º²¹ (g.n.).

O que considera Sarmiento é que o direito à terra e ao território aos povos indígenas, 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

¹⁹ Vide mais em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87921-cnj-servico-o-que-sao-as-clausulas-petreas>. Acessado em 27.08.2019.

²⁰ Daniel Sarmiento in Nota Técnica sobre a constitucionalidade da PEC 215/2000.

²¹ Idem.



internacional, o que limita também decisões judiciais que impliquem em reducionismo hermenêutico ou afetação negativa do princípio da proibição do retrocesso.

Nessa 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 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).

Todos os elementos do direito indígena que conformam o Capítulo VIII da CF/88, do Título VIII, são direitos individuais indígenas, em certo plano; mas, vão muito além, diante da cosmovisão dos Povos, por serem direitos indisponíveis manejados no plano da coletividade, considerando a relação multicultural e pluriétnica dos indígenas e por isso mesmo são cláusulas pétreas, como já decidiu esta Egrégia Corte no Tema 1.031.

Resta evidente que dentro da Carta Política de 1988 estão contidos outros 305 sistemas de justiça indígena²², que também são protegidos expressamente pela Carta Maior, e que garante aos indígenas poderem sobreviver de acordo com seu modo de vida, transformando a sociedade brasileira **numa coletividade multiétnica e pluricultural**,

²² Segundo o senso do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, temos no Brasil 305 Povos Indígenas, falantes de 274 diferentes línguas.



conformando na sociedade indígena, direitos fundamentais orais e consuetudinários, que não são suprimíveis e nunca poderão ser, sob pena de genocídio.

Então, justamente pelo fato de a nossa Constituição reconhecer a organização social dos povos indígenas, distingue que nos artigos 231 e 232 estão justapostos direitos individuais e coletivos, protegidos pela imutabilidade do art. 60, §4º, inc. IV, e, que, portanto, são cláusulas pétreas. Mais. Com o reconhecimento dos sistemas indígenas pelo art. 231, *caput*, seja de seu sistema econômico, cultural, de crenças e admiração de mitos, línguas e tradições, usos e costumes, seja do seu sistema de justiça, fez valer a ideia de que são 305 diferentes ordenamentos jurídicos, de direito consuetudinário, oral e costumeiro, **que carregam ali, de forma não escrita, a inamovibilidade.**

Tanto o direito cultural, como o direito territorial, daí material e imaterial dos Povos, que perfazem um conjunto cosmológico contínuo e universal, estão sistematizados em direito escrito, presente na Carta Magna; **mas estão edificados também na mundividência e cosmovisão indígena (direito não escrito).** Esse direito à diferença, edificado no “Capítulo Dos Índios”, garante a existência de direitos imutáveis que não estão escritos, mas são orais, costumeiros e, também por isso, são cláusulas pétreas, manejados cotidianamente pelos indígenas, subsumidos no art. 231 da Magna Carta e ligados, como “unha e carne”²³, ao seu território de ocupação tradicional.

Nessa mesma linha é a posição de Sarmiento na Nota Técnica sobre a inconstitucionalidade da PEC 215/2000, que pretendia extirpar direitos indígenas presentes no art. 231 da CF/88²⁴. Senão vejamos:

No item anterior, demonstrou-se que o direito contido no art. 231 da Constituição Federal configura cláusula pétrea. Porém, como já ressaltado, nem toda reforma constitucional que modifique dispositivo protegido por limitação ao poder reformador deve ser **considerada inconstitucional.** Como

²³ Termos utilizado pelo Ministro Ayres Brito por ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol.

²⁴ Tinha como objetivo institucionalizar a tese do marco temporal por meio de Emenda à Constituição (PEC 215/2000). Contudo, o projeto perdeu força em função da defesa intransigente das populações indígenas quanto ao direito territorial reconhecido pelo Constituinte Originário.



vem entendendo o STF, é preciso que a mudança comprometa gravemente os valores ou bens jurídicos tutelados para que a inconstitucionalidade se caracterize. **É exatamente o que ocorre neste caso, pois a PEC 215, se aprovada, desnaturaria o direito fundamental previsto no art. 231 da Constituição, criando gravíssimo embaraço para a sua fruição**²⁵. (g.n.)

No julgamento do Tema 1031 de Repercussão Geral, ocorrido em setembro de 2023, assim definiu a Corte Constitucional do Brasil:

4. Ao reconhecer aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, **o artigo 231 tutela aos povos indígenas direitos fundamentais, com as consequentes garantias inerentes à sua proteção, quais sejam, consistir em cláusulas pétreas**, anteparo em face de maiorias eventuais, interpretação extensiva e vedação ao retrocesso.

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 e inconveniente, **pois que protegidos, referidos institutos de Direitos Humanos, pela barreira da imutabilidade do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF/88 e pelo princípio da proibição do retrocesso. Ainda, protegidos pela garantia da máxima efetividade das normas constitucionais.**

10. CONCLUSÃO

a. Da inconstitucionalidade da Lei 14.701/2023

Ante o exposto, é de afirmar que a Lei 14.701/2023, nos termos da jurisprudência da Suprema Corte, nasce com presunção de inconstitucionalidade²⁶, sendo a matéria já vencida, anteriormente à promulgação da Lei, no âmbito do RE 1.017.365 (Tema 1031).

²⁵ 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.

²⁶ Vide mais em: (ADI 5105, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01-10-2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15- 03-2016 PUBLIC 16-03-2016.



A Advocacia Geral da União tem como obrigação a revogação do Parecer 001/2017 ou sua substituição por novo Parecer Vinculante para inutilizar a Lei 14.701/2023 por presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade e usar como único parâmetro balizador para os processos demarcatórios, o que decidido no Tema 1.031 pelo STF, mantido inalterado o Decreto 1.775/1996, por ter sido declarado por mais de uma vez como constitucional pelo STF²⁷.

Tanto os incidentes de controle concreto, como as ações de controle abstrato que cuidam da discussão da inconstitucionalidade da lei 14.701/2023, são suficientes para demonstrar a necessidade de deferimento de medida liminar para sustar todos os seus efeitos, bem como desobrigar o poder executivo da sua aplicação, caso não seja declarada imediatamente e de pleno a sua inconstitucionalidade.

b. Das Negociações no STF

Ainda, a conclusão não é outra senão a completa impossibilidade de negociação e acordo sobre direitos indisponíveis previstos no art. 231 da Constituição Federal de 1988, a exemplo de limites de territórios tradicionais, direitos socioculturais, ambientais, bem como o usufruto exclusivo das terras indígenas, também por serem normas *jus cogens*, e conceitos vinculados à norma fundamental.

Caso as negociações avancem no STF, o objeto das tratativas e a metodologia devem ser imediatamente explicitadas, bem como devem ser observados os parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal no art. 231 e no § 4º do art. 334 do Código de Processo Civil sobre direitos indisponíveis.

²⁷ Vide mais em: (RMS 34.563, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgamento em 25/05/2018). No mesmo sentido: MS 34.250, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 05/10/2020; RMS 27.255, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 24/11/2015; MS 31.100, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 13/08/2014; RMS 26.212, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 03/05/2011; MS 24045, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgamento em 28/04/2005.



c. Do relevante interesse público da União

Quanto ao relevante interesse público da União e a possibilidade de sua regulamentação, há limitação material e formal em relação à sua constituição e conceituação. Essa definição não pode sobrepor a direitos indisponíveis dos Povos Indígenas, a exemplo de limites de territórios tradicionais, direitos socioculturais, ambientais, bem como o usufruto exclusivo das terras indígenas (Art. 231, “*caput*” e § 1º, CF).

De outra banda, há ângulo constitucional para a regulamentação do relevante interesse público da União, nos termos dos §§ 3º e 6º do art. 231 da Constituição. No entanto, a nosso ver, não se trata de uma obrigação do Congresso Nacional, muito menos de uma omissão legislativa, mas de uma discricionariedade política do legislativo nacional, que o fará se e quando melhor lhe aprouver e dentro dos limites definidos pela Constituição Federal.

Contudo, por encontrar óbice jurídico no instituto do usufruto exclusivo dos indígenas (§2, art. 231), bem como por ser indisponível o território indígena (§4º, art. 231), o aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas não podem ser efetivadas por meio de Lei Complementar, mesmo que efetivada a consulta livre, prévia, informada e de boa-fé às comunidades interessadas e atendidos os demais requisitos constitucionais, por completa impossibilidade de regulamentação do §4º do art. 231.

e. O Decreto 1775/1996

A Suprema Corte por mais de uma vez já declarou constitucional o Decreto 1775/1996, sendo desnecessário sua revogação ou alteração. Tanto é verdade, que as indenizações em valor equivalente ao da terra nua a particulares, acordadas pelo STF como possíveis, devem tramitar por fora do Decreto e em procedimento apartado.



A AGU tem obrigação na organização procedimental das indenizações, nos termos do que decidiu o STF no Tema 1.031, sem que com isso, seja alterado ou confrontado o Decreto 1775/1996.

f. Aquisição de terras de ocupação tradicional

Não é permitida a compensação de terras de ocupação tradicional por áreas suplementares, sendo também inadmissível a diminuição de seus limites. Tão somente na completa impossibilidade de demarcação da totalidade da área é que se abre margem para compensação para evitar prejuízo aos Povos Indígenas. Neste caso, se trataria de uma absoluta exceção.

g. Direito Humanos e máxima efetividade. Duplo controle vertical material

Não se admite ineficácia de direito fundamental e risco de retrocesso em matéria de Direitos Humanos. Tampouco se pode estabelecer mutação legislativa de cláusulas pétreas. A norma deve ser justaposta ao controle de constitucionalidade e de convencionalidade para que seja materialmente eficaz.

Os direitos dos Povos Indígenas exigem a máxima efetividade normativo-constitucional, sob risco de conflito hermenêutico entre Tribunais Pátrios e Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Ainda, são direitos pré-existentes e naturais, consubstanciados na regra *jus cogens* do direito internacional.

Por fim, aplica-se a norma mais favorável ou benéfica aos Povos Indígenas, quando houver qualquer conflito entre direito doméstico e normas internacionais.

Brasília/DF, 11 de junho de 2024.

Conselho Indigenista Missionário
Secretariado Nacional

Assessoria Jurídica do Conselho Indigenista
Missionário - Secretariado Nacional