



DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

Setor Bancário Norte, Quadra 01, Bloco F, Edifício Palácio da Agricultura - Bairro Asa Norte - CEP 70040-908 - Brasília - DF - www.dpu.def.br
Sede da Defensoria Pública da União

NOTA TÉCNICA Nº 11 - DPGU/SGAI DPGU/GTI DPGU

Em 25 de maio de 2023.

Ementa: Projeto de Lei 490/2007 sobre demarcação de terras indígenas. Vício formal de inconvenção por ausência de consulta prévia dos povos indígenas. Art. 6º, Convenção OIT 169. Direitos indígenas: direitos fundamentais. Cláusulas pétreas. Vedação do retrocesso. Inconstitucionalidades: marco temporal para a identificação de terras indígenas, indenizações de invasões, proibição de ampliação de terras indígenas já demarcadas, possibilidade de expropriação das terras indígenas por "alteração dos traços culturais", limitação de usufruto da terra e de seus recursos ao mesmo tempo que permite sejam objeto de negociação com terceiros, contato forçado com povos isolados. Inconvenções: imprescindibilidade de consulta prévia, obrigação de garantir que não haja discriminação fundada em origem e identidade indígena, necessidade de adoção de medidas preventivas e corretivas necessárias para a plena e efetiva proteção dos direitos indígenas. Precedentes do STF. Sugestão de rejeição do PL 490/07, especialmente do substitutivo do Dep. Arthur Maia. Reconhecimento da nulidade do procedimento por violação ao direito à consulta livre, prévia e informada. Saneamento com a devolução à Comissão da Amazônia e dos Povos Originários e Tradicionais (CPOVOS) para a realização da audiência pública e o sobrestamento até decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, dos necessitados, com fundamento no art. 134 da Constituição Federal e nos art. 3º-A, I, II e III, e art. 4º, I, III, VII, X, XI e XVIII, da Lei Complementar 80/94, por meio de seu **Grupo de Trabalho Povos Indígenas**, vem apresentar **NOTA TÉCNICA, reiterando a NOTA TÉCNICA 5, DE 17 DE JUNHO DE 2021, já anteriormente encaminhada**, para expor considerações técnico-jurídicas do Projeto de Lei 490/2007.

1. DOS FATOS

O Projeto de Lei 490/2007 tinha como objetivo originário a mudança da Lei n. 6.001/1973 quanto à competência para demarcação de terras indígenas. Ao projeto foram apensados vários outros, com objetivos diversos relacionados às terras indígenas. Em 06 de maio de 2021, o Deputado Federal e relator Arthur Oliveira Maia (DEM-BA), declarou, em seu voto, a “constitucionalidade, juridicidade e boa técnica

legislativa” do Projeto de Lei nº 490/2007, e seus apensos, 1218/2007, 1606/2015, 3700/2020, 2302/2007, 2311/2007, 3896/2012, 1003/2015; 5386/2020, 5993/2009; 2479/2011; 6818/2013, 1218/2015, 1216/2015.

Em 24 de maio de 2023, foi aprovado o requerimento de urgência n. 1.526/2023, dispensando-se a tramitação pelas comissões da Casa, muito embora já houvesse audiência pública aprovada na Comissão da Amazônia e dos Povos Originários e Tradicionais (CPOVOS).

Assim, o Projeto de Lei n. 490/2007 segue para votação em plenário, apesar de o seu conteúdo – e de seus apensos - serem inconstitucionais e inconvençionais, como a seguir demonstrado.

2. DO DIREITO

2.1. Direitos indígenas e a tese do marco temporal

2.1.1. Da tradicionalidade, do Indigenato e o afastamento do marco temporal

A tese do marco temporal, objeto principal do PL 490/07 em sua atual versão, despreza o caráter originário dos direitos territoriais indígenas atualmente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

A avaliação sobre os direitos territoriais dos povos indígenas não pode estar alijada da história desses povos: “O massacre tem sido a constante desde a chegada dos conquistadores (confira-se a narrativa de Frei Bartolomé de Las Casas), seus direitos cedem passo aos ‘direitos’ do homem branco, sem grandes perquirições”^[1]. O início da história do homem branco no continente americano coincide com o fim da história de muitos povos indígenas. Dizimados por armas, pela escravidão e pelas doenças importadas, o genocídio das comunidades indígenas acompanhou o nascimento da sociedade brasileira.

A resistência a esse processo de eliminação teve importante marco na Constituição Federal de 1988 que reconheceu o Estado brasileiro como uma nação multicultural, formada a partir dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. **Seria um contrassenso admitir que o mesmo texto constitucional tivesse estabelecido qualquer marco temporal para o reconhecimento das terras indígenas.**

As iniciativas de “retomada” das aldeias, destruídas no decorrer do processo de expulsão por frentes não indígenas, são a exteriorização das tentativas de recuperação de seus espaços, dos quais foram expulsos.

A composição histórica, geográfica e econômica do Estado brasileiro revela o sistemático esbulho imposto às comunidades indígenas, resultado das violências a que foram e são submetidas e que resultaram em deslocamentos e nos despejos forçados de diversos grupamentos de suas terras tradicionais.

A título de exemplo, com a promulgação da Constituição da República de 1891, que estabeleceu aos Estados federados a propriedade de terras devolutas situadas nos respectivos territórios, houve assunção ilegal por parte destes de terras indígenas sob tal pretexto. Assim, TIs que não foram transformadas em grandes fazendas ou explorada em seus recursos naturais serviram para projetos de colonização, contando-se muitas vezes com a complacência daqueles para com atos genocidas praticados por terceiros (VILLARES, 2020, p. 170).

Inclusive, posteriormente algumas Constituições Estaduais vieram a reconhecer a ilicitude do esbulho de terras indígenas por parte do Estado-membro, como no caso do Rio Grande do Sul, na qual dispõe no art. 32 do ADCT o seguinte:

Art. 32. No prazo de quatro anos da promulgação da Constituição, o Estado realizará o reassentamento dos pequenos agricultores assentados em áreas colonizadas ilegalmente pelo Estado situadas em terras indígenas.

Em que pesem as relações de opressão, discriminação e marginalização impostas pela sociedade majoritária aos povos indígenas, desde o século XVI, reconhece-se hodiernamente a eles o direito às terras tradicionalmente ocupadas.

Não foi por outro motivo que o artigo 129 da Constituição de 1934 estabeleceu o direito territorial como direito humano fundamental dos indígenas, direito repetido nas Constituições posteriores até a atual Constituição Federal de 1988.

O texto de 1988 apenas reafirma, em seu art. 231, o caráter originário dos direitos territoriais, aprimorando os já existentes, cujo reconhecimento sequer depende da efetivação dos processos administrativos de demarcação.

Diz-se que houve aprimoramento dos direitos já existentes, pois a Constituição Federal de 1988 rompeu com os ideários assimilacionistas até então vigentes, reconhecendo o direito à diferença dos indígenas e assegurando a preservação da língua, cultura, organização social e visão de mundo.

Em nenhum momento, a última Assembleia Constituinte exteriorizou algum marco temporal para o reconhecimento desses direitos originários e sequer estabeleceu dispositivo que possa induzir equivocadamente o intérprete a tal entendimento. O texto constitucional apenas reforçou o instituto do Indigenato que, em sendo muito anterior à promulgação de 1988, não pode ser caracterizado como o marco definidor de direitos.

Os diversos estudiosos da antropologia brasileira, que estiveram presentes e acompanharam os debates durante a Assembleia Constituinte, contribuíram para o texto que reconheceu aos indígenas os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Nesse sentido, relata a professora Manuela

Carneiro da Cunha^[2]:

Os direitos sobre as terras indígenas foram declarados como sendo ‘originários’, um termo jurídico que implica precedência e que limita o papel do Estado a reconhecer esses direitos, mas não a outorgá-los. Essa formulação tem a virtude de ligar os direitos territoriais às suas raízes históricas (e não a um estágio cultural ou a uma situação de tutela) [...]

Em conhecido parecer publicado em 2016, o professor José Afonso da Silva também informa que os direitos territoriais indígenas são naturais e, portanto, precedem a Constituição Federal de 1988, tal como demonstra a evolução no instituto do Indigenato que – repita-se – surgiu no período colonial e foi inserido no plano constitucional apenas em 1934.

José Afonso da Silva, aliás, utilizando doutrina de Mendes Junior afirma que o direito ao território está relacionado a própria humanidade dos indígenas, uma vez que constitui seu modo de vida e permite a sua existência comunitária, podendo-se afirmar que é congênito e, portanto, preexistente a qualquer codificação ou previsão constitucional.

De acordo com Anjos Filho^[3], extraem-se da Constituição Federal os seguintes princípios do direito indígena:

- a) O princípio do reconhecimento e proteção do Estado à organização social, costumes, línguas, crença e tradições das comunidades indígenas;
- b) O princípio do **reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam** e proteção de sua posse permanente em usufruto exclusivo para os índios;
- c) O princípio da igualdade de direitos e da igual proteção legal, o que não permite a existência de institutos que tratam o indígena como ser desamparado ou inferior;
- d) O princípio da proteção da identidade (ou direito à alteridade), que consiste no direito à diferença, não podendo ser aceito ato comissivo ou omissivo de assimilação;
- e) O princípio da máxima proteção aos índios, nascendo o ‘in dubio pro’ indígena e ainda o reconhecimento de que o patamar de proteção alcançado não elimina novas medidas a favor das comunidades indígenas.

O artigo 231 da **Constituição Federal** reconhece os indígenas enquanto partes indissociáveis da comunidade política brasileira, garantindo-lhes o direito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Ademais, o art. 231, § 1º, da CF define a ocupação tradicional a partir dos modos de ocupação e não pelo tempo de ocupação indígena em uma determinada área, levando a concluir que ocupação tradicional não se confunde com ocupação imemorial.

O artigo 67, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez, não permite qualquer outra interpretação além da que o prazo máximo foi imposto à União para reparar a histórica dívida

com os povos indígenas, obrigando-a a demarcar todas as terras indígenas em cinco anos.

Se indevido fixar marco temporal para os direitos originários reconhecidos pela Constituição, muito menos se deve estabelecer como exceção o denominado renitente esbulho.

Inviável exigir que povos indígenas provem a resistência – da forma como nós a entendemos – aos atos de violência a que foram submetidos na expropriação de suas terras, até porque somente depois de 1988 deixaram de estar sujeitos ao regime tutelar e impedidos de reivindicar, em nome próprio, direitos em Juízo.

Importante destacar que o direito à diversidade cultural dos indígenas pressupõe que o Poder Judiciário considere os métodos e os conceitos singulares de resistência, relacionados aos modos de vida das diferentes comunidades indígenas. Resistir pode ser permanecer o mais próximo possível das terras tradicionais esbulhadas, por vezes em acampamentos nas margens de rodovias, em moradias improvisadas às margens de rios, escondidos nos fundos de fazenda ou em áreas de preservação ambiental. Da mesma forma, executar atividades braçais e trabalhos rurais nas fazendas formadas a partir dos despejos forçados, também foi a maneira encontrada por diversos povos indígenas para resistir aos processos de dispersão e fragmentação de suas comunidades.

Dessa forma, a atual Constituição não pode ser utilizada como referência para a ocupação indígena, cujos parâmetros são diferentes dos requisitos da posse do direito civil. Não se deve exigir posse efetiva e ininterrupta de indígenas – tal como se tratasse de posse no direito privado – mas reconhecer a eles o Instituto do Indigenato, dado que seus direitos territoriais antecedem a qualquer outro.

2.1.2. O sentido de território para a composição da identidade étnica indígena.

Não há como se afastar o paradigma do direito à diferença, estabelecido no art. 231, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, na apreciação do sentido de território para a construção da identidade étnica indígena.

A categoria jurídica terra indígena, em toda sua extensão e complexidade, envolve diferentes aspectos culturais, sociais, históricos e, por conseguinte, exige que o julgador a compreenda interdisciplinarmente. Além dos aspectos econômicos e da dimensão cultural trazida pelo conceito de territorialidade é importante, ao se definir a terra indígena, pensar sobre outro aspecto relevante, que é a questão relacional do espaço.

Deve-se respeitar a cosmovisão sobre o território, sendo necessário o diálogo com a antropologia para que se traduza, com a participação dos povos indígenas, o sentido do território que se busca demarcar. Estudos antropológicos evidenciam a existência de lógicas espaciais indígenas bastante

diversas da sociedade majoritária, bem como distintas formas de organização territorial, fundadas em outras noções viver e usar o espaço físico.

O que se sabe é que o território – quando transformado em terra – é o espaço físico necessário para que determinada sociedade indígena desenvolva suas relações sociais, políticas e econômicas, segundo suas próprias bases culturais.

É o elo subjetivo dos povos indígenas com seu território tradicional que permite serem quem eles são e, dessa feita, o espaço tem verdadeiro valor para assegurar a sobrevivência física e cultural, sendo por isso de vital importância para a execução dos seus direitos fundamentais.

2.1.3. A responsabilização do Estado brasileiro perante o Sistema Interamericano e Universal de Proteção aos Direitos Humanos

Imprescindível observar que a adoção da tese do marco temporal poderá ensejar a responsabilização do Estado brasileiro na esfera internacional de proteção aos direitos humanos.

No caso **Rosenda Cantú vs México**, a Corte Interamericana de Direitos Humanos asseverou que para a garantia de acesso à justiça dos membros das comunidades indígenas, **é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, uso e costumes (§184).**

Em outro caso paradigmático, a Corte Interamericana de Direitos Humanos asseverou que o reconhecimento dos direitos territoriais indígenas não está submetido à condição temporal (caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*^[4]), estabelecendo que: “*em claro confronto com a tese do marco temporal da ocupação, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral.*”

No caso da *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*^[5], a Corte afirmou a necessidade de um “*mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes*” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2001, p. 86), rejeitando a visão assimilacionista das terras indígenas em favor da diversidade cultural, funcionalizando-se a proteção à propriedade privada.

No caso *Ihaka honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*^[6] a Corte declarou o Estado réu internacionalmente responsável pela violação dos direitos à propriedade comunitária, permitindo a presença de residentes não indígenas no território. Concluiu, também, que a Argentina não possui regulamentos adequados para garantir suficientemente o direito de propriedade da comunidade.

No que concerne ao Brasil, no caso do *Povo Indígena Xucuru*, em sentença de 5 de fevereiro de 2018, a Corte reconheceu a violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru, em consequência: i) da alegada demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e ii) da suposta demora na desintrusão total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito.

As mencionadas condenações pela Corte Interamericana encontram fundamento nos diversos instrumentos que compõem o sistema regional de direitos humanos e que reconhecem os povos indígenas como detentores de direitos humanos, que se encontram em situação única de vulnerabilidade, dentre outros motivos, por não terem acesso à justiça para reivindicar seus direitos.

Desde 1972, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Resolução sobre Proteção Especial das Populações Indígenas, já declarou que "*por razões históricas, princípios morais e humanitários, era um compromisso sagrado dos Estados proteger especialmente os povos indígenas*"^[7]. Já em seu informe sobre o Direito dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais^[8], a CIDH ressaltou a relação entre a livre autodeterminação e os direitos sobre a terra e recursos naturais.

Quanto aos marcos normativos, tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos preveem o direito à propriedade, que são interpretados no sentido de conferir o direito dos povos indígenas a suas terras e recursos naturais. Esta última também prevê direitos básicos como a vida, integridade psicofísica, liberdade de expressão, entre outras.

No sistema global, o direito à autodeterminação dos povos é uníssono na Carta das Nações Unidas (art. 1.2), e em ambos os Pactos Internacionais (art.1). A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos do Povos Indígenas, especificamente, reforça esse direito.

Ademais, outros direitos, como da não discriminação, e aqueles presentes na Convenção da ONU para Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, preveem justamente a proibição e prevenção de atos que possam destruir parcial ou totalmente um grupo nacional étnico, racial ou religioso.

Vale ressaltar que recentemente a Assessora Especial para Prevenção do Genocídio da Organização das Nações Unidas (ONU), Alice Wairimu Nderitu, realizou visita oficial ao Brasil com enfoque na situação dos povos indígenas e comunidades vulneráveis^[9], asseverando o dever do Estado de investigar casos, conforme previsto na Convenção subscrita pelo Brasil.

Nesse contexto, é evidente que admitir a aprovação de uma legislação que retira a proteção dos territórios indígenas seria anuir com o descumprimento das obrigações do Estado brasileiro de prevenção ao genocídio da população indígena.

Por fim, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), promulgada no Brasil em 2004, conta com diversos artigos para reiterar o direito dos indígenas a suas terras, para a proteção de sua cultura e integridade, sendo dever dos Estados não apenas proteger, como criar mecanismos de reivindicação em caso de abuso ou invasão.

2.2. Do direito às terras indígenas como cláusulas pétreas e da proibição do retrocesso

Os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, como disposto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal. Nesse sentido, já se manifestou o Ministro Roberto Barroso:

Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), **parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição.** (Supremo Tribunal Federal. MS n.º 32.262 MC/DF. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24.09.2013).

Da mesma forma, ensina o professor Daniel Sarmento:

É que a Constituição de 88 tem um compromisso visceral com os direitos fundamentais como um todo, e não só com as liberdades individuais clássicas. Não se trata de uma Constituição liberal-burguesa, preocupada acima de tudo com a contenção do arbítrio estatal, mas sim de uma **Lei Fundamental que toma como tarefa primordial promover a dignidade humana em todas as suas dimensões, inclusive das minorias vulneráveis, como os povos indígenas. Daí porque, também sob esta perspectiva as cláusulas pétreas devem se estender a outros direitos fundamentais**, além dos individuais em sentido estrito, já que aqueles também compõem o núcleo de identidade da Constituição de 88.

Nesse diapasão, a doutrina tem entendido que, até por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição, a proteção das cláusulas pétreas se estende a outros direitos localizados fora do catálogo constitucional, desde que possuam fundamentalidade material.

Afirma-se, por outro lado, que o principal critério para aferição da fundamentalidade material de um direito é a sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana- epicentro axiológico da Constituição, que dá unidade de sentido ao seu sistema de direitos fundamentais. E é inequívoca a existência de íntima e profunda ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, consagrado no art. 231 da Constituição Federal^[10].

Em combinação com o mencionado art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal, vem o artigo 231, que estabelece os direitos e garantias dos povos indígenas, concernente a suas terras, com as quais possuem uma relação muito mais profunda do que a mera propriedade, como revela Sonia Guajajara, e retirar-lhes este direito é mitigar-lhes sua dignidade:

Porque a terra, para cada um de nós, é muito mais do que um pequeno pedaço de terra negociável. Nós temos uma relação espiritual com a terra de nossos ancestrais. Nós não negociamos direitos territoriais porque a terra, para nós, representa a nossa vida. A terra é mãe e mãe não se vende, não se negocia. Mãe se cuida, mãe se defende, mãe se protege^[11].

Assim, o direito à terra indígena e o respeito às suas culturas, crenças e tradições, usos e costumes, das suas línguas, e à sua organização social, dá ao artigo 231 força de cláusula pétrea, intangível até mesmo pelo Poder Constituinte Reformador – de onde se conclui a teratologia da tentativa de alteração da matéria por meio de lei ordinária.

Caso o Projeto de Lei 490/2007 fosse aprovado, levaria a profundos retrocessos quanto aos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas. Conforme já relatado pelo Ministro Celso de Mello, o princípio da proibição do retrocesso impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pela formação social em que vivem um cidadão:

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, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.” (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO).

Assim, o Projeto de Lei 490/2007 ataca direitos já reconhecidos dos povos indígenas, protegidos como cláusulas pétreas, e ameaça um retrocesso inimaginável.

2.3. Da inconstitucionalidade do Projeto de Lei 490/2007

Como são diversos os dispositivos inconstitucionais do Projeto de Lei 490/2007, com a redação que lhe deu o Relator Deputado Arthur Maia (DEM/BA), no substitutivo atualmente em tramitação, a seguir pontuam-se as inconstitucionalidades mais latentes.

2.3.1. Artigo 4º

Destaca-se, inicialmente, o artigo 4º:

Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram simultaneamente: I - por eles habitadas em caráter permanente; II - utilizadas para suas atividades produtivas; III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (...)

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

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

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

O respectivo artigo afronta de forma direta os direitos já garantidos pelo art. 231, §1º, da Constituição Federal, dando-lhe interpretação própria e restritiva quanto ao marco temporal da posse:

Art. 231. (...) §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.

Evidente que a interpretação própria dada ao dispositivo constitucional no substitutivo do Dep. Arthur Maia retira dos povos indígenas o direito às terras tradicionalmente ocupadas com base em um marco temporal engendrado, de forma a subtrair-lhes o que já lhe era de direito.

Como exhaustivamente exposto nos tópicos acima, o dispositivo está inquinado de vício de constitucionalidade e de convencionalidade.

2.3.2. Artigo 11

Destaca-se, a seguir, o artigo 11 do substitutivo:

Art. 11. Verificando-se a **existência de justo título de propriedade ou posse em área tida como necessária** à reprodução sociocultural da comunidade indígena, a desocupação da área será indenizável, em razão do erro do Estado, nos moldes do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput às posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada.

Mais uma vez, o substitutivo desvia-se da Constituição Federal, de forma a dar-lhe interpretação própria e restritiva dos direitos fundamentais reconhecidos aos povos indígenas. Ademais, o referido artigo 11 viola frontalmente o artigo 231, §6º da Constituição Federal, que estabelece que não é devida qualquer indenização em virtude de atos ou negócios jurídicos praticados por terceiros e que envolvam terras indígenas, com exceção das benfeitorias de boa-fé:

Art. 231. § 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.

O dispositivo constitucional, ao contrário do que quer prever o artigo 11 do substitutivo do Dep. Arthur Maia, não reconhece legitimidade a títulos, posses ou domínios incidentes sobre áreas de ocupação tradicional.

2.3.3. Artigo 13

Também inconstitucional o artigo 13 do substitutivo:

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

O artigo 13 desconsidera as hipóteses de esbulho violento e os vícios nos processos de demarcação anteriores a 1988, além de não levar em consideração as diretrizes constitucionais e técnicas para a efetivação da demarcação, violando o direito fundamental indígena à terra. Não deixa de ser mais uma forma de atribuir um marco temporal à demarcação de terras indígenas, limitando o reconhecimento pelo Estado brasileiro dos direitos inerentes dos povos indígenas à terra.

2.3.4. Artigo 16

Vejamos o artigo 16 do substitutivo do Dep. Arthur Maia:

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

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

§4º Caso, **em razão da alteração dos traços culturais da comunidade** ou por outros fatores ocasionados pelo decurso do tempo, seja verificado não ser a área indígena reservada essencial para o cumprimento da finalidade mencionada no caput, poderá a União:

I – **retomá-la, dando-lhe outra destinação de interesse público ou social;**

II – **destiná-la ao Programa Nacional de Reforma Agrária, destinando-se os lotes preferencialmente a indígenas que tenham, caso tenham aptidão agrícola e assim desejem.**

O texto mostra-se completamente absolutamente dissociado da Constituição Federal, além de discriminatório. Consta no art. 231, §2º, da Constituição Federal:

Art. 231. (...) § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, **cabendo-lhes o usufruto exclusivo** das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O texto constitucional é claro ao atribuir aos povos indígenas o usufruto exclusivo de suas terras. Os direitos dos povos indígenas às terras que ocupam não são negociáveis ou prescritíveis. Absolutamente inconstitucional, portanto, o critério de “alteração dos traços culturais da comunidade”, nova roupagem das teses assimilacionistas, que buscam não só deixar de reconhecer a diversidade de povos hoje ainda existentes no Estado brasileiro, como criar um mecanismo jurídico de supressão de direitos indígenas e ferramentas legais para apagar a história e cultura dos povos originários.

O texto do substitutivo quer ignorar que os elementos tradicionais constituem o caráter identitário dos indivíduos que compõem o grupo, comunidade ou povo.

É evidente que o traço característico da cultura é o dinamismo, a adoção de novas práticas, costumes e modos de fazer e viver, sem que isso signifique perda da identidade cultural. Exigir que os traços culturais de qualquer comunidade sejam estáticos no tempo, tal qual uma fotografia de quando os europeus violentamente invadiram estas terras, é abrir a possibilidade de extinguir-se qualquer efetiva proteção normativa aos direitos indígenas.

2.3.5. Artigo 20

Também problemático o artigo 20, III, do substitutivo do Dep. Arthur Maia:

Art. 20. O usufruto dos índios não abrange:

III - a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

O inciso III do art. 20 do Projeto de Lei viola frontalmente o Artigo 231, § 7º da Constituição Federal:

Art. 231, §7º. Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

A Constituição já estatui expressamente não ser aplicável às terras indígenas o favorecimento à organização da atividade garimpeira em cooperativas. Ainda, a Constituição Federal assegura, em seu art. 231, § 2º, que "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."

O texto constitucional também estabelece, no § 3º, que "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."

O Texto Constitucional é bastante claro quanto às consequências, no § 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."

Desse modo, quanto a quaisquer riquezas no solo das terras indígenas, incluindo as minerais, a Constituição Federal é absolutamente clara de que seu usufruto é exclusivo das comunidades, decretando a nulidade e extinção de todos os atos que tenham por objeto a ocupação dessas áreas ou a exploração de tais recursos. Assim, qualquer exploração das riquezas minerais do solo nas terras indígenas só pode ser feita pela própria comunidade indígena, seguindo seus modos de viver e seus usos e costumes tradicionais.

Como se nota nos parágrafos do art. 231, a Constituição Federal também previu que a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas e ficando assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. Este § 3º do art. 231 não pode ser lido dissociado das demais disposições do mesmo artigo, tampouco do restante texto da Constituição, em especial o art. 225, todos integrantes de um mesmo sistema harmônico.

É evidente que a Constituição criou um mecanismo que permite a exploração dos recursos hídricos, inclusive quanto ao potencial energético, e da pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas. Tal mecanismo, contudo, só pode ser interpretado ao lume do que mais trouxe a mesma Constituição sobre os mesmos temas.

Primeiramente, é evidente que toda exploração não tradicional dos recursos pelas comunidades indígenas, direta ou indiretamente, não pode prescindir da proteção ao bem jurídico ambiental, tal como assegurado no art. 225 CF.

Em segundo lugar, a exploração não tradicional dos recursos hídricos ou minerais em terras indígenas, nos termos da Constituição, são as atividades potencialmente danosas que demandam o mais rigoroso procedimento para sua autorização: além de todo o licenciamento ambiental e processo de concessão de lavra, que já seriam exigíveis de qualquer atividade dessas naturezas, no caso daquelas idealizadas em terras indígenas, ainda é preciso a oitiva prévia das comunidades indígenas afetadas (que podem ser outras para além daquelas que ocupam a área de instalação) e a prévia autorização do Congresso Nacional.

Um terceiro ponto, não menos importante, é que o usufruto de tais recursos continua titularizado pelas comunidades indígenas: a Constituição Federal não excepciona tal regra em nenhum momento. Ao contrário, para determinadas e específicas atividades, cria mecanismo mais gravoso para a autorização da exploração ainda que pela própria comunidade indígena.

É, portanto, uma forma de garantir maior proteção ao bem jurídico ambiental que compõe a terra indígena, justamente em razão da importância de tais recursos nas formas de expressão e nos modos de criar, fazer e viver de tais comunidades. Qualquer outra leitura empenhada a atribuir sentido ao § 3º do art. 231 dissociada dos demais parágrafos do mesmo artigo e também do art. 225, além de falhar categoricamente enquanto interpretação constitucional sistemática, maculará a teleologia da norma, que é justamente a proteção dos bens jurídicos ambientais e de maneira ainda mais especial aqueles que servem de elementos intrínsecos as formas de expressão e de viver de um dos povos que habitam este país.

2.3.6. Artigo 27

Vejamos também o artigo 27 do substitutivo:

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

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

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

Este dispositivo afronta diretamente o art. 231, §2º, da Constituição Federal já transcrito supra, de forma a tentar flexibilizar o usufruto exclusivo dos povos indígenas, através de conceitos vagos e

genéricos, que não estabelecem atos negociais definidos, viabilizando atividades incompatíveis com a posse permanente das terras indígenas.

2.3.7. Artigo 29

Por fim, destaca-se o artigo 29 do substitutivo do Dep. Arthur Maia:

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

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

Este dispositivo afronta o *caput* do art. 231 da Constituição Federal, no que concerne ao dever de respeito à organização social, aos costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas. O artigo 29 proposto prescreve a possibilidade de contato com os povos indígenas isolados, em total desrespeito às suas crenças e seus direitos de viverem em voluntário isolamento.

Ademais, a redação proposta retira a proteção aos povos indígenas isolados, populações sujeitas a extrema vulnerabilidade socioepidemiológica e que devem sempre possuir proteções expressas, considerando-se o princípio da precaução, expresso no inciso IV do art. 3º, da Portaria Conjunta nº 4.094, de 20 de dezembro de 2018, que define princípios, diretrizes e estratégias para a atenção à saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato.

Assim, inegavelmente inconstitucional o Projeto de Lei 490/2007, na redação do substitutivo do Dep. Arthur Maia.

2.4. Da inconveniência do Projeto de Lei 490/2007. Da violação ao direito à consulta livre, prévia e informada.

Observa-se na tramitação do feito na Câmara dos Deputados que a Comissão da Amazônia e dos Povos Originários e Tradicionais (CPOVOS) havia aprovado o requerimento n. 28/2023, da Deputada Federal Célia Xakriabá, que requeria a realização de Audiência Pública para discussão do projeto de lei.

No entanto, subitamente, a aprovação do requerimento de urgência atropela os deveres do Estado brasileiro no que diz respeito à consulta livre, prévia e informada, demonstrando a absoluta nulidade que contamina o processo legislativo.

O direito dos povos indígenas de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena é descrito no Art. 2º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas^[12] e no artigo XII da Declaração Americana

sobre os Direitos dos Povos Indígenas^[13]. Este último instrumento prescreve, ainda, aos Estados a necessidade adotarem medidas preventivas e corretivas necessárias para a plena e efetiva proteção desse direito, o contrário do que ocorreria com a aprovação do Projeto de Lei 490/2007.

Como disposto supra, há explícita margem para discriminação que o artigo 16 do Projeto de Lei abre, ao declarar que “em razão da alteração dos traços culturais da comunidade” seria possível tomar-lhes as terras que já lhe são de direito, dando-lhe outra destinação. Assim, o próprio agente estatal julgaria, por suas próprias interpretações, já eivadas de preconceito estrutural, o que seria tido como “traços culturais da comunidade” e o que seria considerado um “desvio” destes traços, como prerrogativa para lhe tirar suas terras.

Recorda-se que a arraigada discriminação histórica contra povos indígenas no Brasil foi destacada pela Relatora Especial sobre povos indígenas, em sua missão ao Brasil em 2016^[14].

Observa-se, ainda, a provação do Projeto de Lei 490/2007 seria uma afronta também o artigo 6º da Convenção 169 da OIT, em vigência através do Decreto 10.088, de 5 de novembro de 2019, no sentido de que **os povos interessados deveriam ser consultados cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.**

O referido dispositivo convencional determina aos governos dos Estados que possuam em seus territórios populações indígenas ou tribais, que procedam a consultas sobre as medidas administrativas e legislativas que possam afetá-los, **para que esses povos tenham o direito de dizer o que compreendem do projeto/intervenção e possam influenciar no processo de tomada de decisões** sobre medidas que os afetem direta ou indiretamente.

Ressalta-se, portanto, que se trata de direito corolário da **autodeterminação dos povos**, princípio do direito internacional sedimentado no art.4º, III, da Constituição da República, e que deve ser reconhecido aos povos indígenas, em respeito a sua soberania enquanto povo e nação.

Ao mesmo tempo, a medida violaria diretamente o artigo 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas sobre dever estatal de consultar os povos indígenas interessados antes de adotar e aplicar medidas legislativas que os afetem.

À luz da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, **conclui-se que a consulta deve ser anterior à tomada de decisão (legislativa ou administrativa) que afete diretamente as comunidades indígenas, isto é, não se destina a legitimar decisões já tomadas pelo Estado, mas fazer com que as comunidades afetadas participem do processo decisório.**

A consulta deve se pautar pela boa-fé, de modo que as informações prestadas pelo Estado e/ou empreendedor devem ser verídicas, não distorcidas ou maquiadas e expostas de forma

clara e simples, possibilitando a compreensão pelas comunidades afetadas dos possíveis impactos e, posteriormente, a manifestação sobre o projeto.

Nesta toada, enfoque-se que **a consulta prévia não é um fim em si mesma, não se erige em mera formalidade ou etapa do licenciamento a ser vencida, mas representa verdadeiro instrumento para o processo de tomada de decisões da população indígena**, de modo a possibilitar-lhe a compreensão do projeto impactante e a negociação de seus termos e eventuais compensações.

Sobre a consulta prévia, preleciona a Procuradora da República Deborah Duprat, em seu artigo *A Convenção 169 da OIT e o direito à Consulta Prévia, Livre e Informada*:

(...) A consulta é prévia exatamente porque é de boa-fé e tendente a chegar a um acordo. Isso significa que, antes de iniciado o processo decisório, as partes se colocam em um diálogo que permita, por meio de revisão de suas posições iniciais, se chegar à melhor decisão. Desse modo, a consulta traz em si, ontologicamente, a possibilidade de revisão do projeto inicial ou mesmo de sua não realização. Aquilo que se apresenta como já decidido não enseja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão. A Resolução CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986, que “dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental”, diz, em seu art. 5º, I, que o estudo de impacto ambiental deve “contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto”. Esse é um norte bastante adequado também para a consulta, inclusive naqueles casos em que se exige prévia autorização do Congresso Nacional. A Convenção 169 não deixa dúvidas quanto a esse ponto: a consulta antecede quaisquer medidas administrativas e legislativas com potencialidade de afetar diretamente povos indígenas e tribais ^[15].

Também decorre da racionalidade do sistema que, nas medidas que se desdobram em vários atos, como ocorre, por exemplo, no procedimento de licenciamento ambiental, a consulta prévia seja renovada a cada geração de novas informações, especialmente aquelas relativas a impactos a serem suportados pelos grupos. O consentimento inicial para a obra se dá a partir dos poucos dados disponíveis. Uma vez realizado o estudo de impacto ambiental e adicionadas outras tantas informações, a consulta tem que ser renovada, e, mais uma vez, iniciado o processo dialógico tendente ao acordo.

Esse é um imperativo que decorre, primeiro, dos próprios vetores da consulta (especialmente, nesse ponto, o seu caráter de boa fé), e, segundo, da natureza do estudo de impacto ambiental. Esse estudo, nos termos do art. 6º da Resolução CONAMA 001/86, deve fazer (i) o diagnóstico da área de influência do projeto sob três perspectivas – meios físico, biótico e socioeconômico, e as interações entre eles; (ii) a análise dos impactos ambientais do projeto e suas alternativas; (iii) a definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos. É o conjunto dessas informações que habilitará os grupos impactados a decidirem pela realização ou não da obra, ou pela adoção de projeto alternativo. Não seria razoável conclusão no sentido de que aquela primeira adesão, feita com base em informações um tanto quanto precárias, pela ausência dos estudos cabíveis, esgotasse o processo de consulta da Convenção 169. Portanto, é imperativo considerar que a consulta é de natureza procedimental

sempre que a medida projetada assim se apresentar, e se renova a cada fase do procedimento que agregar novas informações sobre impactos a serem suportados pelos grupos diretamente atingidos, bem como sobre as medidas tendentes a mitigá-los e compensá-los.

A consulta também pressupõe que nenhuma, absolutamente nenhuma, fase da obra se inicie antes que estejam disponíveis todos os dados técnicos acima referidos, que permitam aos grupos se posicionarem nesse processo dialógico. A despeito da obviedade da assertiva, o que se vem observando, no Brasil, é que muitas das informações que deveriam constar do diagnóstico só são produzidas mais tardiamente, como condicionantes das licenças de instalação e de operação. Assim a obra, no mais das vezes, chega à fase final sem que os grupos tenham acesso à principal informação que os capacitaria a uma decisão consequente: a avaliação dos impactos do empreendimento sobre eles próprios. É evidente a subversão do processo de consulta em seus três pilares: deixa de ser prévia, de boa fé e dialógica^[16].

No mesmo sentido, a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH):

“(...) 167. Considerando que o Estado deve garantir esses direitos à consulta e participação em todas as etapas de planejamento e desenvolvimento de um projeto que pode afetar o território em que se situa uma comunidade indígena ou tribal, ou outras direitos indispensáveis à sua sobrevivência como povo, esses processos de diálogo e de consenso devem realizar-se a partir dos estágios iniciais de desenvolvimento ou planejamento da medida proposta, de modo que os povos indígenas possam realmente participar e influenciar o processo de tomada de decisão, de acordo com as normas internacionais . [...] Neste sentido, o Estado deve garantir que os direitos dos povos indígenas não sejam negligenciados em qualquer atividade ou acordo que façam com particulares ou em momentos de decisão política que afetem seus direitos e interesses. Assim, nesse caso, o Estado deve realizar tarefas de fiscalização e controle na aplicação, e implementar, quando apropriado, maneiras eficazes de fazer cumprir esse direito por meios judiciais competentes[...].” (CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA: Washington DC, 2010)^[17].

Conclui-se, portanto, que nesse aspecto, o PL já tem um **vício de inconvenção** em sua origem, em razão de não ter havido qualquer possibilidade de consulta prévia dos povos indígenas do Brasil, todos potencial e diretamente afetados por seus dispositivos, em total desacordo com o art. 6º da Convenção OIT 169.

Assim, resta reconhecer a inconvenção do Projeto de Lei 490/2007.

2.5. Da afronta às decisões do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal já anunciou a retomada do julgamento RE-RG 1017365 (Tema 1031) para o **dia 07 de junho de 2023**, conforme anunciado pela Ministra Rosa Weber^[18].

Assim, torna-se necessário aguardar a definição da Suprema Corte quanto à análise final do RE-RG 1017365 (Tema 1031), que reconheceu a repercussão geral da matéria indígena, vez que ainda não foi fixada tese:

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

Como declarou a Ministra Rosa Weber em seu voto na MS 31901 MC, deve-se ter cautela ao examinar preliminarmente o tema, considerando os fundamentos ideológicos aplicáveis à questão indígena:

Há que se tomar com reservas, em um exame preliminar do tema, a pretensão de destacar uma dessas ‘condicionantes’ do contexto maior em que formulada, para pretendê-la incidente de forma imediata e suficiente em outra relação jurídica diversa daquela em que originariamente inserida. Se a própria inicial assume que o auxílio ao *leading case* é necessário, cumpre então tomá-lo na integralidade, sem olvidar sua premissa maior, explicitada no voto vencedor proferido pelo Ministro Relator antes mesmo da adição de qualquer salvaguarda. Trata-se da estabilização do panorama da ocupação silvícola exatamente na data de vigência da Constituição de 1988, o que se tem por necessário na medida em que esta alterou completamente os fundamentos ideológicos aplicáveis à questão indígena – superando o modelo confinatório e/ou de tutela e incorporação à sociedade civil para um modelo de respeito à diversidade cultural e à história dos povos nativos. (MS 31901 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/03/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe051 DIVULG 14/03/2014 PUBLIC 17/03/2014).

Ademais, a hipótese do marco temporal para a demarcação das terras indígenas, que, como já citado, não está definida na Constituição, tampouco foi definida pelo STF. Pelo contrário, há diversos precedentes – como o MS n.º 31.901/MC DF, o MS n.º 31.100/AgR DF, o Rcl n.º 13.769/DF, o Rcl n.º 14.473 AgR/RO, o Rcl n.º 27.702 AgR/AM^[19] – que apontam que as condicionantes de marco temporal do caso Raposa Serra do Sol, citada de forma equivocada pelo Relator Arthur Oliveira Maia, são aplicáveis somente àquele caso, de forma específica. Neste sentido, destaca-se o declarado pelo Ministro Edson Fachin em seu voto na AR n.º 2.686:

É mister apontar que esta Corte, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão de mérito da Pet n.º 3.388, decidiu que as dezenove determinantes adotadas naquele julgamento decidiram, com efeito de coisa julgada material, **o caso relativo à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, mas que não se aplicavam imediatamente, com eficácia vinculante, às demais demarcações de terras indígenas** pelo País (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AR n.º 2.686. Relator: Ministro Luiz Fux. Trecho do Voto do Ministro Luiz Edson Fachin. Julgamento Virtual de 26.03.2021 a 07.04.2021).

Além disso, a hipótese proposta de indenização a “posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmentemente comprovada” projetada pelo absurdo artigo 11 proposto, já foi rechaçada pelo STF:

“Convém rememorar, por isso mesmo, a correta advertência feita por DALMO DE ABREU DALLARI (“O que são Direitos das Pessoas”, p. 54/55, 1984, Brasiliense): ‘(...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. **Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título, uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas.** Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.’ (grifei) Não custa lembrar já se ter decidido, no regime constitucional anterior – no qual havia norma semelhante (CF/69, art. 198, § 1º) à que hoje se acha consubstanciada no art. 231, § 6º, da Constituição de 1988 –, no sentido de **a existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome de particular qualificar-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz**, pois, em tal ocorrendo, prevaleceria – como ainda hoje prevalece – o comando da norma constitucional referida, ‘que declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas’ (Revista do TFR, vol. 104/237 – grifei). Ressalte-se que, mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Pet 3.388/RR, Rel. Min. AYRES BRITTO, reafirmou esse mesmo entendimento, ao advertir que a cláusula ‘direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam’, inscrita no art. 231, ‘caput’, da Constituição, traduz ‘um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a **preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como ‘nulos e extintos’ (§ 6º do art. 231 da CF)**” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n.º 34.250 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 19/10/2020).

Destarte, o Projeto de Lei 490/2007 também afronta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu grande parte dos vícios aqui apontados como inconstitucionais.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tendo em vista os vícios de constitucionalidade e convencionalidade que inquina a proposta normativa, bem como os vícios formais de um procedimento que não observou o direito à consulta livre, prévia e informada, alguns desses já expressamente reconhecidos pelo Supremo Tribunal, a **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**, por meio de seu **Grupo de Trabalho Comunidades Indígenas**, entende que a **aprovação do Projeto de Lei 490/2007 representaria grave violação de direitos humanos, contrariaria os deveres do Estado brasileiro explícitos na Convenção da ONU sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio e, também, afrontaria precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.**

Portanto, o Projeto de Lei n. 490/2007 deve ser **integralmente rejeitado** ou, subsidiariamente, reconhecida a **nulidade do procedimento** pela violação ao direito à consulta livre, prévia e informada, determinando-se a devolução à Comissão da Amazônia e dos Povos Originários e Tradicionais (CPOVOS) para a realização da audiência pública e o sobrestamento até decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

[1] NETO, Caetano Lagrasta. Breves anotações à Constituição sobre o Direito Indígena. In: Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos, Ano 1, Vol. IV, Ago.2011, n.p.

[2] CARNEIRO DA CUNHA, 2009, p. 283.

- [3] ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. In: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da; TAVARES André Ramos *et al.* (orgs.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 243-295 *Apud* RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 786.
- [4] Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Último acesso em 09/06/2021.
- [5] Disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jurisprudencia-corte-interamericana-direitos-dos-povos-indigenas.pdf. Último acesso em 09/06/2021.
- [6] Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf. Último acesso em 09/06/2021.
- [7] CIDH. *Resolución sobre Protección Especial de las Poblaciones Indígenas-Medidas para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial*.
- [8] CIDH. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, pág. 81
- [9] Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-05/brasil-recebe-missao-da-onu-que-apura-genocidios>
- [10] Disponível em: https://mobilizaconacionalindigena.files.wordpress.com/2014/12/pec-215_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf
- [11] Manifestação oral de Sônia Guajajara na sessão de debate da PEC 215 realizada em 13/08/2013, na Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados.
- [12] https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf.
- [13] https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf.
- [14] <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/eventos/2017/relatorio-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas/RELATORIOONU2016traduzidoemespPDE.pdf>
- [15] DUPRAT, Deborah. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 1, Núm. 1, 2014.
- [16] DUPRAT, Deborah. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 1, Núm. 1, 2014.
- [17] Disponível em: <http://www.cidh.org>.
- [18] Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=505913&ori=1>
- [19] Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ACO n.º 312. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Trecho do voto do Ministro Roberto Barroso. DJe: 02.10.2017.



Documento assinado eletronicamente por **João Paulo de Campos Dorini, Ponto focal do GT**, em 25/05/2023, às 16:28, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Wagner Wille Nascimento Vaz, Coordenador do GT**, em 25/05/2023, às 16:32, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Gabriel Saad Travassos do Carmo, Secretário(a)-Geral de Articulação Institucional**, em 25/05/2023, às 18:49, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Marina Mignot Rocha, Ponto focal do GT**, em 26/05/2023, às 10:20, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Thales Arcoverde Treiger, Ponto focal do GT**, em 26/05/2023, às 10:22, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Lídia Ribeiro Nóbrega, Ponto focal do GT**, em 26/05/2023, às 10:25, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Alves Zanetti, Membro do GT**, em 26/05/2023, às 10:26, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Raphael de Souza Lage Santoro Soares, Ponto focal do GT**, em 26/05/2023, às 10:27, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Renan Vinicius Sotto Mayor de Oliveira, Ponto focal do GT**, em 26/05/2023, às 10:29, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Erik Palacio Boson, Ponto focal do GT**, em 26/05/2023, às 10:53, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Daniele de Souza Osório, Coordenadora do GT**, em 26/05/2023, às 10:59, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



Documento assinado eletronicamente por **Benoni Ferreira Moreira, Ponto focal do GT**, em 26/05/2023, às 11:03, conforme o §2º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://www.dpu.def.br/sei/conferir_documento_dpu.html informando o código verificador **6186468** e o código CRC **D4A7C84C**.