



**NOTA TÉCNICO-JURÍDICA SOBRE O SUBSTITUTIVO AO PL N.º 490/2017,
APRESENTADO EM 12.05.2021 À COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE
CIDADANIA (CCJC), DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**

A presente Nota Técnico-Jurídica versa sobre o **Substitutivo ao PL n.º 490/2007, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) em 12.05.2021**. O Substitutivo e seus apensos, propõe, em síntese: i) alterar o regime jurídico de demarcação das terras indígenas; ii) adotar o “marco temporal de ocupação”, critério segundo o qual exige-se a presença física dos indígenas no dia 5 de outubro de 1988 como condição para a demarcação das terras indígenas; iii) internalizar as dezenove condicionantes fixadas no julgamento do caso “Raposa Serra do Sol” como regra geral para a demarcação de todas as terras indígenas no Brasil; iv) modificar a sistemática constitucional relativa ao usufruto exclusivo dos povos indígenas; v) inserir novos pressupostos na política de não-contato dos povos indígenas que vivem em isolamento voluntário; vi) dispor sobre a abertura de terras indígenas para a realização de atividades econômicas não previstas atualmente.

Em linhas gerais, o texto apresentado poderá inviabilizar demarcações de terras indígenas, ameaçar os territórios homologados e destituir direitos constitucionais, erigidos à cláusula pétrea na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), configurando-se como uma das mais graves ameaças aos povos indígenas do Brasil na atualidade.

O momento, além disso, é absolutamente inoportuno. A prioridade dos representantes do povo brasileiro deveria ser salvar vidas e não sufragar direitos dos mais vulneráveis à pandemia, os quais, aliás, têm sido objeto de reiterada proteção pelo Supremo Tribunal Federal.

A proposta ressoará como uma “pá de cal” aos acordos internacionais e investimentos que o Brasil pretende obter em momento de crise econômica. A mensagem do Parlamento precisa ressoar no sentido de demonstrar o seu compromisso

com os direitos humanos e com o meio ambiente, com a rejeição do projeto. Infelizmente, sua eventual aprovação pode transmitir sinal oposto, de flagrante e reiterada violação estatal dos referidos valores.

Feitas essas considerações, passamos a análise dos principais pontos que maculam gravemente a proposta em análise.

1. Impossibilidade de Lei tendente a suprimir direitos e garantias individuais:

O Artigo 231, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, define os critérios para a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, sendo eles: i) as por eles habitadas em caráter permanente; ii) as utilizadas para suas atividades produtivas; iii) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e iv) as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Como se denota, a Constituição não trata de “marcos temporais” que limitem os direitos dos indígenas à demarcação. Tampouco inclui critérios outros ou condições para que as demarcações aconteçam e seu usufruto exclusivo seja efetivado. O Substitutivo, no entanto, pretende alterar, por meio de Lei, os pressupostos constitucionais para a demarcação de terras indígenas, ao exigir, por exemplo, a presença física dos indígenas nas terras em 5 de outubro de 1988. Tal hipótese não está prevista na Constituição, assim como não foi definida pelo STF, como quer fazer crer a justificativa do Substitutivo. Ao contrário: há inúmeros precedentes que afirmam que o marco temporal e as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol, a exemplo da vedação de ampliação de terras já demarcadas, são aplicáveis somente para a demarcação daquela terra indígena específica¹.

Em recente julgamento, o Ministro Edson Fachin bem anotou: “é mister apontar que esta Corte, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face do acórdão de mérito da Pet nº 3.388, decidiu que as dezenove determinantes

¹ Nesse sentido, vide: **MS n.º 31.901/MC DF**; **MS n.º 31.100/AgR DF**; **Rcl n.º 13.769/DF**; **Rcl n.º 14.473 AgR/RO**. **Rcl n.º 27.702 AgR/AM**; 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;

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**².

O próprio Parecer vinculante 01 da AGU, mencionado na justificativa da proposição, encontra-se suspenso pelo STF, justamente porque pretendia aplicar o marco temporal de 5 de outubro de 1988 e as 19 condicionantes do caso Raposa Serra do Sol a todas as demarcações de terras indígenas no País. Na decisão, o Ministro Edson Fachin destacou:

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

Assim, a pretensão de interpretar o julgado sem levar em consideração todo o contexto no qual fora prolatado, aplicando as referidas salvaguardas de forma automática, não parece coadunar-se com a melhor hermenêutica constitucional (...) Diante de todas as considerações acima expostas, concedo a tutela provisória incidental requerida, nos termos do pedido, a fim de suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do RE 1.017.365 (Tema 1031) já submetido à sistemática da repercussão geral pelo STF”³.

Verifica-se, assim, que a alteração promovida pelo Substitutivo é inconstitucional porque altera, por intermédio de Lei ordinária federal, texto expresso da Constituição. Semelhante proposta tramita no Congresso Nacional, no formato de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 215⁴. Confira-se:

“Art. 2º O art. 231 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 231.....

§ 1º **São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as que, em 5 de outubro de 1988**, atendiam simultaneamente aos seguintes requisitos:

² 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.

³ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.017.365. Relator: Ministro Edson Fachin. Decisão de 07 de maio de 2020.

⁴ O Inteiro e atual teor da PEC 215 pode ser visualizado em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=08A0A0DC0827D82492ECB488B2280896.proposicoesWebExterno1?codteor=1379649&filename=Tramitacao-PEC+215/2000 >.



I - por eles habitadas, em caráter permanente;
II - utilizadas para suas atividades produtivas,
III – imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.”(NR)

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, podendo explorá-las, direta ou indiretamente, na forma da lei, excetuando-se as seguintes situações:

I – ocupações configuradas como de relevante interesse público da União, nos termos estabelecidos por lei complementar;

II – **instalação e intervenção de forças militares e policiais, independentemente de consulta às comunidades indígenas;**

III - **instalação de redes de comunicação, rodovias, ferrovias e hidrovias e edificações destinadas à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e de educação, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza;** 46

IV - área afetada por unidades de conservação da natureza;

V - os perímetros urbanos.

VI - **ingresso, trânsito e permanência autorizada de não índios, inclusive pesquisadores e religiosos, vedada a cobrança de tarifas de qualquer natureza.**

(NR)

§ 8º **É vedada a ampliação de terra indígena já demarcada.** (NR)”.

A alteração, todavia, sequer seria passível via emenda constitucional, já que os direitos territoriais indígenas são materialmente fundamentais; e, com muito mais razão, jamais poderiam ser propostas pela via da Lei ordinária. Nesse horizonte, o STF já se pronunciou: **“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.”**⁵.

Portanto, há, no Substitutivo ao PL n.º 490/2007, patente violação ao devido processo legislativo, bem como vulneração ao Artigo 60, I a III e §§ 2º, 4º e inciso III, e ao Artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil, refletindo típica hipótese de inconstitucionalidade formal, além da material, apta a infirmar, de modo irremissível, a própria integridade da proposição.

⁵ Supremo Tribunal Federal. MS n.º 32.262 MC/DF. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24.09.2013,



2. Alterações no processo de demarcação de Terras Indígenas – Desnecessidade – Processo Administrativo de Demarcação já Declarado Constitucional pelo STF e com Possibilidade de Participação dos Interessados:

O Substitutivo apresentado ao PL n.º 490 apresenta uma série de alterações ao processo de demarcação de terras indígenas, tais como: i) manifestação de interessados em qualquer fase do processo de demarcação; ii) nomeação de peritos e auxiliares por partes interessadas na demarcação; iii) informações orais porventura reproduzidas ou mencionadas no procedimento demarcatório somente terão efeitos probatórios quando realizadas em audiências públicas, ou registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo; iv) participação de estados, municípios e de todos os supostos interessados no processo de demarcação; v) representação de partes interessadas por associações.

As alterações pretendidas são impertinentes e parecem visar o tumulto processual e a consequente inviabilização das demarcações de terras indígenas.

A uma, porque o Artigo 2º, § 8º do Decreto n.º 1.775/1996 já permite que **“Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, **laudos periciais**, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, **para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior**”**.

A duas, pois a legitimidade constitucional do Decreto n.º 1.775/1996 e a sua suficiência para a garantia do contraditório e ampla defesa já foram reconhecidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual o processo de demarcação de terras indígenas, tal como regulado pelo Decreto n.º 1.775/1996, **não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, de vez que garante aos interessados o direito de se manifestarem**. Precedentes: RMS 24.045, Min. Rel. Joaquim Barbosa, DJ 05/8/2005, MS 21.660, Rel.



Min. Marco Aurélio, DJ 7/12/2006; MS 21.892, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29/8/2003.”⁶.

Demais disso, permitir que interessados possam se manifestar em toda e qualquer fase de processos administrativos viola os princípios da efetividade e celeridade processual, aplicáveis a todo e qualquer processo desta natureza. Imagine-se que interessados pudessem se manifestar a todo tempo em um processo para a aprovação de uma vacina, por exemplo. Certamente isso geraria um ônus protelatório para o poder público e o produto final jamais chegaria a uma aprovação definitiva. Os processos tem ritos e formas justamente para que possam ser finalizados.

O que o projeto em análise parece pretender é criar óbices eternos e intransponíveis aos processos de demarcação, para torná-los impraticáveis, inexecutáveis e infundáveis. As alterações propostas terão justamente este escopo, motivo pelo qual afrontam o Artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil, que impõe à União o dever de demarcar as terras indígenas e fazer respeitar todos os seus bens, além de vulnerar os princípios basilares da administração pública, insculpidos no Artigo 37 da Lei Maior.

3. Possibilidade de Remoção Forçada de Grupos Indígenas não Recepcionada pela Constituição Federal:

O Artigo 16 do Substitutivo prevê que “**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”.

O Artigo 3º, II, estatui, ainda, que as áreas reservadas são aquelas destinadas aos indígenas pela União por outras formas que não a prevista no Artigo 231, § 1º. Em seguida, o Artigo 16, § 4º, I e II, do Substitutivo **estabelece a possibilidade de retomada destas terras em favor da União, caso ocorra a “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**

⁶ Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. RMS n.º 27.255-AgR/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Dje: 11.12.2015.



finalidade garantir sua subsistência digna e preservação de sua cultura". O Artigo 18, § 1º, por sua vez, aplica às terras compradas ou doadas "o regime jurídico da propriedade privada".

De acordo com o **ISA**, há hoje no país 66 áreas classificadas como **áreas indígenas reservadas, com população de quase 70 mil pessoas** e uma extensão total de cerca de 440 mil hectares, o equivalente a quase 3 vezes a cidade de São Paulo.

A disposição insculpida no Artigo 16, § 4º, I e II, parte de uma perspectiva equivocada e não recepcionada pela Constituição – a perspectiva de assimilação e integração dos indígenas à sociedade nacional, que acarretaria a extinção de seus direitos territoriais. Essa política, vigente antes da CRFB de 1988, foi definitivamente extirpada do ordenamento jurídico. Além de malferir o princípio da dignidade da pessoa humana, pois confere ao estado a possibilidade de definir quem é ou não indígena a partir de "traços culturais", o dispositivo poderá viabilizar a perda das terras de povos e comunidades indígenas.

Nesse sentido, de uma só vez, os Artigos 16 § 4º, I e II, bem como o Artigo 18, § 1º, ofendem o Artigo 231: i) *caput*, que reconhece aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; ii) § 4º, que grava as terras indígenas como inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis; iii) § 5º, que veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, visto que, com a reversão da área em favor da União, o povo indígena será obrigatoriamente removido da área; iv) § 6º que afirma serem "nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas" por terceiros. Recorde-se que o STF considera terra indígena "uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar aos índios o exercício dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º) e, de outro, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, "caput" e seu § 1º)"⁷.

⁷ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n.º 34.250 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 19/10/2020.



4. Limitações ao Usufruto Indígena Não previstas na Constituição – Inconstitucionalidade:

O Artigo 231, § 2º, da Constituição Federal prescreve 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**”. Não obstante, o Substitutivo cria diversas limitações ao usufruto exclusivo dos indígenas, todas ao arripio do disposto nos Artigos 231, §§ 2º e 6º da Constituição. Senão, vejamos:

O Artigo 20, III, do Substitutivo dispõe que o usufruto dos indígenas não abrange “a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira”. A hipótese libera terras indígenas para o garimpo, o que é vedado pelo Artigo 231, § 7º, da Constituição, que consignou não se aplicarem às terras indígenas o disposto no Artigo 174, §§ 3º e 4º - que regula a organização da atividade garimpeira. A Constituição, no entanto, expressamente excluiu a possibilidade dessas atividades ou a criação de áreas e as condições para o exercício de garimpagem em terras indígenas.

Já o Artigo 20, IV, determina que o usufruto dos indígenas não abrange “as áreas cuja ocupação atenda a relevante interesse público da União”. A Constituição, em nenhum momento, excluiu “áreas de relevante interesse público da União” do usufruto exclusivo dos indígenas. Desse modo, a Lei não pode reduzir direitos constitucionalmente outorgados. A hipótese excepcionalíssima de exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes em terras indígenas, se admissível, só seria possível ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar. É esta a dicção do Artigo 231, § 6º, motivo pelo qual o Artigo 20, IV, do Substitutivo sofre de insanável inconstitucionalidade por vício de forma.

Ademais, ao excluir, do usufruto exclusivo dos indígenas qualquer área de “relevante interesse público da União”, o PL escancara terras indígenas a qualquer



interesse econômico, em detrimento dos direitos originários dos povos indígenas. Ocorre que tais terras estão afetadas “por efeito de sua destinação constitucional, a fins específicos, voltados, essencialmente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas”⁸. Diante disso, o Artigo viola o Artigo 231, *caput*, da Constituição.

O Artigo 23 do Substitutivo, por sua vez, permite que o Poder Público instale, em terras indígenas, “equipamentos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e educação”. Essas atividades, se admitidas, também demandariam “relevante interesse público da União, segundo que dispuser Lei Complementar”, uma vez que cerceariam o usufruto exclusivo dos indígenas às riquezas dos solos, rios e lagos existentes em terras indígenas, o que afronta o Artigo 231, § 2º e o Artigo 231, § 6º da CF/88, que prevê, nas remotas hipóteses de mitigação do usufruto exclusivo, a edição de Lei Complementar que regulamente o “relevante interesse público da União”.

O Artigo 24 do Substitutivo, por seu turno, possibilita que em terras indígenas superpostas a unidades de conservação, o usufruto exclusivo dos indígenas fique sob a responsabilidade do órgão federal gestor da área protegida, observada a compatibilidade do regime de proteção respectivo. O Artigo viola o direito originário dos povos indígenas sobre suas terras, que é anterior à proteção das unidades de conservação da natureza. Além disso, o usufruto exclusivo dos indígenas só por eles pode ser exercido, sendo impassível de transferência a “órgão gestor de unidade de conservação”, sob pena de violação da dignidade da pessoa humana e imposição de regime tutelar não mais admitido a partir do advento do Artigo 232 da Constituição.

Além do já exposto, **o Artigo 27, *caput*, § 2º e inciso II, permite a celebração de “contratos que visem à cooperação entre índios e não-índios para a realização de atividades econômicas, inclusive agrossilvipastoris, em terras indígenas”.** A realização de atividades pelos próprios indígenas, a partir de sua

⁸ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n.º 34.250 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 19/10/2020.



autonomia da vontade, não é vedada pela Constituição. **O texto, contudo, prevê a possibilidade de “contratos de cooperação para a realização de atividades econômicas”, criando conceito vago e genérico, que não estabelece ato negocial definido e que poderá autorizar atividades incompatíveis com a posse permanente dos indígenas.** Nesse sentido o STF já proclamou: “A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas (“res extra commercium”), proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas (ACO 323/MG, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, v.g.), **considerando ineficazes, ainda, as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica**”⁹.

Pelo exposto, os Artigos 20, III e IV, bem como Artigos 23 e 24 do Substitutivo padecem de patente inconstitucionalidade, por transgressão aos Artigos 231, § 2º, 3º, 4º, 6º e 7º da Constituição.

5. Risco à Vida, Saúde, Segurança, Dignidade, Usos e Costumes e Autodeterminação de Povos Indígenas que Vivem em Isolamento Voluntário:

O Artigo 231 da Constituição reconhece aos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Nessa linha, o Estado brasileiro, desde a redemocratização, estabeleceu destacada política de não contato com povos indígenas que vivem em isolamento voluntário. O revogado Decreto n.º 7.778/2012 e o Decreto n.º 9.010/2017, que o substituiu, trazem previsões sobre os direitos dos povos que vivem em isolamento voluntário. Define, por exemplo, que a Fundação Nacional do Índio (Funai) deve garantir aos povos indígenas isolados **o exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los** (Artigo 2º, d).

Atualmente, a Portaria Interministerial Conjunta n.º 4.094/2018, do Ministério da Saúde e da Funai, impõe que “A FUNAI comunicará à SESAI/MS a

⁹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n.º 34.250 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 19/10/2020.

existência de Povos Indígenas Isolados e as situações de contato ou de sua iminência, com vistas ao atendimento de saúde específico”. Nestes casos, caberá à Secretaria Especial de Saúde Indígena do Ministério da Saúde decidir sobre as ações e medidas que envolvam os aspectos técnicos de assistência médica e sanitária. Essas ações são norteadas por um “Plano de Contingência para Situações de Contato e do Plano de Contingência para Surto e Epidemias”. De se destacar que as “situações de contato”, via de regra, acontecem por iniciativa dos próprios povos isolados ou por incidentes, **jamais por ação deliberada do Estado no sentido de contactá-los.**

A diretriz de não contato é radicalmente alterada pelo Artigo 29 e parágrafos do Substitutivo. Confira-se:

“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.

§2º É vedado o contato e a atuação junto a comunidades indígenas isoladas de entidades particulares, nacionais ou internacionais, salvo se contratadas pelo Estado para os fins dispostos no caput, sendo, em todo caso, obrigatória a intermediação do contato pela Fundação Nacional do Índio.

O Substitutivo substitui a política de não-contato por uma política de “contato evitado” e cria a possibilidade de contatar povos isolados “para intermediar ação estatal de utilidade pública”, hipótese inédita e demasiadamente ampla, que constitui grave ameaça aos direitos dos povos indígenas.

Demais disso, o § 2º reinaugura hipótese abandonada pelo Estado brasileiro desde os idos da ditadura militar, ao permitir que o contato com povos isolados possa ser intermediado por “entidades particulares, nacionais ou internacionais”. Os indígenas isolados tem reconhecida a sua vulnerabilidade social e epidemiológica em face da maior suscetibilidade ao adoecimento e morte. Justamente por isso qualquer relação de contato sem a devida assistência do Estado e de equipes de saúde treinadas e preparadas para lidar com esse contexto pode gerar a contaminação e o extermínio de grupos inteiros. É esta a lição aprendida em contatos realizados no passado. Não bastasse tudo isso, o dispositivo abre espaço para a realização de contatos por missões religiosas, cujo

intuito é o de conversão religiosa dos povos indígenas, contrariando seus direitos de liberdade.

Pelo exposto, os dispositivos do Substitutivo maculam o Artigo 1º, III, 5º, *caput* e Artigo 231, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil.

6. Previsão de Indenizações a não indígenas vedadas expressamente pela Constituição:

O Artigo 231, § 6º, da Constituição ordena que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas”, não gerando a nulidade e a extinção direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

O Artigo 11 do Substitutivo viola frontalmente o Artigo 231, § 6º, ao instituir que: “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”.

O Parágrafo único do Artigo chega ao absurdo de estender a possibilidade de indenização a “posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada”, o que permitirá, inclusive, o pagamento de indenização a invasores que sequer tenham títulos de propriedade.

A hipótese é absolutamente inconstitucional e 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)’¹⁰.

Portanto, consoante estabelecido pelo Artigo 231, § 6º, não é devida qualquer indenização em virtude de atos ou negócios jurídicos praticados por terceiros e que envolvam terras indígenas. A única exceção prevista pela Constituição se refere às benfeitorias de boa-fé. Diante disso, inaplicável o Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal às demarcações de terras indígenas, bem como inconstitucional o Artigo 11 e parágrafo único do Substitutivo, por literal violação ao contido no Artigo 231, § 6º, da CRFB.

7. Ausência de Consulta Livre, Prévia e Informada - Inconvencionalidade:

Os Artigos 21 e 22 do Substitutivo estabelecem possibilidades de atividades que poderão ser realizadas em terras indígenas sem Consulta Livre, Prévia e Informada, direito previsto em diversos tratados internacionais¹¹ ratificados pelo Brasil. Trata-se do

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS n.º 34.250 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 19/10/2020.

¹¹ O Direito de consulta decorre tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e políticos (PIDCP), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), e a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. Também tem previsão expressa na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DADPI).

direito dos povos indígenas de serem consultados pelo Estado todas as vezes que medidas administrativas ou legislativas possam afetá-los diretamente.

Sobre o ponto, o Substitutivo prevê a dispensa de consulta para as seguintes medidas administrativas: i) instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares; ii) a expansão estratégica da malha viária; iii) a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico; iv) o resguardo das riquezas de cunho estratégico; e v) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal.

É de se ressaltar que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) enfatiza a “contribuição da desmilitarização das terras e territórios dos povos indígenas para a paz, o progresso e o desenvolvimento econômico e social, a compreensão e as relações de amizade entre as nações e os povos do mundo”. O Artigo 30, 1 e 2, da Declaração expressamente recomendam a realização de consultas antes de intervenções militares em terras indígenas:

“Artigo 30

1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, **a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas.**

2. **Os Estados realizarão consultas eficazes** com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.”

As demais hipóteses previstas no Substitutivo também devem ser objeto de consulta livre, prévia e informada, como previsto em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Além do já exposto, o Substitutivo também incide em patente vício de inconveniência formal, pois desconsidera a necessária consulta livre, prévia e informada da própria proposição legislativa. A consulta, por estar prevista em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, inclui regra procedimental ao processo legislativo e deve ser prévia à aprovação do PL, pois seu objetivo é a participação real e qualificada dos indígenas, bem como a consideração às suas razões antes da tomada de qualquer decisão. A consulta posterior à aprovação do projeto frustra a essência da consulta, já



que a decisão já teria sido ultimada. “Trata-se, em verdade, de um direito fundamental dos povos indígenas à consulta livre, prévia e informada cujo escopo é proteger a integridade cultural, social e econômica, bem como garantir a participação democrática em decisões que venham a afetar a comunidade indígena de forma direta ou indireta”¹².

Destarte, os Artigos 21 e 22 padecem de inconveniência por renunciarem a direito previsto em tratado internacional, que versa sobre direitos humanos, portanto, de estatura hierarquicamente superior à Lei Ordinária Federal, que por ela não pode ser sufragada.

Além disso, a proposição, em sua integralidade, também é inconveniente, haja vista que os povos indígenas, por intermédio de suas instâncias representativas, não foram consultados sobre a proposição.

8. Considerações Adicionais sobre o Conteúdo do Substitutivo ao PL n.º 490 e Propostas Apensas:

Verificadas as inconstitucionalidades incidentes sobre o Substitutivo apresentado à CCJC e seus apensos, restam, ainda, dois últimos aspectos concernentes ao mérito da referida proposição legislativa a serem elucidados na presente Nota Técnica. Ressalte-se, por oportuno, que, devido ao grande número de temas envolvidos, a presente nota destina-se a apontar os principais aspectos jurídicos, sem prejuízo de outras considerações que se mostrem necessárias ulteriormente. Vejamos.

O Artigo 14 dispõe que “Os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos serão adequados ao disposto nesta Lei”. O Artigo malfero o princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas consolidadas. As fases do processo de demarcação que se encerram sob a legislação vigente são acobertados pela preclusão administrativa, de modo que Lei nova não tem o condão de retroagir para fases anteriores dos processos administrativos que já se consumaram e se estabilizaram sob leis e decretos vigentes à época de sua realização. Notadamente, porque as normas que regulam a matéria já foram declarados

¹² JF/MT. 1ª Vara/Juína Processo n.º 0000387-03.2017.4.01.3606. 9 de novembro de 2018.

constitucionais pelo STF. Retroagir Lei nova a processos de demarcação que já demoram 10, 20 anos para serem finalizados configurará inadmissível mora do Estado brasileiro com os povos indígenas, que estão sob ameaça e em grave vulnerabilidade social.

Outro ponto de inconstitucionalidade reside na alteração prevista no Artigo 31 do Substitutivo, que altera o Artigo 1º da Lei n.º 11.460/2007. O dispositivo autoriza o cultivo de organismos geneticamente modificados em terras indígenas, hipótese que hoje é interdita. A hipótese transgredir “usos, costumes e tradições” indígenas à medida que poderá gerar a contaminação de sementes e espécies crioulas e nativas, comprometendo a segurança alimentar e o bem-estar das comunidades indígenas.

9. Conclusão:

Consideramos que o Substitutivo apresenta patentes vícios de constitucionalidade e convencionalidade, bem como configura incontestado retrocesso social, de forma que sugerimos a rejeição da Proposta pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

Brasília, 25 de maio de 2021.

JULIANA DE PAULA BATISTA
OAB/DF n.º 60.748

MÁRCIO SANTILLI
Assessor do Programa de Política e
Direito (PPDS)

MAURICIO GUETTA
OAB/DF n.º 61.111