



Excelentíssima Senhora Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros
Doutora Rita de Cássia Sant`Anna Cortez

Excelência,

Honrado com a prestigiosa designação pelo Plenário dessa prestigiosa instituição, para relatar a indicação nº , sirvo-me do presente para encaminhar à Vossa Excelência Parecer relativo ao Projeto de Lei nº 490 de 2007 (Apenso Projetos de Lei nºs: 1.218/2007, 1.606/2015, 3.700/2020, 2.302/2007, 2.311/2007, 3.896/2012, 1.003/2015;5.386/2020,5.993/2009; 2.479/2011; 6.818/2013, 1.218/2015, 1.216/2015), relatado pelo Excelentíssimo Senhor Deputado Federal Arthur Oliveira Maia(DEM-BA), conforme o documento em anexo.

Aproveito a oportunidade para renovar votos de estima e distinta consideração,

Atenciosamente

Rio de Janeiro, 5 de julho de 2021

Paulo de Bessa Antunes

Sócio /Relator

PARECER

Sumário

PRELIMINARES	3
1 - JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA EM PROCESSO LEGISLATIVO	5
MÉRITO	11
2 – DIREITO APLICÁVEL ÀS TERRAS INDÍGENAS	12
2.1 - A evolução do direito indigenista	12
2.1.1 – Colônia e independência	12
2.1.2 – República	17
2.2 – Constitucionalização das Terras Indígenas	20
2.2.1 - A Constituição de 1988	21
3 - O PROJETO DE LEI 490/2007	22
3.1 - Demarcação das Terras Indígenas	24
3.1 - Jurisprudência internacional sobre títulos indígenas	27
3.1.1 - O caso Raposa Serra do Sol e suas consequências	27
3.1.2 – A jurisprudência internacional	30
3.1.2. 1 - Estados Unidos	30
3.1.2.2 - Austrália	31
3.1.2.3 - Canadá	31
3.2 - Usufruto indígena	32
4 – CONCLUSÃO	36
Referências	37

Ementa: Projeto de Lei nº 490/2007. Aprovação na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Constituição Federal artigos 5º, §§ 1º e 2º e artigo 231. Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Inconstitucionalidade. Violação do artigo 6º (1) (a) da Convenção 169 da OIT. Direito à Consulta prévia livre e informada durante o processo legislativo. Precedentes das Cortes Constitucionais da Colômbia, Equador e Peru. Projeto

de lei que esvazia o conteúdo do artigo 231 da Constituição Federal a pretexto de regulamentá-lo. Demarcação de Terras indígenas. Bem de propriedade da União. Demarcação de natureza administrativa. Invasão de competência. Terras indígenas afetação constitucional. Natureza declaratória e não constitutiva. Inconstitucionalidade total do PL 490/2007

Palavras – chave

Direitos humanos. Terras indígenas. Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. Jurisprudência internacional. Consulta prévia, livre e informada.

1 - O presente parecer, solicitado pelo Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros tem por objetivo examinar a constitucionalidade do PL 490/2007 (Apensos Projetos de Lei nºs: 1.218/2007, 1.606/2015, 3.700/2020, 2.302/2007, 2.311/2007, 3.896/2012, 1.003/2015;5.386/2020,5.993/2009; 2.479/2011; 6.818/2013, 1.218/2015, 1.216/2015), relatado pelo Excelentíssimo Senhor Deputado Federal Arthur Oliveira Maia(DEM-BA), aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

2 - Conforme se demonstrará, o PL 490/2007 em seu conjunto é inteiramente inconstitucional, salvando-se apenas alguns poucos dispositivos que, se aprovados, redundarão em texto legal destituído de coerência interna e, portanto, imprestável, motivo pelo qual deve ser rejeitado.

PRELIMINARES

3 – A República Federativa do Brasil é parte da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais [Convenção 169], promulgada pelo **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**, posteriormente revogado pelo Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019 que “ **consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da**

Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil.”

4 - O PL 490/2007 não faz qualquer menção à Convenção nº 169, ou mesmo a outros documentos internacionais e/ou nacionais que cuidam da temática indígena, tais como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹ e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas².

5 - A Convenção 169 é um importante instrumento de defesa dos direitos humanos dos povos indígenas e tribais e, no Brasil, em face do disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º combinados com o artigo 231 da Constituição Federal se constitui em relação de direitos fundamentais dos povos indígenas.

6 - No que se refere especificamente ao PL 490/2007, o artigo 6º (1) (a) da Convenção 169 determina que:

Artigo 6º

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

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

7 – A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, em seu artigo 19, estabelece que:

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

¹ Disponível em < https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf > acesso em 03/07/2021

² Disponível em < https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf > acesso em 03/07/2021

8 – No mesmo sentido é o que contém a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas que, em seu artigo XXIII (1) e (2) estabelece que:

Artigo XXIII - Participação dos povos indígenas e contribuições dos sistemas legais e de organização indígenas.

1.Os povos indígenas têm direito à participação plena e efetiva, por meio de representantes por eles eleitos, em conformidade com suas próprias instituições, na tomada de decisões nas questões que afetem seus direitos e que tenham relação com a elaboração e execução de leis, políticas públicas, programas, planos e ações relacionadas com os assuntos indígenas.

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

9 - Logo, considerando-se que as disposições da Convenção 169 são autoaplicáveis (C.F. § 1º do artigo 5º) e que a República Federativa do Brasil é integrante da Organização das Nações Unidas e da Organização do Estados Americanos, não tendo oposto resistência à adoção das Declarações de direitos indígenas, é evidente que o PL 490/2007 **não poderia tramitar sem a competente consulta prévia livre e informada das populações indígenas.**

10 - Na América do Sul, as Cortes Constitucionais da Colômbia e do Equador já tiveram oportunidade de examinar a questão relativa à necessidade de Consulta prévia, livre e informada das populações indígenas, por meio de seus representantes, mesmo durante a tramitação de projetos de lei perante as Casas Legislativas.

1 - JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA EM PROCESSO LEGISLATIVO

11 - Na **Colômbia**, a Corte Constitucional, ao decidir sobre a constitucionalidade do Estatuto de Desenvolvimento Rural [EDR], proferiu a **Sentença C- 175/09³³** que reconheceu a inconstitucionalidade do EDR, devido a omissão do **dever estatal de consulta prévia às comunidades indígenas e outros grupos étnicos que pudessem vir a ser afetados pela norma.**

³³ Disponível em < <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-175-09.htm> > acesso em 01/07/2021

12 – Na hipótese, os autores da medida judicial impugnaram a totalidade da Lei 1.152/07 sob o argumento de violação aos artigos 2º, 7º, 40 e 330 da Constituição Colombiana e ao artigo 6º da Convenção 169 da OIT, haja vista que as comunidades indígenas e afrodescendentes **não foram consultadas quando da elaboração do projeto de lei, nem quando de sua tramitação perante o Congresso**. Os autores afirmaram que durante a tramitação do projeto de lei foram realizadas algumas reuniões informativas para poucos setores sociais que, todavia, não foram suficientes para atender às determinações constantes da Sentença SU – 039/97 da Corte Constitucional e, portanto, não cumpriram com as exigências para que a consulta pudesse ter validade jurídica.

13 - A impugnação sustentou que a Convenção 169 estabelece que os governos têm a obrigação de respeitar a importância que possui, para as culturas e valores espirituais dos povos indígenas e tribais, a ligação com a terra e os territórios que está tratada em vários artigos da própria convenção. No caso concreto, o EDR, têm várias disposições reativas às comunidades indígenas e tribais e, portanto, sobre tais comunidades tem inequívoca repercussão. Inobstante tais considerações, as comunidades afetadas não puderam exercer o direito à consulta prévia, fato que contamina todo o EDR, motivo pelo qual requereram a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei 1152/07.

14 - A Corte Constitucional entendeu que a Lei 1.152/07 é uma “regulação integral e sistemática sobre o desenvolvimento rural e o uso e aproveitamento da propriedade agrária.”, e, em tal condição, deve ser submetida ao processo de consulta prévia das comunidades indígenas e afrodescendentes, “em razão da especial conotação que o território tem para estes povos”. Acrescentou, ainda que o **processo de esclarecimento e consulta desenvolvido pelo governo junto às comunidades indígenas e afrodescendentes não foi adequado, pois iniciado quando a tramitação legislativa do projeto de lei já se encontrava em fase avançada**, o que indicava uma **“circunstância incompatível com a vigência do princípio de boa-fé nos processos de consulta prévia”, impedindo qualquer convalidação do que já fora praticado pela administração.**” As consultas formuladas pela Administração poderiam ser tidas como expressão de um direito de participação de caráter geral, o qual, no entanto, não se confunde com as

modalidades concretas das comunidades indígenas e afrodescendentes às quais se refere o artigo 6º da Convenção 169 da OIT, que correspondem a um procedimento substantivo de índole constitucional, dirigido a satisfazer o

direito fundamental à consulta prévia, do qual são titulares as comunidades indígenas e afrodescendentes

15 - Diante das questões acima suscitadas, a Corte entendeu que toda a norma deveria julgada inconstitucional, gerando a decisão efeitos para o futuro.

16 – No **Equador**, a Corte Constitucional, para o período de transição, proferiu importante decisão relativa à aplicação da Consulta Prévia consubstanciada na Sentença nº 001-10-SIN-CC⁴, Casos nº 0008-09-IN y 0011-09-IN (acumulados), 19 de março de 2010² quando se debateu sobre a constitucionalidade da Consulta prevista no artigo 90 da Lei de Mineração e, diante do numeral 7 e 17 do artigo 57 da Constituição, dentre outros, e, se assim não fosse, quais as regras e procedimentos mínimos a serem adotados nas Consultas Prévias para atenderem o determinado pelos dispositivos constitucionais? Ao explicitar o papel do Tribunal no período de transição, a Corte afirmou que:

A Constituição de 2008 estabelece uma nova forma de Estado, o estado Constitucional de Direitos e justiça, cujos traços básicos são: 1) o reconhecimento do caráter normativo superior da Constituição; 2) a aplicação direta da Constituição como norma jurídica; 3) o reconhecimento da jurisprudência constitucional como fonte primária de direito.

17 - A partir do entendimento acima, a Corte dá início à uma argumentação para tratar a norma impugnada, desde o ponto de vista de uma interpretação conforme. No que concerne à **consulta pré-legislativa prevista na Constituição, a questão que se colocou perante ao tribunal dizia respeito à sua natureza formal ou não**. Desta forma a Corte estabeleceu que:

Na opinião do Tribunal, embora seja verdade que a consulta pré-legislativa faz parte dos elementos que compõem o processo de aprovação das leis, **na realidade não é um mero procedimento ou formalidade**. Com efeito, no parecer do Tribunal, e de acordo com o artigo 57, número 17 da Constituição da República, a consulta pré-legislativa constitui um direito constitucional de natureza coletiva.

.....

Entre o conjunto de direitos coletivos reconhecidos pela Constituição do Equador às comunas, comunidades, povos e nacionalidades, estão os relacionados à participação destes nos assuntos que lhes dizem respeito. No entanto, um dos direitos de participação, de particular relevância para este caso, está contido no artigo 57, número 17 da Constituição, que estabelece a obrigação do Estado de consultar as comunas, comunidades, povos e nacionalidades antes de adotar uma medida legislativa que possa afetar qualquer dos seus direitos coletivos, um direito que é conhecido nos

⁴ Disponível em < https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2010/001-10-SIN-CC/REL_SENTENCIA_001-10-SIN-CC.pdf > acesso em 01/07/2021

instrumentos internacionais de direitos humanos como "consulta pré-legislativa".

18 - A Corte, com vistas a aproveitar os atos administrativos praticados pela Administração, avançou no sentido de estabelecer exceções aos números 7 e 17 do artigo 57, com vistas a dar aplicação a outro artigo constitucional, o qual deverá ser aplicado em conjunto com a Convenção 169:

Na verdade, com base em uma leitura textual dos preceitos constitucionais acima mencionados, é claro que as consultas previstas nos números 7 e 17 do artigo 57 da Constituição determinam o grupo a que devem dirigir-se e, como afirmado em linhas anteriores, como direitos coletivos, seu exercício exclui os cidadãos em geral.

Com base no exposto, este Tribunal conclui que a entidade da qual o convite veio ao Presidente da Confederação de Nacionalidades Indígenas do Equador, CONAIE, foi o Ministério de Minas e Petróleo. Dita ação, embora não atenda ao artigo 57, número 17 da Constituição, que prevê que o órgão que deve realizar essa consulta prévia é aquele que tem poder ou poderes para adotar medidas legislativas, ou seja, a Assembleia Nacional, atende ao texto do artigo 6 da Convenção 169 da OIT, que prevê: “os governos deverão: a) consultar os povos interessados, por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”

19 - A partir do raciocínio acima exposto, a Corte afirmou que, uma vez que o Estado realizou processo de consulta por meio do Ministério de Minas e Petróleo e que, em termos de consultas ambientais, a medida adotada foi adequada e, portanto, poderia ser aproveitada para a finalidade de atender ao número 17 do artigo 57:

Por outro lado, o referido processo, realizado pelo Ministério das Minas e Petróleo, guardou plena conformidade com outro dos processos previstos na Constituição, aquele previsto no artigo 398 da Constituição, e que não faz parte dos direitos coletivos das comunidades indígenas, povos e nacionalidades a que se refere o artigo 57 da Carta Fundamental. O referido preceito estabelece, de forma clara, que, em caso de possível prejuízo para o meio ambiente, o encarregado da consulta será o Estado.

Assim, embora o processo de consulta promovido pelo então Ministro das Minas e do Petróleo seja mais consistente com a disposição prevista no artigo 398 da Constituição, não há dúvida de que, de certo modo, o fato de solicitar a participação de um setor de comunidades indígenas, povos e nacionalidades, também denota uma aplicação direta do artigo 57, número 17 da Constituição.

20 - Após ter feito tais esclarecimentos, a Corte Constitucional indicou os parâmetros a serem levados em consideração para o exame da norma impugnada, afirmando que:

Mesmo assim, existem outras fontes que permitem a este Tribunal estabelecer os parâmetros mínimos necessários que devem ser cumpridos por qualquer processo de participação para que se possa dar o nome de "consulta prévia" nos termos do numeral 7 do artigo 57 da Constituição. Entre as fontes mais importantes, com as quais conta esta Corte estão a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso de Saramaca vs. Suriname); as decisões de Tribunais e Cortes constitucionais da região, como a colombiana (ver Sentença do Tribunal Constitucional C-161 de 2001); Sentença do Tribunal Constitucional do Chile (Roll 309 de 4 de agosto de 2000), as recomendações do comitê de especialistas da OIT ou os relatórios do Relator Especial das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, que fazem parte do que é conhecido como Soft Law e, nesse sentido, são relevantes para o Equador. Em virtude disto, este Tribunal usará as recomendações gerais do Relator Especial James Anaya, no que diz respeito aos requisitos mínimos que o processo de consulta deve atender para merecer esse nome.

21 - A Corte equatoriana, finalmente e dando interpretação conforme aos dispositivos legais decidiu que:

1 - Declarar que, na ausência de um corpo normativo que regule os parâmetros da consulta pré-legislativa, o processo de informação e participação implementado antes da emissão da Lei de Mineração foi desenvolvido em aplicação direta da Constituição; conseqüentemente, a arguição a inconstitucionalidade formal da Lei de Mineração é rejeitada.

2. Que a **consulta pré-legislativa é de natureza substancial** e não formal.

22 – Assim, é claro que a Corte Constitucional equatoriano entendeu obrigatória a consulta pré-legislativa dos povos indígenas, sempre que em tramitação projetos de lei que possam interferir em seus direitos.

23- No **Peru**, assim como na Colômbia e no Equador, a matéria relativa à Consulta pre-legislativa (administrativa) foi examinada pela Corte Constitucional. No ano de 2011, o cidadão Gonzalo Tuanama Tuanama e mais outros 6.226 cidadãos obtiveram decisão final na medida judicial de inconstitucionalidade (EXP. N.º 00024-2009-PI)⁵, a qual impugnava o Decreto Legislativo 994, que dispunha sobre a promoção de investimentos privados em projetos de irrigação e sobre a ampliação da fronteira agrícola peruana. Conforme os argumentos apresentados pelos autores, a medida era inconstitucional pois, o (1) Decreto Legislativo foi editado sem a realização da Consulta Prévia Livre e Informada aos povos indígenas, violando a Convenção 169 da OIT e os artigos 19, 30 e 32 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; logo, (2)

⁵ Disponível em < <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html> > aceso em 01/07/2021

violando o artigo 118, I da Constituição Peruana. De acordo com a argumentação dos autores, o Decreto Legislativo nº 994 incentiva projetos de irrigação em terras não cultivadas, com exceção das que tivessem títulos de propriedade privada ou comunal; logo, as comunidades não tituladas, mesmo que exercendo posse ancestral, poderiam ser desalojadas para a implantação dos referidos projetos. Os autores aduziram que a simples posse imemorial de seus territórios era suficiente para outorgar-lhes o direito de propriedade que deve ser reconhecida pelo Estado, como já fora amplamente reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos relativos aos povos indígenas.

24 - Em resposta, o governo peruano, dentre outras coisas, sustentou que a Convenção 169 da OIT é inaplicável no Peru, dado que o país possui uma população predominantemente mestiça e que grande parte da população rural tem como origem ancestrais indígenas, todavia com o desenvolvimento da civilização se tornaram mestiças, sendo arbitrário enquadrar todas as populações rurais e nativas como povos indígenas. Resulta daí a necessidade de adaptar a Convenção 169 à realidade peruana. Logo, o Decreto Legislativo não é inconstitucional pelo fato de não ter determinado a realização da consulta prévia.

25- A Corte decidiu que a sua jurisprudência, em casos motivados por conflitos sociais posteriores ao ano de 2009, tem afirmado o **valor constitucional do direito à consulta prévia dos povos indígenas**, o qual serve para afiançar a garantia de um conjunto de direitos fundamentais específicos, derivados de um tratado com nível constitucional, a Convenção 169, conforme estabelecido pelos precedentes do tribunal [STC 6316-2008-PA/TC e STC 5427-2009-PC/TC]. O tribunal decidiu que o direito de consulta está constituído por uma série de posições “iusfundamentais”, que, conforme a decisão STC 0022-2009-PI/TC, Fund. Jur. Nº 37.

26 -Finalmente, o Tribunal Constitucional decidiu que o direito à consulta não é um direito individual, mas de natureza coletiva, devendo ser requerido de forma apropriada pelas entidades representativas dos povos indígenas, “**sendo constitucionalmente obrigatório cada vez que o Estado preveja medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente**”. Acrescentou a Corte que, em abstrato não cabe determinar quando uma medida afeta diretamente aos povos indígenas, de qualquer forma, não é difícil perceber que nela se encontram compreendidas quaisquer medidas estatais – administrativas ou legislativas – cujo efeito seja “*menoscabar, prejudicar,*

influir desfavoravelmente ou provocar uma alteração direta nos direitos e interesses coletivos dos povos indíg⁶enas.”

27 – No direito brasileiro, merece destaque o voto do Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus nº 87.585/2008, *in verbis*:

Explico-me, que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas desses tratados são materialmente constitucionais. Integram, como dirira Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos princípios e valores nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004 não são meras leis ordinárias, pois tem a hierarquia de advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

28 - Conforme se pôde ver, a tramitação legislativa de Projetos de Lei que possam afetar os povos indígenas somente é constitucional quando efetuada a consulta prévia livre e informada dos povos indígenas durante o próprio processo legislativo. **Logo, tendo em vista a falta de tal requisito constitucional, o PL 490/2007 é inconstitucional em sua totalidade.**

29 – Caso seja ultrapassada a preliminar antes suscitada, no

MÉRITO,

30 - O Projeto de Lei nº 490/2007 é inconstitucional na sua íntegra. Com efeito, a pretexto de regulamentar o artigo 231 da Constituição Federal, o PL esvazia o conteúdo do Texto

⁶ Disponível em < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891> > acesso em 03/07/2021

Constitucional, ainda que uma ou outra disposição possa estar em conformidade com a norma constitucional.

31 - O presente parecer examinará os aspectos fundamentais do PL 490/2007, em especial os referentes à regulamentação das terras indígenas e do usufruto indígena que, na opinião do parecerista, formam o núcleo essencial do PL ora examinado.

2 – DIREITO APLICÁVEL ÀS TERRAS INDÍGENAS

32 – Para que se possa fazer crítica em profundidade ao Capítulo II do PL 490/2007 (DO RECONHECIMENTO E DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS), que se divide em 3 (três) categorias as (1) tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos moldes do art. 231, §1º, Constituição Federal, as (2) áreas reservadas, consideradas as destinadas pela União por outras formas que não a prevista no inciso I do artigo 3º do PL 490/2007 e as (3) áreas adquiridas, consideradas as havidas pelas comunidades indígenas pelos meios admissíveis pela legislação, tais como a compra e venda e a doação, se faz necessária uma breve análise histórica das terras indígenas no Brasil.

2.1 - A evolução do direito indigenista

2.1.1 – Colônia e independência

33 - O direito aplicável aos indígenas é o direito *indigenista* que não se confunde com o direito indígena (ou direitos indígenas); Direito indigenista é o conjunto de normas jurídicas produzidas por autoridades colonizadoras, sucedidas pelos estados nacionais, voltadas para os povos indígenas, independentemente de sua participação ou consentimento quanto à sua produção. As suas normas buscam regular todos os aspectos da vida dos indígenas ou de suas comunidades. É, portanto, um *direito externo* à comunidade que pretende regular. O vocábulo indigenista significa relativo ao indianismo ou estudo dos índios; por sua vez, indígena pode ser entendido como pessoa nativa do local ou país onde habita. (ANTUNES, 1998)

34 - O direito *indígena* é o direito produzido pelas diferentes sociedades indígenas e é a elas aplicável. No caso específico do Brasil, as sociedades indígenas existentes à época

da colonização regiam-se basicamente por normas de direito costumeiro que variavam conforme as diferentes sociedades, ainda que guardassem diversas características comuns (CLASTRES, 1974).

35 - A legislação aplicável aos indígenas nas Américas, desde a chegada dos europeus ao Novo Mundo sempre foi contraditória e muito dependente da conjuntura política e militar entre os indígenas e os europeus. Os indígenas podiam ser *bravos* ou *mansos*, conforme as alianças que mantivessem com os europeus. Os índios eram exaltados ou odiados, conforme a posição que ocupassem na sociedade colonial (CUNHA, 2012). Também, não se deve esquecer que, em função de alianças políticas, guerras e outros fenômenos sociais e políticos, os indígenas desempenharam papéis variados e relevantes na formação da sociedade colonial e pós-colonial (ALMEIDA, 2010).

36 - O direito brasileiro, desde a época colonial, sempre tratou da questão das terras ocupadas pelos indígenas com muita ênfase. O tema foi se tornando mais relevante, na medida em que aumentava a pressão sobre os territórios indígenas para incorporá-los à economia nacional. Conforme anotou Alcida Ramos (1986), a terra não é apenas um recurso natural, sendo também um recurso sociocultural de importância equivalente para os indígenas. Foi enorme a legislação colonial regulando o acesso e o uso das terras indígenas, sendo o chamado diretório dos índios a mais relevante. Rita Heloisa de Almeida (1997, p. 14) entende que “[s]ituado em seu próprio tempo e espaço, o *Diretório* teve o cunho de carta de orientação da amplitude equivalente às Constituições que atualmente regem as nações”.

37 - O Regimento de Tomé de Souza recomendava que o Governador-geral explorasse as rivalidades entre os diferentes povos indígenas, prestigiando os amistosos e combatendo os inamistosos (ANTUNES, 2019). O historiador do direito, Perdigão Malheiro (1867) afirmava que o Regimento, ao mesmo tempo, “recomendava...com cruel contradição” que se fizesse guerra aos que se mostrassem inimigos, destruindo aldeias e povoações, matando e cativando, fazendo executar nas próprias aldeias alguns chefes que pudessem aprisionar enquanto negociava a paz. Em relação aos *índios amigos*, autorizava a *concessão de terras e aldeamento*, havendo a exigência de que os convertidos ao cristianismo se estabelecessem junto às povoações “porque com o trato dos cristãos mais facilmente se hão de policiar”.

38 - Neste ponto, é importante observar que a *concessão* de terras para aldeamento, significava a remoção ou atração dos indígenas de seus territórios originais para outros nos quais as aldeias eram estabelecidas ou, na melhor das hipóteses, *conceder* aldeias em terras que já estavam ocupadas pelos indígenas. As aldeias eram destinadas aos índios *amigos* e, sobretudo, tinham o intento de, gradativamente, catequisar os indígenas e incorporá-los à *civilização*. As determinações encontravam a sua justificação jurídica no domínio, de fato e de direito, que Portugal tinha sobre as terras da colônia.

39 - A legislação colonial era *bifronte*, pois tinha duas formas diferentes de tratar aos indígenas. A dicotomia se expressava, inclusive, na própria designação dada aos indígenas: Tapuia, em Tupi, significa bárbaro e foi a palavra utilizada por eles para denominar todos os estrangeiros. Os portugueses se apropriaram do vocábulo e todos os indígenas que não fossem Tupi eram tapuia (ALMEIDA, 2010).

40 - À legislação indigenista faltava a característica de norma geral, aplicável a todos, pois era casuística, criada para resolver concretas. Ela não pressupunha uma igualdade jurídica entre os indígenas e os colonizadores e, igualmente, não estava centrada em uma igualdade jurídica entre todos os indígenas. O direito português aplicável ao Brasil, durante o período colonial foi o das Ordenações Afonsinas (1446 - 1514), Manuelinas (1521 - 1595) e Filipinas (1603 - 1824) (ASCENSÃO, 1984), sendo um direito anterior aos conceitos filosóficos e jurídicos da revolução francesa e, portanto, ainda cheio de privilégios e distinções. Elas eram compilações das normas esparsas existentes no reino português que buscaram facilitar a aplicação do direito. Contudo, além das Ordenações existia a chamada legislação de circunstância e local que, no período colonial era composta por cartas de lei, cartas patentes, alvarás e provisões reais, regimentos, estatutos, pragmáticas, forais, concordatas, privilégios, portarias e avisos. Já em 1558, Men de Sá, terceiro Governador-geral do Brasil recebeu Carta Régia, recomendando fosse respeitado e preservado o *índio cristão* em suas terras (MARCHINI, 2011). Aqui, como se vê, havia um respeito e reconhecimento ao direito de posse por ocupação, como um título legítimo.

41 - Os índios *amigos*, como anota Perdigão Malheiro (1867), contudo, não estavam livres de sofrer *vexames* por parte dos colonos que podiam inclusive adquirir a forma de escravidão *disfarçada*, pois os trabalhos compulsórios podiam assumir diversas formas jurídicas e, necessariamente, não implicavam em uma submissão completa do trabalhador ao tomador do trabalho. Veja-se, portanto, que apesar do tratamento *privilegiado* para o

índio *cristão*, este não estava livre de sofrer humilhações e discriminações por parte dos colonizadores e, certamente, a recomendação não impedia a expropriação de suas terras.

42 - Da mesma forma, a necessidade de mão de obra para as novas culturas levou à implantação de um regime escravocrata, com vistas ao aproveitamento da força de trabalho aborígene. Assim, a lógica da expansão da agricultura da cana-de-açúcar fazia com que a escravidão e a expropriação das terras indígenas fossem necessariamente ligadas. As resistências dos indígenas à *adaptação* ao modelo econômico, levaram às vacilantes e contraditórias normas legais relativas à *liberdade* dos gentios, muito embora não tenham eliminado a expropriação territorial dos indígenas e nem as outras formas de submissão, em especial as culturais e espirituais.

43 - **Logo no início do século XVII a legislação colonial reconhecia o direito a posse de terras pelos indígenas.** Manuela Carneiro da CUNHA (1987) aponta que a Carta Régia de 30 de julho de 1609 e a de 10 de setembro de 1611 reconheciam o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhes foram alocadas nos aldeamentos. Ainda no século XVII, surgiram outros alvarás e atos governamentais que dispunham sobre o direito dos indígenas às suas terras. **É interessante ressaltar a própria redação da Provisão de 1º de abril de 1680 [Indigenato], pela qual foi reconhecido oficialmente que os povos indígenas foram os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras.** Em razão de tal reconhecimento, o Estado passa a estabelecer áreas exclusivas para os índios, buscando compensar as enormes perdas por eles sofridas e controlar a expansão da colonização.

44 - **A Provisão de 1º de abril de 1680 tratou do aldeamento e da catequese dos povos indígenas do Maranhão mas, apesar disto, pode ser apresentada como um marco para a legislação indigenista, vez que o Alvará de 8 de maio de 1758 determinou a sua extensão para todos os povos indígenas do Brasil. O § 4º da provisão de 1680 determinou fossem destinadas terras aos índios que descessem do sertão. Havia a proibição explícita de que os silvícolas fossem mudados das terras a eles destinadas, sem que assim o *consentissem*.**

45 - No período colonial foram três as leis de *liberdade absoluta* (1609, 1680, 1755) para os indígenas. A Lei de 6 de junho de 1755 é conhecida como o Diretório Pombalino cuja duração foi efêmera, pois extinto pela Carta Régia de 1798, muito embora tenha sido uma norma fundamental no contexto do direito indigenista. O Diretório extinguiu as missões

e atribuía a um diretor nomeado pelo Governador-geral o governo das aldeia. O objetivo, mais uma vez, era a “civilização” dos indígenas, com o ensino da língua portuguesa em escolas, a adoção de nomes e sobrenomes portugueses, a construção de casas a partir do modelo europeu, a obrigatoriedade do uso de roupas e o incentivo ao casamento entre índios e brancos. Além disso, o Diretório dos Índios regulou a distribuição de terras para o cultivo, as formas de tributação, a produção e comercialização agrícola, as expedições para coleta de espécies nativas e a prestação de serviços nos povoados.

46 - A legislação colonial indigenista foi ampla, assistemática e contraditória. Entre os estudiosos do tema não há um consenso sobre quais as primeiras normas e qual o seu alcance efetivo, muito embora não se duvide de que, em muitas oportunidades, o seu caráter era profundamente retórico (ANTUNES, 2019).

47 - A legislação indigenista do Reino de Portugal, Brasil e Algarves não foi muito diferente daquela produzida no período colonial, como exemplo podemos ver a Carta Régia de 2 de dezembro de 1808. Também merece registro a Carta Régia de 5 de setembro de 1811 pela qual foi aprovado o plano de uma sociedade de comércio entre as Capitanias de Goiás e Pará, que foi bastante explícita quanto ao tratamento a ser dado aos indígenas.

Igualmente parece que será útil tentar por meio do perdão, o que o desertor do Pará, que vive com a nação Canajá, tem exigido para ela, prometendo que assim tornará à boa fé e antiga harmonia. Acontecendo porém que este meio não corresponda ao que se espera, e que nação Canajá continue nas suas correrias, será indispensável usar contra ela da força armada; sendo este também o meio de que se deve lançar mão para conter e repelir as nações Apinajé, Xavante, Xerente e Canoeiro; porquanto, suposto que os insultos que elas praticam tenham origem no rancor que conservam pelos maus tratamentos que experimentaram da parte de alguns Comandantes das Aldeias, não resta presentemente outro partido a seguir senão intimidá-las, e até destruí-las se necessário for, para evitar os danos que causam.

48 - Em 1818, Don João VI, baixou Provisão para o governador da Capitania de São Pedro do Rio Grande, na qual recomendava fosse promovida a *civilização e educação dos índios*. Já em 25 de fevereiro de 1819, por Decreto, foram concedidos *mercês e favores* aos índios habitantes de vilas do Ceará Grande, Pernambuco e Paraíba que *marcharam contra os revoltosos, que na Villa de Recife tinham atentado contra a minha real soberania*.

49 - No Império, a Lei de 27 de outubro de 1831 revogou as Cartas Régias que mandavam fazer guerra e pôr os índios em servidão e que, também, equiparava os indígenas aos órfãos e que era uma situação jurídica com todos os resguardos que a Ordenação do livro I, título 88, assegura a essa *classe de tutelados*, ou seja, deveriam ser protegidos por um juiz de órfãos, em última instância, pelo Estado brasileiro.

50 - Vale observar que o Regulamento acerca das *Missões de catequese, e civilização dos Índios* (Decreto nº 426, de 24 de julho de 1845), no §3º do artigo 1º estabeleceu que deveriam ser tomadas medidas de precaução para que, nas remoções não fossem

violentados os Índios, que quiserem ficar nas mesmas terras, quando tenham bem comportamento, e apresentem um modo de vida industrial, principalmente de agricultura. Neste último caso, e enquanto bem se comportarem, lhes será mantido, e às suas viúvas, **o usufruto do terreno, que estejam na posse de cultivar.**

51 - No século XIX houve um grande retrocesso na legislação indigenista, em boa medida, devido ao Ato Adicional de 1834, que atribuiu competência às Assembleias Provinciais para legislar, concorrentemente, com o Governo Geral e a Assembleia Nacional sobre assuntos indígenas, o que redundou em maior poder para as oligarquias provinciais que eram as grandes interessadas em ocupar as terras indígenas que sempre foram mais protegidas quando submetidas à legislação do poder central.

2.1.2 – República

52 - A República buscou construir um arcabouço legislativo que integrasse os indígenas à *civilização*. O decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que foi desmembrado pelo Decreto legislativo nº 3.454, de 6 de janeiro de 1918, dando origem ao Serviço de Proteção aos Índios [SPI] que foi extinto em 1967 com a criação da Fundação Nacional do Índio [FUNAI].

53 - No começo do século XX, os conflitos com os indígenas persistiam em especial com a expansão do café e a implantação de infraestrutura ferroviária, como é o caso da Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, que atravessava o território dos índios Kaingang, no estado de São Paulo. Ali, houve importantes conflitos entre os indígenas e os trabalhadores da estrada de ferro. Situação semelhante aconteceu nos estados de Minas Gerais e no Espírito Santo, quando os índios Botocudos reagiram à invasão de suas terras por colonos. Também no sul do Brasil, em Santa Catarina e Paraná houve lutas entre indígenas e colonos.

54 - Naqueles dias, assim como na atualidade, as denúncias internacionais sobre as condições dos indígenas brasileiros, em especial no ano de 1908, durante o XVI Congresso de Americanistas, em Viena, Áustria, tiveram repercussão na esfera interna, fazendo com que o Governo federal criasse uma estrutura para a proteção dos indígenas,

surgindo daí o SPI. Mais uma vez, o Estado brasileiro estabeleceu normas protetoras para os indígenas [Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928], que, nas esperançosas palavras de Oliveira Sobrinho (1992) era todo um código de direitos e garantias “durante quatro séculos incompletamente reconhecidos, pertinaz e hipocritamente descumpridos e burlados”. Por força do Decreto nº 5.484/1928 os indígenas foram emancipando da tutela orfanológica “qualquer que seja o grau de civilização em que se encontrem.” Os índios brasileiros foram classificados em (1) índios nômades; (2) índios arranchados ou aldeados; (3) índios pertencentes a povoações indígenas; e (4) índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

55 - A concepção positivista determinou restrições à *capacidade de fato* dos indígenas “enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada” (artigo 5º). Todos os aborígenes foram submetidos à tutela do Estado, desde que “não inteiramente adaptados”. A tutela estatal era exercida por intermédio dos inspetores do SPI que poderiam requerer em nome dos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os atos permitidos em direito. A se acrescentar que o artigo 7º do Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, estabelecia a nulidade dos “atos praticados entre indivíduos civilizados” e (1) índios nômades; (2) índios arranchados ou aldeados; (3) índios pertencentes a povoações indígenas, “salvo quando estes forem representados pelo inspetor competente, ou quem fizer as vezes deste.”

56 - O Decreto nº 5.484/1928, em seu Título II tratava das *terras para índios* que podiam ser as (1) do patrimônio nacional ou (2) as pertencentes aos estados. Em relação às terras pertencentes aos estados, o artigo 10 dispunha caber ao governo federal promover a cessão gratuita para o domínio da União das terras devolutas pertencentes aos Estados, que se acharem ocupadas pelos índios, bem como a das terras das extintas aldeias, que foram transferidas às antigas Províncias pela lei de 20 de outubro de 1887.

57 - O Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais [SPI] estabelecia em seu artigo 1º que as suas finalidades eram (1) prestar assistência aos índios do Brasil, vivessem eles aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou “promiscuamente com civilizados” e (2) estabelecer em zonas férteis, dotadas de condições de salubridade, de mananciais ou cursos de água e meios fáceis e regulares de comunicação, centros agrícolas, constituídos por trabalhadores nacionais.

58 - A assistência aos indígenas consistia, dentre outras coisas, em (1) velar pelos direitos que as leis vigentes conferem aos índios e por outros que lhes sejam outorgados; (2) *garantir a efetividade* da posse dos territórios ocupados por índios e, conjuntamente, do que neles se contiver, *entrando em acordo com os governos locais*, sempre que for necessário; (3) por em pratica os meios mais eficazes para evitar que os civilizados invadam terras dos índios e reciprocamente; (4) fazer respeitar a organização interna das diversas tribos, sua independência, seus hábitos e instituições, não intervindo para alterá-los, senão com brandura e consultando sempre a vontade dos respectivos chefes; (5) promover a punição dos crimes que se cometerem contra os índios; (6) fiscalizar o modo como são tratados nos aldeamentos, nas colônias e nos estabelecimentos particulares; (7) exercer vigilância para que não sejam coagidos a prestar serviços a particulares e velar pelos contratos que forem feitos com eles para qualquer gênero de trabalho; (8) procurar manter relações com as tribos, por intermédio dos inspectores de serviço de proteção aos índios, velando pela segurança deles, por sua tranquilidade, impedindo, quanto possível, as guerras que entre si mantêm e restabelecendo a paz; (9) concorrer para que os inspectores se constituam procuradores dos índios, requerendo ou designando procuradores para representa-los perante as justiças do país e as autoridades locais; (10) ministrar-lhes os elementos ou noções que lhes sejam aplicáveis, em relação as suas ocupações ordinárias; (11) envidar esforços por melhorar suas condições materiais de vida, despertando-lhes a atenção para os meios de modificar a construção de suas habitações e ensinando-lhes livremente as artes, ofícios e os gêneros de produção agrícola e industrial para os quais revelarem aptidões; (12) promover, sempre que for possível, e pelos meios permitidos em direito, a restituição dos terrenos, que lhes tenham sido usurpados; (13) promover a mudança de certas tribos, quando for conveniente o de conformidade com os respectivos chefes; (14) ministrar, sem caráter obrigatório, instrução primaria e profissional aos filhos de índios, consultando sempre a vontade dos pais

59 - O Regulamento, em seus artigos 3º/9º dispôs sobre as terras ocupadas pelos indígenas, estabelecendo que o Governo Federal “sempre que for necessário” deveria entrar em acordo com os governos estaduais ou municipais (1) para que fossem legalizadas convenientemente as posses das terras ocupadas pelos indígenas; (2) para que fossem confirmadas as concessões de terras, feitas de acordo com a lei de 27, de setembro de 1860; (3) para que fossem cedidas aos Ministério da Agricultura as terras devolutas

que forem julgadas necessárias para as povoações indígenas ou para a instalação de centros agrícolas.

60 - Uma vez demarcadas as terras ocupadas pelos indígenas, o governo” deveria providenciar para que fosse “**garantido aos índios o usufruto dos terrenos demarcados**” (artigo 6º), ficando-lhes vedado “arrendar, alienar ou gravar com ônus reais as terras que lhes forem entregues pelo Governo Federal” (artigo 7º). Os contratos que, porventura, fossem celebrados eram “considerados nulos de pleno direito”. **Os índios aldeados, na data da publicação do regulamento, que quisessem “fixar-se nas terras que ocupam” contariam com as providencias do governo “de modo a lhes ser mantida a efetividade da posse adquirida”** (artigo 10).

2.2 – Constitucionalização das Terras Indígenas

61 - Os indígenas são cidadãos brasileiros desde a Constituição de 1824 que, em seu artigo 6º, I, atribuía nacionalidade a “todos os que nascidos no Brasil”. A Constituição brasileira de 1824 não dedicou qualquer de seus itens ao tratamento dos problemas indígenas, muito embora tenha debatido a matéria, em seu texto final foi totalmente omissa.

62 - *A Constituição de 1891 ignorou os indígenas*, muito embora o Decreto nº 7 de 20 de novembro de 1889, em seu artigo 2º, § 12 tenha atribuído aos governadores dos Estados a competência para promover a “catequese e civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias.”

63 - A Constituição de 1934 trata dos indígenas, sendo que o seu artigo 5º, XIX, m estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” e o artigo 129 determinava *o respeito a “posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”*

64 – A Constituição de 1946, reproduzindo as disposições constitucionais de 34 e 37, estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre a “*incorporação dos silvícolas à comunhão nacional*” (artigo 5º, XV, r), assim como por seu artigo 216 assegurou o respeito “*aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.*”

65 - Consigna-se que as Constituições de 1934, 1937 e 1946 estavam construídas sobre a concepção integracionista, ou seja, os indígenas deveriam ser absorvidos pela sociedade nacional, perdendo as suas características culturais e étnicas, seguindo a tradição das missões religiosas que, durante séculos foram responsáveis pela incorporação dos indígenas à cultura ocidental e, sobretudo, ao cristianismo.

66 - A Carta de 1967 **incluiu as terras ocupadas pelos silvícolas entre os bens da União** (artigo 4º, IV), reafirmando a competência da União para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (artigo 8º, XV, o) e assegurou “aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido **o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.**”(artigo 186).

67 - A Emenda Constitucional nº 1/1969, ao dar nova redação à Constituição de 1967, em especial, dispôs no artigo 198 que “**as terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.**”

68 – Assim, do ponto de vista jurídico e constitucional, até mesmo o regime cívico-militar implantado no Brasil em 1964, pelo menos retoricamente, reconheceu os direitos indígenas sobre as suas terras. O certo é que o Projeto de Lei nº 490/2007, no particular retrocede em relação às Constituições do regime cívico-militar, se constituindo em violentíssimo atentado contra os direitos dos povos indígenas.

2.2.1 - A Constituição de 1988

69 - A Constituição Federal de 1988 é uma importante alteração no regime jurídico aplicável aos indígenas no Brasil. Em primeiro lugar deve ser ressaltado que a concepção de integração à comunhão nacional foi rejeitada pelo Texto Constitucional que abandonou à ideia integracionista em relação aos indígenas. O Texto de 1988, embora inovador, manteve normas que já se encontravam presentes em Textos Constitucionais anteriores. O usufruto exclusivo (artigo 231, § 2º), ainda que não explicitamente, já estava presente na Constituição de 1934. A nulidade dos atos que tenham por objeto a ocupação,

o domínio e a posse das terras indígenas, já se encontrava presente na Carta de 1969 (artigo 231, § 6º).

70 - No que tange ao usufruto exclusivo dos indígenas, registre-se que este já se encontrava previsto na lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), artigo 22⁷, haja vista que tanto a Constituição de 1967⁸, quanto a de 1969⁹ dele dispunham. Também é notável que o usufruto indígena das terras ocupadas pelos aborígenes é instituto que vem desde o direito colonial.

71 – A Constituição de 1988 é, portanto, uma consolidação dos direitos tradicionalmente ostentados pelos indígenas na ordem jurídica nacional, muito embora não se limite a isto. Com efeito, a Constituição de 1988 incorpora conceitos de autonomia dos povos indígenas e de centralidade dos direitos territoriais, com todas as consequências daí advindas.

3 - O PROJETO DE LEI 490/2007

72 – O Projeto de Lei nº490/2007 é de tal maneira inconstitucional que dele nada se aproveita.

⁷ Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes. Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal).

⁸ Disposições Gerais e Transitórias: art.186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

⁹ Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

73 – Na Seção II do Capítulo II (Das terras indígenas tradicionalmente ocupadas), destaca-se do artigo 4^{o10} o seguinte:

Art. 4º São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram simultaneamente:

§ 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 da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no §3º.

74 – O artigo é claramente inconstitucional, pois vai além do que foi definido pelo artigo 231 da Constituição Federal, conforme se demonstrará. O artigo busca criar o chamado marco *temporal* que, em seus termos, é estabelecido como o dia 5 de outubro de 1988,

¹⁰ Art. 4º **São terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas brasileiros aquelas que, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, eram simultaneamente: I -por eles habitadas em caráter permanente; II -Utilizadas para suas atividades produtivas; III-imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; IV -necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.** § 1º A comprovação dos requisitos a que se referem o caput será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos. § 2º A ausência da comunidade indígena na área pretendida em 05 de outubro de 1988 descaracteriza o enquadramento no inciso I do caput, salvo no caso de renitente esbulho devidamente comprovado. § 3º **Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição Federal de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.** § 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 05 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no §3º. §5º O procedimento demarcatório será público e seus atos decisórios serão amplamente divulgados, estando disponíveis para a consulta em meio eletrônico. § 6º É facultado a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, laudos, suas conclusões e fundamentação, ressalvado o sigilo referente aos dados pessoais, nos moldes da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. § 7ºAs 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. § 8ºÉ assegurado às partes interessadas a tradução da linguagem oral ou escrita, por tradutor nomeado pela Funai, da língua indígena própria para o português, ou do português para a língua indígena própria, nos casos em que a comunidade indígena não domine a língua portuguesa.

promulgação da Constituição cidadã. Assim como, trata de *renitente esbulho*, de forma a suprimir direitos dos povos indígenas.

75 – A propósito dos dois *institutos* é relevante observar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal STF, citada como base do Parecer que levou à aprovação 490/2007, em especial o caso Raposa Serra do Sol, estreitou e limitou o conteúdo do artigo 231 da Constituição Federal, estabelecendo que somente seriam reconhecidas como de ocupação tradicional as terras que estivessem ocupadas por indígenas aos 5 de outubro de 1988.

76 - A definição da data de 5 de outubro de 1988 para estabelecer o *dies a quo* da ocupação indígena de suas terras tradicionalmente ocupadas, não faz qualquer sentido jurídico, simplesmente porque o **reconhecimento legal (constitucional) das terras indígenas não foi inaugurado pela Constituição de 1988**.

77 - Conforme foi amplamente demonstrado ao longo do presente parecer, o reconhecimento da posse dos indígenas sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas é da tradição do direito brasileiro, tendo se incorporado ao rol dos direitos coletivos dos povos originários. O conjunto de tais direitos é o **indigenato**, instituto jurídico cujas origens remontam à Provisão de 1º de abril de 1680 e que jamais foi revogado por qualquer norma jurídica nacional.

3.1 - Demarcação das Terras Indígenas

78 - Os artigos 5º e seguintes do PL 490/2007 cuidam da demarcação das Terras Indígenas e, assim como os demais artigos contidos no PL, têm o objetivo de esvaziar o conteúdo do artigo 231 da Constituição Federal. Inicialmente, há que se relembrar que a **demarcação de terras indígenas é meramente declaratória**¹¹ e não constitutiva, pois a

¹¹ Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir 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) STF. [[Pet 3.388](#), rel. min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.

terras Indígenas são conformadas de acordo com o direito consuetudinário indígena, como e amplamente reconhecido internacionalmente e no próprio Brasil.

79 - Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no conhecido caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil – Sentença de 5 de fevereiro de 2018¹², afirmou que:

128. Também é importante destacar que a titulação de um território indígena no Brasil reveste caráter declaratório, e não constitutivo, do direito. Esse ato facilita a proteção do território e, por conseguinte, constitui etapa importante de garantia do direito à propriedade coletiva. Nas palavras do perito proposto pelo Estado, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “quando uma terra é ocupada por um povo indígena, o Poder Público tem a obrigação de protegê-la, fazer respeitar seus bens e demarcá-la [...] Isso quer dizer que a terra não necessita estar demarcada para ser protegida, mas que ela deve ser demarcada como obrigação do Estado brasileiro. A demarcação é direito e garantia do próprio povo que a ocupa tradicionalmente”. A demarcação, portanto, seria um ato de proteção, e não de criação do direito de propriedade coletiva no Brasil, o qual é considerado originário dos povos indígenas e tribais.

80 - A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao decidir o caso Saramaka definiu que

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*).... “5. El Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. Respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional Saramaka, el Estado debe revisarlas, a la luz de la presente Sentencia y la jurisprudencia de este Tribunal, con el fin de evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar

¹² Disponível em < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf > acesso em 03/07/2021

la supervivencia del pueblo Saramaka, en los términos de los párrafos 101, 115, 129-137, 143, 147, 155, 157, 158 y 194 (a) de esta Sentencia.¹³

81 - Logo, é claramente inconstitucional o artigo 13 do PL 490/2007 ao proibir a ampliação de Terras indígenas já demarcadas¹⁴, pois tal demarcação poderá, conforme o caso, não corresponder aos direitos consuetudinários indígenas incidentes sobre o local.

82 - O “justo título” sobre Terras Indígenas, o artigo 11 do PL 490/2007 estabelece que “[v]erificando-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 artigo do PL retroage à Constituição de 1934 (artigo 129) que estabelecia claramente que “[s]erá respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem. permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. “

83 - Acresce que a Emenda Constitucional 1/1969, ao alterar os termos da Constituição de 1967, claramente declarou nulos quaisquer atos que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas, sem que qualquer indenização fosse devida.

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.

84 - O § 6º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

¹³ Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es> > Acesso em: 03/07/2021.

¹⁴ Art. 13.É vedada a ampliação de terras indígenas já demarcadas.

§ 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.

85 - Assim, somente lei complementar pode dispor sobre a matéria e mais: os *títulos* quaisquer que sejam as suas naturezas não geram direitos, “salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”. É inaplicável o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal a hipótese, pois o direito indigenista é direito especial, aplicando-se em toda e qualquer questão que diga respeito às questões indígenas.

86 – No que se refere à demarcação das Terras Indígenas por ato do Congresso Nacional, tal como estabelecido pelo PL490/2007, a medida é, mais uma vez, inconstitucional. De fato, as terras indígenas são bens de propriedade da União (C.F. artigo 20, XI), cedidas em usufruto para os indígenas, em tal condição, a sua demarcação é medida de natureza administrativa, assim, há evidente violação aos artigos 2º , 37 e 231 da Constituição Federal.

3.1 - Jurisprudência internacional sobre títulos indígenas

88 - O PL 490/2007 , em sua justificativa, apresenta uma longa argumentação, baseada em decisões do Supremo Tribunal Federal, visando com isto, fazer crer que os seus termos nada mais são do que uma apropriação do direito jurisprudencial admitido pela Corte Constitucional.

89 - A decisão do conhecido caso Raposa Serra do Sol é casuística, não podendo ser expandida para as Terras Indígenas em geral e mais: encontra-se em dissonância com a tendência internacional de reconhecimento dos direitos indígenas.

3.1.1 - O caso Raposa Serra do Sol e suas consequências

90 - Aos 11 de dezembro de 1998, o Ministro da Justiça baixou a Portaria nº 820, *declarando* os limites da terra indígena Raposa Serra do Sol, determinando a demarcação, nos termos do artigo 2º, § 10, inciso I, do Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. A mencionada Portaria foi substituída pela de nº 534, de 13 de abril de 2005, posteriormente homologada por Decreto de 15 de abril de 2005. A principal medida judicial contestando a demarcação foi a Ação Popular ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto, pleiteando a declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005. Foi na Petição 3.388/RR, protocolizada nos autos da Ação Popular mencionada, que o STF dirimiu a questão fixando o *leading case* para o tema.

91 - Na decisão o Relator sustentou que “O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa — *a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.* 11.2..... *A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios...*” O resultado concreto da aplicação de tais conceitos é que somente os territórios que estivessem tradicionalmente ocupados por povos indígenas aos 5 de outubro de 1988 poderiam ser reconhecidos como TI.

92 - Em outro caso, AGReg no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462-MS, a 2ª Turma do STF decidiu que “Dessa forma, sendo incontroverso que *as últimas ocupações indígenas na Fazenda Santa Bárbara ocorreram em 1953* e não se constatando, nas décadas seguintes, situação de disputa possessória, fática ou judicializada, ou de outra espécie de inconformismo que pudesse caracterizar a presença de não índios como efetivo “esbulho renitente”, a conclusão que se impõe é a de que o indispensável requisito do marco temporal da ocupação indígena, fixado por esta Corte no julgamento da Pet 3.388 não foi cumprido no presente caso”.

93 - As decisões acima apontadas partem de uma equivocada visão sobre os povos indígenas, pois se os mesmos estavam submetidos ao regime tutelar da União, parece ser evidente que competia à União defender os seus direitos territoriais, o que não fez.

94 – Ora, subtrair direitos dos tutelados em função da inércia do tutor é, com o devido respeito, uma agressão à ordem jurídica. Por outro lado, o artigo 231 da Constituição de 1988, ao adotar a concepção de direitos originários veio para suprir o *loophole* existente no direito indigenista. Aliás, se marco temporal existisse, este deveria ser em 1934, quando houve a primeira menção constitucional expressa às terras indígenas.

95 - Os “direitos originários” insculpidos no caput do artigo 231 da CF, foram inicialmente identificados com o Indigenato, instituto jurídico que, em contraposição ao *marco temporal* e ao *renitente esbulho*, serve de alicerce a respaldar as legítimas reivindicações dos povos indígenas “sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. João MENDES Jr (1912) demonstrou que a legislação colonial reconhecia a primariedade da posse indígena, do direito surgido da simples presença, com desejo de permanência, em determinadas terras *antes* da presença dos colonizadores:

[O] indígena primariamente estabelecido, tem a *sedun positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do juriconsulto PAULO (...) ; mas o indígena, além desse *jus possessionis*, tem o *jus possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, como *direito congênito*. Ao *indigenato*, é que melhor se aplica o texto do juriconsulto Paulo: – quia naturaliter tenetur ab eo qui isistit. (MENDES Jr. 1912, p. 58-59)

[...] E para que os ditos Gêntios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: *hei por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhe fazer moléstia*. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.

96 - Sabemos que a legislação colonial foi contraditória, parcial e, em essência, voltada para suprimir direitos dos povos autóctones. Fato é que a norma foi positivada e, como declarado por João Mendes Jr, não se tem notícia de sua revogação. Segundo o importante autor, o primeiro ocupante somente poderia ser o indígena que tinha como título o Indigenato, a **posse aborígene, expressão de um direito congênito que nasce com a primeira ocupação**. Segundo João Mendes Junior, o regulamento de 1854, no particular, limitou-se a reproduzir o Alvará¹⁵ de 1º de abril de 1680. Acrescenta, ainda, que a lei nº 601/1850 traz outras reservas que não “supõem posse originária ou congênita” que seriam as terras devolutas destinadas à (1) colonização, (2) abertura de estradas, (3) fundação de povoações e quaisquer outras servidões públicas. E mais: para MENDES Jr,

“A *colonização* de indígenas, como já ficou explicado, supõe, como qualquer outra *colonização*, uma emigração para *imigração*; e o próprio regulamento n.

¹⁵ Provisão. João Mendes Junior confundiu-se ao indicar a norma.

1318 de 30 de janeiro de 1854, no art. 72, declara reservadas as terras devolutas, não só as terras destinadas à *colonização dos indígenas*, como as terras dos *aldeamentos onde existem hordas selvagens*. Em suma, quer da letra, quer do espírito da Lei de 1850, se verifica que essa Lei nem mesmo considera devolutas as terras possuídas por hordas selvagens *estáveis*: essas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação, legítima, isto é, são *originariamente reservadas da devolução*, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1680, que as reserva até na concessão de sesmaria. “(1912, p. 60)¹⁶

97 - Resumidamente e a título de conclusão é possível se afirmar que a jurisprudência firmada por Raposa Serra do Sol dá interpretação restritiva aos direitos outorgados aos indígenas pela Constituição Federal de 1988, pois estabelece limites à sua aplicação que não podem ser extraídos do Texto Constitucional e mais: a decisão faz tábula rasa da história constitucional e legislativa do País, bem como a jurisprudência pregressa do próprio Supremo Tribunal Federal. Analisada do ponto de vista mais amplo dos direitos indígenas no contexto internacional, a decisão de Raposa Serra do Sol é inconsistente com a tendência internacional de reconhecimento dos títulos aborígenes originários.

3.1.2 – A jurisprudência internacional

98 – Uma breve análise de algumas decisões internacionais mostrará o isolamento da decisão do caso Raposa Serra do Sol, dentro do contexto mais amplo de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

3.1.2. 1 - Estados Unidos

99 - Já no século XIX, a Suprema Corte dos Estados Unidos, nos casos (1) Johnson v. M’Intosh (1823), (2) Cherokee Nation v. Georgia (1831) e (3) Worcester v. Georgia (1832), sob a presidência de John Marshall reconheceu, com base no Direito Internacional, os “direitos originários” dos povos nativos, assim como indicou os meios pelos quais tais direitos seriam exercidos. (ANAYA, 1994). Os casos são conhecidos como a *trilogia Marshall*¹⁷. Em *Johnson* foi definido que os indígenas tinham direito de ocupação sobre suas terras e que a venda a não índios estava condicionada à aprovação

¹⁶ O Indigenato, como instituto jurídico foi reconhecido pelo STF, e.g., ACO 312.

¹⁷ Disponível em <
https://www.americanbar.org/groups/crsj/publications/human_rights_magazine_home/2014_vol_40/vol--40--no--1--tribal-sovereignty/short_history_of_indian_law/> acesso em 04/07/2021

do governo federal, haja vista que a aquisição de terras indígenas era direito exclusivo dos Estados Unidos, fosse por compra ou por ocupação. No caso *Cherokee Nation v. Georgia*, a Suprema Corte estabeleceu que, muito embora, os Cherokee representassem uma sociedade distinta dos Estados Unidos, eles estavam sob o domínio dos Estados Unidos na condição de *nações domésticas dependentes*. Em *Worcester v. Georgia*, a Corte definiu que as tribos indígenas não estavam submetidas à jurisdição dos estados da federação e que as tribos poderiam regular as suas próprias atividades, submetidas apenas aos Tratados com os Estados Unidos e às leis emanadas do Congresso dos Estados Unidos.

100 – Ainda que as decisões da *trilogia Marshall* passem por revisões críticas por parte de juristas indígenas, elas demonstram que, desde o século XIX, os direitos indígenas tem se feito valer.

3.1.2.2 - Austrália

101 - A Suprema Corte da Austrália, nos casos Mabo¹⁸: (1) *Mabo and others v. Queensland (No. 2)* [1992] HCA 23; (1992) 175 CLR 1 F.C. 92/014 (3 June 1992) e (2) *Mabo v. Queensland (No. 1)* (1988) 166 CLR 186 F.C. 88/062, rejeitou a doutrina da *terra nullius* (terra de ninguém), na qual se baseava a posse britânica da Austrália. A decisão do caso Mabo admitiu a validade jurídica dos títulos aborígenes. **A Suprema Corte da Austrália reconheceu os direitos tradicionais do povo Merian sobre as ilhas que ocupavam no estreito oriental de Torres. A Corte também reconheceu que os títulos nativos eram válidos para todos os povos nativos da Austrália que os ostentassem antes do estabelecimento da colônia britânica de Nova Gales do Sul em 1788.** Pela decisão, foi reconhecido que os povos aborígenes da Austrália possuíam títulos anteriores à tomada de posse, em nome da Coroa por Cook em 1770, e que tais títulos eram válidos para qualquer porção de terra, na qual eles não tivessem sido legal e formalmente extintos.

3.1.2.3 - Canadá

102 - A Suprema Corte do Canadá decidiu vários casos envolvendo as Primeiras Nações (First Nations). Um dos mais relevantes é *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014

¹⁸ Disponível em < <https://aiatsis.gov.au/explore/mabo-case> > acesso em 04/07/2021

SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256.¹⁹ Resumidamente: Um grupo semi-nômade de seis tribos se opôs à concessão pelo governo da Columbia Britânica de uma licença de exploração comercial (oleoduto) em terras que consideravam parte de seu território tradicional, onde era praticada a caça e a pesca, ainda que tal área estivesse fora de sua reserva legalmente definida. O caso tratou em parte da questão de saber se as reivindicações de propriedade aborígene exigiam ocupação regular da terra.

103 - A Corte afirmou que a Constituição Canadense estabelece a forma pela qual os governos federal e provinciais devem tratar as terras aborígenes. **Nenhuma das esferas de governo pode diminuir significativamente os direitos aborígenes, resultantes de um título original ou de um tratado, a menos que tal circunstância seja justificada por um interesse público mais amplo e seja consistente com o dever fiduciário da Coroa em relação ao grupo aborígene.**

3.2 - Usufruto indígena

104 - O Capítulo III do PL 490/2007 trata do uso e gestão das Terras Indígenas e o faz em evidente contravenção ao artigo 231 da Constituição Federal, como se demonstrará. Do texto do PL 490/2007²⁰, merecem destaque o artigo 20 que afirma não estar abrangido

¹⁹ Disponível em < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14246/index.do> ? Acesso em 04/07/2021

²⁰ CAPÍTULO III DO USO E GESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS Art. 19. Cabe às comunidades indígenas, mediante suas próprias formas de tomada de decisão e solução de divergências, escolher a forma de uso e ocupação de suas terras. Art. 20. O usufruto dos índios não abrange: I - o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; II - a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; III - a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira; IV - as áreas cuja ocupação atenda a relevante interesse público da União. Art. 21. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional. Parágrafo único. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente. Art. 22. Fica assegurada a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em área indígena, no âmbito de suas atribuições, independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente. Art. 23. Ao Poder Público é permitida a instalação em terras indígenas de equipamentos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e educação Art. 24. O usufruto dos índios em terras indígenas superpostas a unidades de conservação fica sob a responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas, observada a compatibilidade do regime de proteção respectivo. § 1º O órgão federal

pelo usufruto indígena o (1) aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre autorização do Congresso Nacional; a (2) pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; a (3) garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira e as (4) áreas cuja ocupação atenda a relevante interesse público da União.

105 - Não é difícil perceber que o PL 490/2007 rasga, sem pudor, o texto dos §§ 2º e 3º do artigo 231, pois tais dispositivos constitucionais são evidentes em si mesmos, não exigindo qualquer explicação ou complementação.

106 - O § 2º do artigo 231 atribui aos indígenas o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.” Logo, não pode a lei limitar o conteúdo do usufruto constitucional.

gestor responderá pela administração das áreas das unidades de conservação superpostas a terras indígenas, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta seus usos, tradições e costumes, podendo, para tanto, contar com a consultoria do órgão indigenista federal competente. § 2º O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor. Art. 25. O ingresso de não indígenas em áreas indígenas poderá ser feito: I –por particulares autorizados pela comunidade indígena; II –por agentes públicos justificadamente a serviço de um dos entes federativos; III –pelos responsáveis pela prestação dos serviços públicos ou pela realização, manutenção ou instalação de obras e equipamentos públicos; IV –por pesquisadores autorizados pela Fundação Nacional do Índio e pela comunidade indígena; V –por pessoas em trânsito, no caso da existência de rodovias ou outros meios públicos para passagem. §1º No caso do inciso IV do caput, a autorização será dada por prazo determinado e deverá conter os objetivos da pesquisa, sendo vedado ao pesquisador agir fora dos limites autorizados. §3º No caso do inciso II do caput, o ingresso deverá ser reportado à Fundação Nacional do Índio, sendo informado seus objetivos e sua duração. §4º O ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não podem ser objeto de cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas. Art. 26. É vedada a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza ou troca pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público em terras indígenas. 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: I –os frutos da atividade gerem benefícios para toda a comunidade; II –a posse dos indígenas seja mantida sobre a terra, ainda que haja atuação conjunta de não indígenas no exercício da atividade.

107 - O **usufruto** é um antigo instituto do Direito Romano que ainda remanesce no ordenamento jurídico brasileiro, estando previsto no artigo 1225, IV do Código Civil Brasileiro [CCB] como direito real e disciplinado nos artigos 1390/1411. O usufrutuário, no caso os indígenas em relação às Terras Indígenas, deve “velar-lhes pela conservação“. Mesmo no regime de direito privado que, evidentemente, não é a hipótese das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, o § 2º do artigo 1392 do CCB estabelece que se o usufruto recair sobre prédios nos quais haja florestas ou recursos minerais (artigo 1230 do CCB) “devem o dono e o usufrutuário prefixar-lhe a extensão do gozo e a maneira de exploração. “ Assim, no âmbito privado, há que haver um acordo entre proprietário e usufrutuário sobre a exploração a ser realizada.

108 - A exploração mineral e de potenciais energéticos não é proibida nas Terras Indígenas, todavia conforme o § 3º do artigo 231 da CF “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.”

109 – No que tange à mineração em Terras Indígenas, há que se observar que as relações entre povos indígenas e a referida atividade econômica sempre foram muito conflituosas, ainda que, cada vez mais, haja casos de mineração e mesmo garimpo em pequena escala praticados por povos indígenas²¹ ou comunidades tradicionais. Na Austrália, o célebre caso Mabo, ao encerrar a doutrina da *Terra nullius*, reconhecendo os direitos originários dos aborígenes, depois ratificado pelo *aboriginal land rights act*²², acabou gerando uma situação de acordo entre mineradoras e povos tradicionais²³ que, ainda permanece em seus estágios iniciais e, certamente, com frustrações de parte a parte. No Canadá, o povo Tahltan tem acordo de cooperação com a empresa Geotech para a exploração de recursos energéticos²⁴, deve ser lembrado que o território do povo Tahltan corresponde a 11% do território da Columbia britânica.

²¹ Disponível em < https://www.institutoiepe.org.br/media/livros/Livro_Terra_Indigena_Wajapi.pdf > acesso em 03/07/2021

²² Disponível em < <https://aiatsis.gov.au/explore/articles/mabo-case> > acesso em 03/07/2021

²³ Disponível em < <https://oxfordre.com/anthropology/view/10.1093/acrefore/9780190854584.001.0001/acrefore-9780190854584-e-121> > acesso em 03/07/2021

²⁴ Disponível em < http://www.miningandenergy.ca/britishcolumbia/article/tahltan_nation_development_corporation_and_geotecha_partnership_based_on_sh/ > acesso em 03/07/2021

110 – O respeito aos direitos dos povos tradicionais é, cada vez mais, uma questão relevante no mundo empresarial. Veja-se o exemplo de altos executivos da empresa Rio Tinto que pediram demissão da empresa, em razão de danos causados a territórios sagrados de aborígenes. “Por pressão dos investidores, o CEO da mineradora anglo-australiana Rio Tinto, Jean-Sébastien Jacques, pediu demissão, assim como outros dois executivos da mineradora. A decisão se deu após uma forte reação contra a destruição de um sítio aborígene de 46 mil anos no oeste da Austrália para acessar um depósito de minério”.²⁵

111 - Parece evidente que o primeiro, e mais grave, problema a ser resolvido em relação à mineração em territórios de comunidades tradicionais é a existência de amplos acordos com os stakeholders que estejam baseados em respeito mútuo e que possam trazer benefícios para todos os envolvidos. Assim, o respeito à Convenção 169 é basilar. A propósito, não se pode esquecer a existência de uma versão própria do Princípio da Precaução quando for o caso de mineração próxima a terras indígenas, ou mesmo em seu interior;

“Precautionary Principle for Mining in or Near Indigenous Peoples: Non-indigenous stakeholders in mining shall use the precautionary approach to protect the indigenous peoples and the environment that supports them. Mining cannot take place without their prior informed consent and participation in their self-defined indigenous development. Where there are threats of serious or irreversible damage, scientific and economic uncertainty shall not be used as a reason to postpone cost-effective measures to avoid and mitigate risks to indigenous livelihoods and cultures.»²⁶

112 - O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 é uma consolidação de direitos desde longa data reconhecidos aos povos indígenas brasileiros, elevando-os ao mais alto status jurídico. Todavia, tais direitos têm sofrido fortes ataques por parte do Poder Executivo federal. Veja-se, por exemplo, o Projeto de Lei nº 191/2020 [PL 191-2020] que “Regulamenta o § 1º do art. 176 e o § 3º do art. 231 da Constituição para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e

²⁵ Disponível em < <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/09/11/ceo-da-rio-tinto-se-demite-apos-destruicao-de-sitio-aborigene.htm> > acesso em 03/07/2021

²⁶ “Princípio de precaução para mineração em ou próximos a povos indígenas”As partes não indígenas interessadas na mineração devem usar a abordagem de precaução para proteger os povos indígenas e o meio ambiente que os abriga. A mineração não pode ocorrer sem seu consentimento prévio informado e participação no desenvolvimento autodefinidos pelos indígenas. Onde houver ameaças de danos graves ou irreversíveis, a incerteza científica e econômica não deve ser usada como razão para adiar medidas econômicas para evitar e mitigar riscos para os meios de subsistência e culturas indígenas. Disponível em < <https://pubs.iied.org/pdfs/G00548.pdf> > acesso em 03/07/2021

hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas.”

113 - Nesta altura, **é importante lembrar que o Projeto de Lei nº 2.057/1991 que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas está no Plenário da Câmara dos Deputados para votação desde 15/12/2009** portanto, há quase 30 anos. O Projeto de Lei do Estatuto das Sociedades Indígenas trata das diferentes questões indígenas, inclusive as constantes do PL 191/2020 e do PL 490/2007, dentre outros.

114 - Evidentemente que, dado o longo tempo transcorrido, o Estatuto das Sociedades Indígenas necessita de profunda revisão; todavia, é necessário assinalar que a sua redação original contou com ampla participação das comunidades indígenas interessadas e demais stakeholders. Outro tema candente para as sociedades indígenas, o acesso aos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica, é objeto da Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, **sendo fruto de um amplo debate entre as partes interessadas.**

115 - A pretexto de *regulamentar* o usufruto indígena, o PL 490/2007, de fato, aniquila o instrumento jurídico.

4 – CONCLUSÃO

116 - O Projeto de Lei nº 490/2007, desde sua origem, é inconstitucional pois, violou o direito fundamental dos povos indígenas e tradicionais de serem consultados previamente sobre todas as matérias legislativas ou administrativas que possam impactar os seus direitos constitucionalmente assegurados.

117 - No caso concreto não houve qualquer consulta aos povos originários, tal como definido no artigo 6 (1) (a) da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho nas Declarações sobre os direitos dos povos indígenas da Organização das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos.

118 - O Projeto de Lei nº 2.057/1991 (Estatuto das Sociedades Indígenas) não foi apensado à discussão sendo certo que o mencionado projeto foi enviado ao Plenário da

Câmara dos Deputados em 15/12/2009. O Estatuto foi produzido com ampla participação dos indígenas.

119 – O PL 490/2007 esvazia o conteúdo do artigo 231 da Constituição Federal em praticamente todos os seus dispositivos, de molde que pouco ou nada se aproveita dele.

120 - O caso Raposa Serra do Sol não é parâmetro para a definição do marco legal dos povos indígenas, pois isolada e casuística.

121 – A jurisprudência internacional reconhece amplamente os direitos territoriais dos povos indígenas.

122 - O PL 490/2007, portanto, é inteiramente inconstitucional.

É o Parecer, salvo melhor juízo

Rio de Janeiro, 05 de julho de 2021

Paulo de Bessa Antunes

Relator

Referências

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. Catequese, Aldeamentos e Missionaçã, in, FRAGOSO, João e GOUVEA, Maria de Fátima (organizadores), Coleção Brasil Colônia, I (1443-1580). 2014, pp 435-478

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. Os Índios na História do Brasil, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

ALMEIDA, Rita Heloisa de. O Diretório dos Índios – Um projeto de “Civilização” no Brasil do Século XVIII. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997

ANAYA, S. James. International Law and Indigenous Peoples: Historical stands and contemporary developments. [Cultural Survival Quarterly Magazine](#). International Law and Indigenous Peoples: Historical stands and contemporary developments, March 1994

ANTUNES Paulo de Bessa. Direito Ambiental, São Paulo: Gen/Atlas, 19ª edição, 2017

ANTUNES, Paulo de Bessa. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho na América do Sul. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2019

ANTUNES, Paulo de Bessa. A Propriedade Rural no Brasil. Rio de Janeiro: OAB/RJ. 1985

ANTUNES, Paulo de Bessa. Ação Civil Pública, Meio Ambiente e Terras Indígenas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 1998.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Dano Ambiental: uma abordagem conceitual. São Paulo: Atlas. 2ª edição. 2015

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito: Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1984

CLASTRES, Pierre. La Societé contre L`Etat. Lonrai: `ditions du Minuit. 1974 [2014]

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil – História, Direitos e Cidadania. São Paulo: Claro enigma. 2012

DIAMOND, Jared. Colapso – Como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso (tradução Alexandre Raposo). Rio de Janeiro: Record. 2005

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION [DPLF], Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria, Washington, 2013

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão, 1824-1881 , A escravidão no Brasil,, in, <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/174437>

MARTINS JR., Izidoro. *História do Direito Nacional*, Brasília: Ministério da Justiça, 1979

MENDES JÚNIOR, João. Os Indígenas do Brazil, seus Direitos Individuais e Políticos (Edição Fac-Similar), São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

OLIVEIRA SOBRINHO. Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria. O Decreto Legislativo nº. 5 484, de 1928. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Curitiba: Juruá, 1992.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Os indígenas na fundação da colônia, in, FRAGOSO, João e GOUVEA, Maria de Fátima (organizadores), Coleção Brasil Colônia, I (1443-1580). 2014, pp 167-228.

PATINO, Maria Clara Galvis e RINCÓN, Ángela Mari Ramirez (2013), Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria, Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal.

RAMOS, Alcida Rita. *Sociedades Indígenas*, São Paulo: Ática, 1986