EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Distribuição por Dependência ao RE nº 1.107.365

> *"**É um genocídio legislado: quando usa a estrutura do estado brasileiro para matar**. As pessoas e os territórios indígenas estão sendo devastados, estão sendo invadidos, e é muito urgente que nós nos levantemos com força. São mais de 305 povos, uma diversidade linguística imensa. Nós estamos aqui é pela vida, a terra está gritando. A terra está chamando, a terra está convocando. Aquelas pessoas que não escutarem o chamado dos povos indígenas, o chamado da terra, certamente não vão conseguir escutar o chamado de mais ninguém." (Célia Xakriabá, Deputada Federal da Bancada do Cocar, eleita pelo estado de Minas Gerais).*

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB), organização indígena que representa os Povos Indígenas do Brasil, com escritório de representação localizado no SC/Sul Q. 02 BL C nº 252 LT 34/35, sexto andar, Asa Sul, Brasília/DF, CEP:

70.317-905, neste ato representada por seu Coordenador Executivo **KLEBER KARIPUNA** (art. 231 e 232 da CF/88), brasileiro, indígena do Povo Karipuna, portador do Registro Geral (RG) nº 3416084 SSP/PA e inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) nº 661.587.612-49 (Docs. 01 a 04), domiciliado no endereço supra especificado, o **PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE,** por seu Diretório Nacional, inscrito no CNPJ/MF nº 06.954.942/0001-95, com sede no SCS, SC/Sul, Q. 02, Bl. C, número 252, 5º andar, Edifício Jamel Cecílio – Asa Sul, Brasília-DF, neste ato representado por sua Presidenta nacional, **PAULA BERMUDES MORAES CORADI**, brasileira, professora, divorciada, inscrita no RG. 1.769.813, SSP/ES e com CPF 051.772.097-33, residente e domiciliada à Alameda Olga, 400, 74b, Barra Funda, São Paulo/SP (Docs. 05 a 08), e **REDE SUSTENTABILIDADE,** partido político com representação no Congresso Nacional, inscrito sob o CNPJ/MF nº 17.981.188/0001-07, sito à ST SDS, Bloco A, CONIC, Ed. Boulevard, Sala 108/109, Asa Sul, Brasília – DF, neste ato representado na forma de seu Estatuto Social (Docs. 09 a 12), vem, por suas advogadas e advogados abaixo assinados, conforme instrumentos de procurações e substabelecimentos em anexo, com fundamento no Artigo 102, inciso I, alínea 'a' da Constituição da República Federativa do Brasil, c/c com o Artigo 1º e ss. da Lei nº 9.868/97, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de Medida Cautelar

para que seja declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 14.701/2023, a saber: Artigo 4º, *caput*, incisos I, II, III e IV e §§1º, 2º, 3º, 4º e 7º; Artigo 5º, *caput* e parágrafo único;

Artigo 6º; Artigo 9º, *caput* e §§1º e 2º; Artigo 10; Artigo 11, *caput* e parágrafo único; Artigo 13; Artigo 14; Artigo 15; Artigo 18, *caput* e §1º; Artigo 20, *caput* e parágrafo único; Artigo 21; Artigo 22; Artigo 23, *caput*, §§1º e 2º; Artigo 24, §3º; Artigo 25; Artigo 26, *caput*, §1º e incisos I, II, III e IV; Artigo 27, *caput* e parágrafo único; Artigo 31 e redação dada ao inciso IX do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1963; Artigo 32 e redação dada ao inciso IX do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973; **todos vetados pelo Presidente da República na Mensagem de Veto nº nº 536, de 20 de outubro de 2023**[1], mas, após sessão de derrubada dos vetos, promulgados pelo Congresso Nacional na data de 28 de dezembro de 2023[2], em razão de manifestos vícios formais e materiais que violam o Artigo 1º, inciso III, Artigo 3º, incisos I e IV, Artigo 5º, incisos X, XI, XXII, XXXVI, LXXVIII e §§ 2º e 3º, Artigo 37, *caput*, Artigo 231, caput e §§ e o Artigo 232 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como Tratados Internacionais de Direitos Humanos assinalados pelo Estado Brasileiro, conforme restará demonstrado nos argumentos de fato e de direito a seguir expostos.

1. Contexto Fático e Retrocessos Impostos pela Promulgação da Lei nº 14.701/2023 aos Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas:

[1] Brasil. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm.

[2] BRASIL. Lei nº 14.701/2023, de 20 de outubro de 2023. Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de Terras Indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14701.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.701%2C%20DE%2020%20DE%20OUTUBRO%20DE%202023&text=Regulamenta%20o%20art.,19%20de%20dezembro%20de%201973.

Os direitos fundamentais dos Povos Indígenas têm sido alvo de profundo retrocesso por parte de maiorias parlamentares, sob o pretexto de que o Supremo Tribunal Federal invade a competência de legislar do Poder Legislativo ao interpretar os artigos 231 e 232 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

O que está em xeque, entretanto, não é a prerrogativa de legislar, típica do Congresso Nacional, mas sim a **função precípua do Supremo Tribunal Federal em exercer sua função contramajoritária de garantia dos direitos fundamentais** de grupos sociais minoritários e vulnerabilizados.

Nesse horizonte, no dia 21 de setembro de 2023, este Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) finalizou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 1.031), e rechaçou, por uma maioria de 9 x 2 (nove votos a dois), a teoria do "marco temporal", tese segundo a qual os indígenas só teriam direito ao reconhecimento e demarcação de seus territórios se comprovarem presença física nestas áreas no dia 5/10/1988, data da promulgação da Constituição da República de 1988. Com isso, o STF reafirmou a **proteção constitucional dos direitos territoriais dos povos indígenas e, por conseguinte, a proteção ao meio ambiente no contexto da emergência climática**, encerrando discussões sobre uma suposta "jurisprudência consolidada" no caso Raposa Serra do Sol.

Alinhave-se que, desde 2010, este Egrégio STF já vinha, inequivocamente, rechaçando a existência de uma "jurisprudência consolidada sobre o marco temporal", e reafirmando, em diversos precedentes, que o quanto decidido no caso Raposa Serra do Sol só se aplicava àquele caso. Para não restar dúvidas sobre isso, rememore-se que **o Tribunal chegou a arquivar o pedido da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do**

Brasil (CNA), que propôs a edição da Súmula Vinculante n.º 49, com o objetivo de "afirmar que as terras ocupadas por indígenas em passado remoto a que se refere a Súmula nº 650 são, especialmente, aquelas que, em 5 de outubro de 1988, não apresentam mais ocupação por índios e que o processo de demarcação deve atentar para a necessidade de comprovação da posse da área nesta data".

Segundo a Comissão de Jurisprudência do STF a proposta deveria ser arquivada porque "a deliberação sobre a edição de enunciado de súmula a respeito do assunto dependeria da existência de uma inequívoca consolidação jurisprudencial da matéria no exato sentido pretendido pela CNA". Assim, entendeu que faltava "o requisito formal da existência de reiteradas decisões do Supremo '**sobre essa complexa e delicada questão constitucional, que se encontra, felizmente, em franco processo de definição**'".

Com o avizinhamento da finalização do julgamento do RE nº 1.017.365, a chamada "bancada ruralista" passou ressuscitar Projetos de Lei (PLs) que, há muito, dormitavam sem maiores discussões na Casa, em nítido *revanchismo parlamentar* e descontentamento com a concretização dos direitos fundamentais dos povos indígenas.

Foi neste contexto que passou-se a empreender acelerada marcha ao PL nº 490/2007, que, muito embora tenha sido apresentado à Câmara dos Deputados no ano de 2007, passou a tramitar em regime de urgência no ano de 2023[3], sendo aprovado em 30/05/2023.

---

[3] Agência Câmara de Notícias. Câmara dos Deputados. Câmara aprova urgência para marco temporal na demarcação de Terras Indígenas. 24/05/2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/965416-camara-aprova-urgencia-para-marco-temporal-na-demarcacao-de-terras-indigenas#:~:text=C%C3%A2mara%20aprova%20urg%C3%AAncia%20para%20marco%20temporal%20na%20demarca%C3%A7%C3%A3o%20de%20terras%20ind%C3%ADgenas,-Projeto%20ser%C3%A1%20votado&text=A%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados%20aprovou,(PL%20490%2F07).

O PL nº 490/2007 foi, então, enviado ao Senado Federal em 01/06/2023, renumerado como PL nº 2.903/2023, e também passou a tramitar em regime de urgência[4]. Assim, no dia 27/09/2023, no exato momento da conclusão do julgamento do RE nº 1.017.365 pelo STF, o PL nº 2.903/2023 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) no início da tarde. Ainda no período vespertino, seguiu para deliberação no plenário do Senado Federal, ocasião em que foi aprovado. A votação do PL nº 2.903/2023, enquanto o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluía o julgamento sobre o estatuto jurídico-constitucional das Terras Indígenas (TIs), se deu, portanto, para garantir o *timing* político, no intuito de tentar intimidar e constranger o STF, bem como confrontá-lo em razão da decisão adotada.

Ato contínuo, por intermédio do "Ofício SF n.º 923, de 29/09/23", o Primeiro-Secretário do Senado Federal enviou ao Senhor Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República a Mensagem SF nº 240/23, submetendo ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, à sanção presidencial autógrafos do Projeto de Lei nº 2.903/2023, que "Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de Terras Indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973".

Em 20/10/2023, em edição extra do Diário Oficial da União (DOU), o Exmo. Sr. Presidente da República publicou a Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023[5], em que comunica, ao Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, que, por contrariedade ao interesse público e por inconstitucionalidade, **vetou parcialmente** o Projeto de Lei nº 2.903, de 2023

---

[4] Agência do Senado. Aprovado no Senado, marco temporal para Terras Indígenas segue para sanção. 27/09/2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/09/27/aprovado-no-senado-marco-temporal-para-terras-indigenas-segue-para-sancao

[5] Brasil. Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm.

(Projeto de Lei nº 490, de 2007, na Câmara dos Deputados).

Convertido na Lei nº 14.701/2023, o Congresso Nacional, em sessão que ocorreu no dia 14/12/2023, deliberou pela derrubada dos vetos 30.23.001 (inciso I do "caput" do art. 4º); 30.23.002 (inciso II do "caput" do art. 4º); 30.23.003 (inciso III do "caput" do art. 4º) ; 30.23.004 (inciso IV do "caput" do art. 4º); 30.23.005 (§ 1º do art. 4º); 30.23.006 (§ 2º do art. 4º); 30.23.007 (§ 3º do art. 4º); 30.23.008 (§ 4º do art. 4º); 30.23.009 (§ 7º do art. 4º); 30.23.010 ("caput" do art. 5º); 30.23.011 (art. 6º); 30.23.012 ("caput" do art. 9º); 30.23.013 (§ 1º do art. 9º); 30.23.014 (§ 2º do art. 9º); 30.23.015 (art. 10); 30.23.016 ("caput" do art. 11); 30.23.017 (parágrafo único do art. 11); 30.23.018 (art. 13); 30.23.019 (art. 14); 30.23.020 (art. 15); 30.23.023 ("caput" do art. 18); 30.23.024 (§ 1º do art. 18); 30.23.025 (§ 2º do art. 18); 30.23.026 (parágrafo único do art. 20); 30.23.027 (art. 21); 30.23.028 (art. 22); 30.23.029 ("caput" do art. 23); 30.23.030 (§ 1º do art. 23); 30.23.031 (§ 2º do art. 23); 30.23.032 (§ 3º do art. 24); 30.23.033 (art. 25); 30.23.034 (§ 1º do art. 26); 30.23.035 (inciso I do § 2º do art. 26); 30.23.036 (inciso II do § 2º do art. 26); 30.23.037 (inciso III do § 2º do art. 26); 30.23.038(inciso IV do § 2º do art. 26); 30.23.039 ("caput" do art. 27); 30.23.040 (parágrafo único do art. 27); 30.23.044 (art. 29); 30.23.046 (inciso IX do "caput" do art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 31 do projeto); 30.23.047 (inciso IX do "caput" do art. 2º da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, com a redação dada pelo art. 32 do projeto)[6].

Desse modo, os dispositivos da Lei nº 14.701/2023, cujos vetos do Presidente da República foram derrubados pelo Congresso Nacional, foi promulgada no dia 28/12/2023.

É digno de nota que os Senadores da República, integrantes da Frente Parlamentar da Agropecuária (FPA), imediatamente após o término do julgamento do RE nº 1.017.365 pelo

[6] Congresso Nacional. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/15969/.

STF, emitiram nota oficial[7], na qual asseveram que "a decisão tomada demonstra que não é mais possível aceitar a expansão das atribuições do Judiciário, pois sequer respeita o texto constitucional e as balizas por ele próprio definidas em casos emblemáticos e paradigmáticos."

Ao que parece, as maiorias parlamentares custam a aceitar o sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição e rechaçam a função precípua das Supremas Cortes nas democracias constitucionais: a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais.

O majoritarismo violento do Congresso Nacional não pode, entretanto, vicejar.

Conforme restará demonstrado, a Lei nº 14.701/2023 constitui o maior retrocesso aos direitos fundamentais dos povos indígenas desde a redemocratização do país. Sob **o pretexto de regulamentar o Artigo 231, a novel legislação pretende alterar a Constituição da República e desfigurar os direitos nela inscritos pelo constituinte originário, impondo, aos povos indígenas, retrocessos, violências e proteção deficiente**. Além da adoção do marco temporal, a norma fustigada possui outras inconstitucionalidades explícitas, que serão devidamente rechaçadas, na medida em que:

i) altera a Constituição Federal por meio de lei ordinária;

[7] Agência Frente Parlamentar da Agropecuária. Nota oficial – decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre aplicação do marco temporal. 21/09/2023. Disponível em: https://agencia.fpagropecuaria.org.br/2023/09/21/nota-oficial-decisao-do-supremo-tribunal-federal-stf-sobre-aplicacao-do-marco-temporal/?_ga=2.20208699.2041842511.1695754960-592452949.1695754960&_gl=1*1rlcbwb*_ga*NTkyNDUyOTQ5LjE2OTU3NTQ5NjA.*_ga_4D6T73S7C8*MTY5NTc1NDk1OS4xLjEuMTY5NTc1NTA1Ny42MC4wLjA.

ii) impõe formas de comprovação de expulsões forçadas unicamente por meio de conflito de fato que tenha perdurado até 5/10/1988 ou por ação possessória judicializada à data da promulgação da CRFB;

iii) veda a revisão do procedimento de demarcação de Terras Indígenas em toda e qualquer hipótese, mesmo em caso de erro;

iv) reaviva paradigmas ditatoriais, retrógrados e de cunho racista, como o assimilacionismo, integracionismo e o regime tutelar, que foram extirpados do ordenamento jurídico brasileiro com a nova ordem constitucional de 1988;

v) suprime, deliberadamente, o direito de consulta das comunidades indígenas, previsto na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT);

vi) cria óbices ao processo de demarcação, em afronta ao princípio da eficiência e com o intuito de impedir a sua finalização, entre outros graves retrocessos.

É importante ressaltar que as Terras Indígena são as áreas mais ambientalmente conservadas do País, formando ilhas de floresta em meio ao desmatamento desenfreado em todas as regiões brasileiras. Elas são responsáveis por serviços ambientais essenciais à sociedade e à economia, como a regulação climática, o regime de chuvas, a manutenção dos mananciais de água, o controle de pragas e doenças e a polinização.

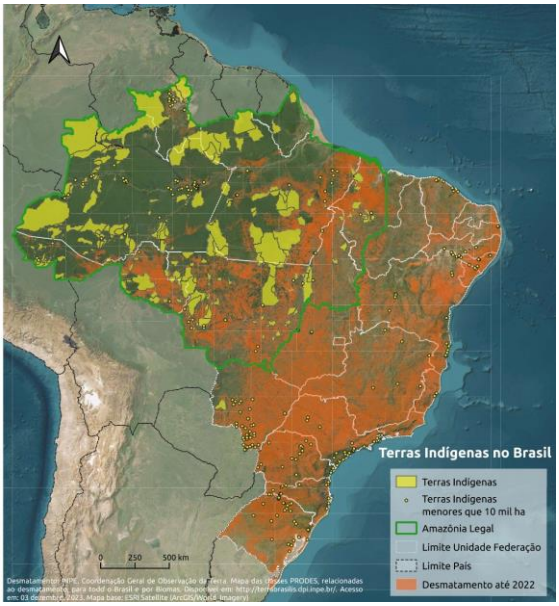

Figura 1. Desmatamento até dezembro de 2022.

Estudo científico recente[8] estimou que a região amazônica armazena quase 38% (86.121 MtC) dos 228.700 MtC encontrados acima do solo na vegetação lenhosa da América tropical, África e Ásia. **Sozinhas, as Terras Indígenas do bioma Amazônia são responsáveis por armazenar quase um terço (32,8%) do carbono acima da superfície da região (28.247 MtC). Mais carbono é armazenado nas Terras Indígenas amazônicas do que o encontrado em todas as florestas da República Democrática do Congo (22.128 MtC) ou na República**

[8] BACCINI A.; GOETZ, S. J.; WALKER, W. et al. *Estimated carbon dioxide emissions from tropical deforestation improved by carbon-density maps*. Nat. Clim. Change 2, p. 182–185. 2012.

da Indonésia (18.851 MtC), dois outros países com grandes porções de floresta tropical. Notavelmente, trata-se de uma quantidade de carbono suficiente para alterar irreversivelmente os regimes climáticos e de chuvas em escala continental. A Lei nº 14.701/2023 coloca todo esse patrimônio ambiental em risco e, o que é pior: em tempos de emergência climática.

Outros estudos científicos comprovam os relevantes serviços ambientais oferecidos pelas Terras e povos indígenas. Nesse sentido, o Mapbiomas Brasil revelou que ao longo de 30 (trinta) anos as Terras Indígenas (TIs) perderam apenas 1% de toda a vegetação nativa, desmatamento causado, em grande medida, por invasores que dilapidam as florestas existente no interior dessas áreas. Já nas áreas privadas, a perda de vegetação nativa foi de 20,6%[9].

Na mesma linha, os dados da Organização das Nações Unidas (ONU) demonstram que os territórios tradicionais indígenas abrangem 28% da superfície terrestre do mundo, **mas abrigam 80% de toda a biodiversidade planetária**[10].

De acordo com estudos científicos elaborados por profissionais do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM)[11], **a Lei nº 14.701/2023 tem o potencial de promover um aumento expressivo do desmatamento - da ordem de 23 a 55 milhões de hectares somente na Amazônia - nos próximos anos em função do avanço da grilagem e**

---

[9] Mapbiomas. **Fatos sobre o Papel das Terras Indígenas na Proteção das Florestas**. 2022. Disponível em: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/downloads/Colecction%206/Fatos_sobre_o_Papel_das_Terras_Ind%C3%ADgenas_18.04.pdf.

[10] Organização das Nações Unidas. **5 maneiras que os povos indígenas estão ajudando o mundo a alcançar a #FomeZero**. 2019. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2019/08/1683741

[11] Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia/IPAM é uma organização científica, não governamental, apartidária e sem fins lucrativos que desde 1995 trabalha pelo desenvolvimento sustentável da Amazônia. Disponível em: https://ipam.org.br/o-ipam/proposito/

da fronteira agrícola sobre as TIs. "Como resultado desta destruição, entre 7,6 a 18,7 bilhões de toneladas de dióxido de carbono poderão ser emitidos para atmosfera."[12].

Os serviços ambientais prestados pelos povos indígenas com a conservação das vegetações nativas têm consequências diretas no regime de chuvas, que é um fator essencial para a manutenção da capacidade produtiva do país, de modo que a ausência de demarcação de Terras Indígenas traz como consequência a potencialidade de aceleração das mudanças climáticas, pondo em risco todos os brasileiros. Segundo o IPAM "**A média de evapotranspiração das áreas ancestralmente ocupadas pelos indígenas para a Amazônia Legal é 9% maior quando comparadas com as áreas não protegidas. A perda dos direitos territoriais, portanto, poderia reduzir drasticamente a umidade e as chuvas na região**."[13].

O Acordo de Paris, ratificado por intermédio do Decreto nº 9.073/2027, reconhece que "as mudanças climáticas representam uma ameaça urgente e potencialmente irreversível para as sociedades humanas e para o planeta e, portanto, requer a mais ampla cooperação possível de todos os países e sua participação numa resposta internacional eficaz e apropriada, com vista a acelerar a redução das emissões globais de gases de efeito estufa". Reconhece, inclusive, que os Estados Partes "deverão, ao tomar medidas para combater as mudanças climáticas, **respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, o direito à saúde, os direitos dos povos indígenas**, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade, o direito

[12] IPAM. **PL 2903 e a tese do Marco Temporal: ameaças aos direitos indígenas e ao clima**. Disponível em: https://ipam.org.br/bibliotecas/pl-2903-e-a-tese-do-marco-temporal-ameacas-aos-direitos-indigenas-e-ao-clima/

[13] Idem.

ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero, empoderamento das mulheres e a igualdade intergeracional.”.

No contexto da crise climática associada ao aquecimento global, as Terras Indígenas afiguram-se fundamentais para a proteção da biodiversidade, das florestas e das águas, contribuindo de forma substancial para o equilíbrio climático.

Resta nítido, portanto, que a vigência da Lei nº 14.701/2023 implica não só o aumento da violência contra os povos indígenas e seus territórios, como também afeta toda a sociedade indígena e não-indígena, à medida que acentua a degradação do meio ambiente e a crise climática vivenciada em todo o globo.

Por todas as inconstitucionalidades que serão aduzidas, o movimento indígena denominou a Lei nº 14.701/2023 de “Lei do Genocídio Indígena”. E, ao longo da exordial, os proponentes demonstrarão as lesões aos direitos à vida, ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, bem como ao direito originário dos povos indígenas de exercer a posse permanente de seus territórios tradicionais. Diante da gravidade do que dispõe a referida Lei, se impõe sua suspensão imediata e liminar.

2. Distribuição por Dependência ao Relator do RE nº 1.107.365 - Juízo Prevento:

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) **deve ser distribuída por dependência ao Exmo. Sr. Ministro Edson Fachin, relator do RE nº 1.017.365, em razão da incidência do instituto da Prevenção**. Isso porque, de acordo com o Artigo 325-a, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), “Reconhecida a repercussão geral,

serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, **os processos relacionados ao mesmo tema**".

Com efeito, no RE supra especificado, julgado em sede de repercussão geral, o STF decidiu que "A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição".

O tema do "marco temporal" constitui o cerne da Lei nº 14.701/2023, que objetiva instituí-lo no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo já tendo sido declarada a sua inconstitucionalidade pelo STF. Em outras palavras, o RE nº 1.017.365 e a presente ADI tratam da mesma matéria, com semelhança na relação jurídica e na lide sociológica subjacente aos processos.

Embora o RE nº 1.017.365 se constitua, originalmente, enquanto ação de controle concreto de constitucionalidade, o STF vem reconhecendo a tese da "objetivação" dos recursos extraordinários apreciados sob a sistemática da repercussão geral. Com efeito, ao analisar questão relativa ao impedimento do eminente Ministro André Mendonça para votar na tese de repercussão geral que seria fixada no RE nº 1.107.365, o Tribunal, por unanimidade, reconheceu que, nestes casos, há "**juízo de constitucionalidade que se realiza no plano abstrato, à semelhança do que ocorre nas ações de controle concentrado"**. Confira-se:

> "INAPLICABILIDADE DAS CAUSAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO ORDINÁRIAS ÀS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO MESMO ENTENDIMENTO AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS APRECIADOS SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE DISCRIMINEM RAZOÁVEL. **JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE SE REALIZA**

NO PLANO ABSTRATO, À SEMELHANÇA DO QUE OCORRE NAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO, AINDA QUE VEICULADO PELO SISTEMA DIFUSO. RESTRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO ADSTRITA À APRECIAÇÃO DO CASO CONCRETO.

1. **Não é recente a compreensão que vem se formando no âmbito desse Excelso Colegiado quanto à 'abstrativização' – ou 'objetivação' – do controle difuso de constitucionalidade, a partir de uma aproximação contínua e gradual entre os dois sistemas**. Nesse sentido, no âmbito da RCL nº 4.335/AC, j. 20/03/2014, p. 22/10/2014, de sua relatoria, pontou o Min. Gilmar Mendes que 'a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.'

2. **Reforçam a tese da 'objetivação' do recurso extraordinário, dentre outros, os precedentes firmados no bojo do RE nº 298.694/SP**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 06/08/2003, p. 23/04/2004, do AI nº 375.011-AgR/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 05/10/2004, p. 28/10/2004, do RE nº 376.852-MC/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 27/03/2003, p. 13/06/2003, e mais recentemente do RE nº 955.227/BA, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 08/02/2023, p. 02/05/2023.

3. No âmbito do controle concentrado, ao apreciar Questão de Ordem suscitada pelo eminente Minitro Dias Toffoli na ADI nº 6.362/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02/09/2020, p. 09/12/2020, o Tribunal reafirmou entendimento já consolidado, fixando 'tese no sentido de que não há impedimento, nem suspeição de Ministro, nos julgamentos de ações de controle concentrado, exceto se o próprio Ministro firmar, por razões de foro íntimo, a sua não participação'.

4. **Diante do processo de 'objetivação' dos recursos extraordinários apreciados sob a sistemática da repercussão geral, não há razão de *discriminem* apta a afastar a incidência de tal compreensão também nestes casos**. Sob tal perspectiva, reforçada pelas consequências práticas decorrentes da potencial redução do quórum de participação em questões de controle de constitucionalidade, que exigem maioria qualificada (cf. art. 143, p. único, do RISTF e art. 22 da Lei nº 9.868, de 1998), deve o Ministro virtualmente impedido/suspeito deixar de apresentar voto apenas em relação à definição do caso concreto, participando da integralidade do julgamento concernente ao tema de repercussão geral (incluindo voto, debates e sessões correspondentes).

> 5. Proposição da fixação da seguinte tese: 'Nos recursos extraordinários apreciados sob a sistemática da repercussão geral, o impedimento restringe-se à etapa da votação referente ao processo subjetivo e à conclusão de julgamento aplicada às partes, porém, **não se aplica à fixação e votação da tese constitucional, pois nesta não se discutem situações individuais nem interesses concretos. Ou seja, deve-se participar da integralidade do julgamento concernente ao tema de repercussão geral (incluindo voto, debates e sessões correspondentes), apenas deixando de apresentar voto sobre a causa-piloto (caso concreto)**'."[14].

Destarte, sendo a presente ADI, quase em sua totalidade, fundada no questionamento da matéria analisada objetivamente pelo STF no RE nº1.017.365, é de se reconhecer a necessidade de distribuição por prevenção.

Enfatize-se, ainda, que **o RE nº 1.017.365 não transitou em julgado**, visto estar pendente a publicação do acórdão, cujo teor poderá ensejar a interposição de recurso de embargos de declaração, inclusive com eventuais efeitos infringentes. Logo, para decidir acerca do "marco temporal para a demarcação das Terras Indígenas", a impossibilidade de ampliação de Terra Indígena já demarcada, as condições do processo de demarcação, bem como quanto ao "renitente esbulho" no âmbito do STF, já há um Juízo prevento, vez que o RE em epígrafe está sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Edson Fachin, o que, mais uma vez, justifica a distribuição desta ADI por dependência em razão da prevenção, haja vista a similitude entre os pedidos e a causa de pedir.

Outrossim, nos termos dispostos no Artigo 55, §3º c/c o Artigo 286, III, do Código de Processo Civil (CPC), as causas de qualquer natureza deverão ser distribuídas ao Juízo

---

[14] STF. Tribunal Pleno. RE nº 1.017.365 QO/SC. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe publicado em: 08/09/2023.

prevento sempre que houver risco de decisões conflitantes ou contraditórias, mesmo que não haja conexão entre elas, senão vejamos:

> "Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.
>
> (...)
> § 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.".

[...]

> "Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:
>
> (...)
> III - quando houver ajuizamento de ações nos termos do art. 55, § 3º, ao juízo prevento".

À vista disso, salvaguardada a pertinência temática do RE nº 1.017.365 com esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, com semelhança nos pedidos e na causa de pedir, **requer-se, desde já, a sua distribuição por dependência ao Juízo prevento, em razão do risco de decisões conflitantes ou contraditórias, bem como para assegurar a razoável duração do processo.**

3. Legitimidade Ativa:

A **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)** é uma **entidade de classe de âmbito nacional**, na forma do Artigo 103, inciso IX, da CRFB, c/c Artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/1999. A APIB é a organização que representa nacionalmente os Povos Indígenas. Trata-se, aliás, da única entidade nacional de representação dos indígenas brasileiros. De acordo com o art. 4º do seu Regimento (Doc. 02), ela é composta pelas seguintes organizações regionais: **(i)** Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo (APOINME)[15]; **(ii)** Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB)[16]; **(iii)** Articulação dos Povos Indígenas do Sul (ARPINSUL)[17]; **(iv)** Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste (ARPIN-SUDESTE)[18]; **(v)** Conselho do Povo Terena[19]; **(vi)** Aty Guasu Kaiowá Guarani[20]; e **(vii)** Comissão Guarani Yvyrupa[21]. **Ela está presente em mais de 9 (nove) unidades da federação brasileira, satisfazendo o requisito assentado pela jurisprudência sobre o caráter nacional da entidade**.

Ainda segundo seu Regimento Interno[22], a APIB foi criada pelo Acampamento

---

[15] Composta por povos presentes nos Estados do Piauí, do Ceará, do Rio Grande do Norte, da Paraíba, de Pernambuco, de Alagoas, de Sergipe, da Bahia, de Minas Gerais e do Espírito Santo.

[16] Abrange povos dos Estados do Amazonas, do Acre, do Amapá, do Maranhão, do Mato Grosso, do Pará, de Rondônia, de Roraima e do Tocantins.

[17] Representa povos localizados nos Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

[18] Organização que abrange povos dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo.

[19] Organização tradicional de Mato Grosso do Sul.

[20] Localizada no Estado do Mato Grosso do Sul.

[21] Abrange povos dos Estados do Rio de Janeiro, de São Paulo, do Espírito Santo, do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

[22] A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) é uma instância de aglutinação, referência e representação nacional do movimento indígena no Brasil. APIB Oficial. Disponível em: https://apiboficial.org/sobre/.

Terra Livre (ATL), mobilização nacional realizada todo ano em Brasília-DF, no ano de 2005, para tornar visível a situação dos direitos indígenas e reivindicar do estado brasileiro o atendimento das demandas e reivindicações dos povos indígenas. A entidade tem por missão a "promoção e defesa dos direitos indígenas, a partir da articulação e união entre os povos e organizações indígenas das distintas regiões do país".

Além de congregar as maiores organizações indígenas regionais de todas as partes do país, a APIB possui reconhecimento no campo internacional, tendo ocupado lugar de destaque na Organização das Nações Unidas (ONU), na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e no Parlamento Europeu, a partir de denúncias contra as violações dos direitos das comunidades indígenas e retrocessos sociais na política indigenista do país. Não faria sentido que não pudesse fazer o mesmo na Suprema Corte brasileira[23].

Ademais, a legitimidade ativa da entidade decorre de interpretação conjugada do Artigo 103, inciso IX, CF/88, com o disposto no Artigo 232 da CRFB, segundo o qual *"os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo"*.

Nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709 e 991, o STF já reconheceu a legitimidade ativa da APIB para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Vejamos:

[23] A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) também é autora de outras Ações Constitucionais que tramitam no STF, a exemplo das ADPF's nºs 991 e 1.059; e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº ADI 6.622 e 5.905. Da mesma forma, contribui na qualidade de *Amicus Curiae* em várias outras Ações Constitucionais que tramitam no STF, a exemplo das ADI nºs 7.200, 6.672, 6.852; e RE nº 1.017.365.

"(...) **2. A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB possui legitimidade ativa para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal e, bem assim, os partidos políticos que assinam a petição inicial. Premissas da decisão**."[24].

"**1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, nos termos do art. 232 da Constituição da República**."[25].

Extrai-se das decisões uma ruptura paradigmática com uma jurisprudência defensiva do STF, que admitia somente a representação de categorias profissionais e econômicas, de forma a deixar outras entidades nacionais, que atuam com grupos vulneráveis e minorias, desamparados na defesa de seus direitos constitucionalmente assegurados no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Os demais Requerentes **Partido Socialismo e Liberdade e Rede Sustentabilidade** são partidos políticos com representação no Congresso Nacional (Docs. 07 e 11). Desse modo, na forma do Artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/1999 c/c Artigo 103, inciso VIII, da CRFB, possuem legitimidade ativa universal para o ajuizamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade. A legitimidade ativa de tais Requerentes já é suficiente para o conhecimento da presente ação.

[24] ADPF 709. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicação: 07/10/2020.
[25] ADPF 991. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Publicação: 02/10/2023.

Pelo exposto, a proposição desta ADI por partidos políticos e entidade de classe de âmbito nacional, que congrega povos indígenas de diferentes regiões e biomas brasileiros, é expressão da "inclusão dos povos indígenas na sociedade aberta de intérpretes", conforme cunhado por Peter Härbele, a fim de reivindicar a concretização de seus direitos fundamentais, motivo pelo qual estão legitimados para o presente ajuizamento.

4. Cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

O Artigo 102, inciso I, alínea 'a', da Constituição preceitua que compete ao STF julgar, originariamente, *ação direta de inconstitucionalidade* em face de lei ou ato normativo federal ou estadual. A jurisprudência, ademais, consolidou a compreensão de que a ação direta de inconstitucionalidade apenas poderia ser manejada contra normas pós-constitucionais. Assim, a Lei nº 14.701/2023, por ser Lei Federal e pós-constitucional, é passível de questionamento via ação de controle concentrado de constitucionalidade, a demonstrar o cabimento do ajuizamento.

5. Inconstitucionalidades Formais Existentes na Lei Impugnada:

5.1. Ausência de Consulta Livre, Prévia e Informada de Medida Legislativa - Afronta ao Princípio Democrático e ao Princípio do Devido Processo Legislativo:

A ausência de consulta livre prévia e informada durante o processo legislativo da Lei nº 14.701/2023 representa vício de inconstitucionalidade formal e viola o devido processo legislativo. Isso porque durante a tramitação dos PLs nº 490/2007 e 2.903/2023, que culminaram na edição da Lei n.º 14.701/2023, **o Poder Legislativo não realizou nenhum procedimento de consulta livre, prévia e informada acerca das medidas capazes de afetar os povos indígenas diretamente**.

O dever de realizar a consulta prévia de medida legislativa decorre, principalmente, da Convenção nº 169 da OIT, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto Presidencial nº 5.051/2004 e consolidada no Decreto nº 10.088/2019, inciso LXXII do Artigo 2º, anexo LXXII.

É bem de ver que, por versar sobre direitos humanos, a Convenção tem *status* de norma supralegal - a teor da célebre tese exarada por este egrégio STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. Tal entendimento já foi perfilhado pela jurisprudência do STF:

> "22. **Relembro que o respeito e a proteção dos direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais são impostos pela Convenção nº 169 da OIT** (incorporada pelo Decreto nº 5.051/2004 e consolidada no Decreto nº 10.088/2019), **com o status supralegal no direito brasileiro** (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. 03.12.2008, Dje 05.6.2009, representativo do Tema nº 60 da Repercussão Geral; RE 349.703, Red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes,

Pleno, j. 03.12.2008, Dje 05.6.2009; e HC 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. 03.12.2008, DJe 26.6.2009), **por ser tratado de direitos humanos**."[26].

A proteção jurídica ao direito de consulta também encontra amparo na **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)**, de 22 de novembro de 1969 (ou Pacto de São José da Costa Rica); na **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, de 13 de setembro de 2007; e **na Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, aprovada em 15 de junho de 2016.

Assinale-se, no que concerne a esse tema, que a jurisprudência da **Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mediante interpretação evolutiva do artigo 21 da CADH, considera que:** "**a obrigação da consulta, além de constituir uma norma convencional, também é um princípio geral do Direito Internacional**."[27].

Um importante informe apresentado ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas[1] em 15 de julho de 2009, pelo então Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos indígenas, James Anaya, tratou do dever de celebrar consultas, considerados dois contextos em especial: o das reformas constitucionais e legislativas relativas à temática indígena e iniciativas de desenvolvimento e extração de recursos naturais. A consulta, lembra o informe, é uma decorrência do direito à livre determinação desses povos e, em consequência, de perseguir livremente seu desenvolvimento

[26] STF. Tribunal Pleno. ADI nº 5.783. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe Publicação: 14/11/2023.

[27] Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*. *In:* Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 466-467. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por7.pdf.

econômico, social e cultural. Mas também um imperativo democrático, baseado no entendimento da marginalidade relativa e das condições desfavoráveis dos povos indígenas em relação aos processos democráticos normais. O Relator Especial observa que "as medidas de reforma constitucional ou legislativa que interessam ou afetam a todos os povos indígenas de um país vão requerer mecanismos consultivos e representativos apropriados que estejam de alguma maneira abertos a todos eles e a seu alcance".

Em seu Artigo 6º, tópico 1, alínea "a" e tópico 2, a Convenção nº 169 da OIT estabelece:

> "Artigo 6°
>
> 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-Ios diretamente**;
>
> b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;
>
> c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.
>
> 2. **As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas**.".

[1] ONU. A/HRC/12/34

Relanceando os olhos para o artigo em vitrine, se dessume que **a Convenção nº 169 da OIT incluiu etapa formal ao processo legislativo brasileiro** ao estabelecer que **cada vez** que sejam previstas **medidas legislativas suscetíveis de afetar os povos indígenas diretamente**, **os governos deverão consultar os povos interessados**, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas. **Com isso, instituiu-se, no âmbito do devido processo legislativo, uma etapa formal, qual seja, a necessidade de realização da consulta livre, prévia e informada aos povos indígenas**. **A não realização da consulta nas duas casas Legislativas implica, pois, em nulidade formal da novel legislação por desrespeito à etapa do processo legislativo prevista em tratado internacional ratificado pelo país**.

É de bom alvitre gizar que a consulta livre, prévia e informada de medida legislativa não carece de regulamentação, pois, segundo o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". **A não realização da consulta livre, prévia e informada, no caso vertente, afronta o § 2º do Artigo 5º da Constituição da República, pela não observância da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho**, passível, por isso, de controle de constitucionalidade por este egrégio STF.

Com efeito, não se trata de mera decisão *interna corporis* do Congresso Nacional, mas de omissão que pode sujeitar o Estado brasileiro à responsabilização internacional.

No caso brasileiro, o jurista indígena Luiz Eloy Terena, a jurista quilombola Vercilene Francisco Dias e os juristas socioambientalistas Juliana de Paula Batista e Luiz Henrique Reggi Pecora aduziram, em artigo recém publicado acerca da hermenêutica do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito à consulta, que:

> "**a não realização da consulta não pode ser interpretada a partir da vulneração unicamente do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, mas como violação grave de direitos humanos inserido em norma com estatura hierárquica de supralegalidade. Em casos assim, não há que se falar em quebra do princípio da separação dos poderes, já que é função dos Poderes da República, em especial do Poder Judiciário, ser instrumento concretizador dos direitos humanos**. Vejamos as palavras do Ministro Edson Fachin sobre essa questão mais geral em outro processo: 'há que se insistir na missão institucional dos poderes públicos e, em especial, do Poder Judiciário de ser instrumento concretizador dos direitos humanos, que são, na ambiência constitucional brasileira, os princípios fundamentais da nova ordem jurídica'"[28].

A jurista Glória Amparo Rodriguez leciona que a ausência de consulta prévia no processo legislativo **pode ensejar a declaração de inconstitucionalidade da lei ou mesmo a declaração de constitucionalidade condicionada à exclusão do âmbito de sua aplicação de grupos étnicos diretamente afetados**, senão vejamos:

---

[28] BATISTA, Juliana de Paula; TERENA, Luiz Eloy; PECORA, Luiz Henrique Reggi; DIAS, Vercilene Francisco. Consulta livre, prévia e informada: O que o Supremo Tribunal Federal tem a ver com isso?. *In*: SILVA, Liana Amin Lima da et al (Coord.). **Tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia, livre e informada**. Instituto socioambiental e CEPEDIS. 2023. p. 205. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/acervo/publicacoes-isa/tribunais-brasileiros-e-o-direito-consulta-previa-livre-e-informada.

> "La consecuencia de omitir el deber de consulta previa se traduce en el incumplimiento del compromiso internacional asumido por el Estado con el Convenio núm. 169 de la OIT; igualmente supone el desconocimiento de la Constitución y por ello puede solicitarse el amparo de este derecho mediante la acción de tutela. **Tratándose de leyes, la omisión de la consulta previa produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley, o la declaratoria de constitucionalidad condicionada excluyendo de su ámbito de aplicación los grupos étnicos afectados, o la declaración de una omisión legislativa por no haber previsto medidas orientadas a estas comunidades**"[29].

O Tribunal Constitucional do Peru decidiu que quando as medidas administrativas ou legislativas já foram implementadas, a consulta deixa de ter o atributo da boa-fé. A decisão destaca, também, que **a realização de processo de consulta aos povos indígenas afetados em caráter posterior à tramitação da medida não convalida seu vício de origem**. Senão, vejamos:

> "Outro ponto característico é que a consulta é realizada antes da tomada de decisão. A ideia essencial da inclusão dos povos indígenas na discussão do projeto da medida administrativa ou legislativa é que eles possam apresentar suas perspectivas culturais, para que possam ser levadas em consideração. A consulta é uma expectativa de poder, de influência na elaboração de medidas que terão impacto direto na situação jurídica dos povos indígenas. Deslocar esta consulta para um momento posterior à publicação da medida retira a expectativa da intervenção subjacente à consulta. Além disso, a consulta seria realizada por fato consumado, podendo assim revelar falta de boa-fé. Em todo o caso, as condições dos fatos

[29] RODRIGUEZ, Gloria Amparo. De la Consulta Previa al Consentimiento Libre, Previo e Informado a Pueblos Indígenas en Colombia. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/tablas/30202.pdf.

podem determinar algumas exceções, embora estas sejam sempre revistas sob um rigoroso exame de constitucionalidade pela suspeita que tais situações geram."[30].

Impende destacar, finalmente, que esse entendimento tem sido observado em sucessivas decisões proferidas pela Corte IDH:

"**o requisito de consulta prévia implica que essa consulta deva ser realizada antes de tomar-se a medida, ou executar o projeto suscetível de afetar as comunidades, inclusive de medidas legislativas, e que as comunidades afetadas sejam envolvidas o quanto antes no processo**. Quando se trate de consulta prévia à adoção de uma medida legislativa, os povos indígenas deverão ser consultados antecipadamente, em todas as fases do processo de produção normativa, e essas consultas não devem ser restritas a propostas.
182. A legislação e a jurisprudência nacional de vários países da região também referiram-se ao caráter prévio da consulta"[31].

Enfatize-se que o direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado não se restringe - nem se confunde - com outras formas de participação. Os povos interessados têm direito de participar de reuniões, audiências públicas, encontros e outros modos de participação permitidos a todas as pessoas da sociedade. A consulta, portanto, é uma etapa

[30] Tribunal Constitucional do Peru. Exp. n° 0022-2009-PI/TC. Disponível em: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html.

[31] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador. In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 471. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por7.pdf.

formal do processo legislativo, e consubstancia um momento em que os povos interessados, por intermédio de suas instâncias representativas - o que deve ser indicado por eles e não pelo Estado, governos ou parlamentares, ou seja, por meio das instâncias que possuem atribuição para representá-los coletivamente -, serão consultados. Sobre o assunto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem manifestado que:

> "299. A ausência de diretrizes legais claras para o procedimento de consulta supõe, na prática, um sério obstáculo ao cumprimento do dever de consulta do Estado. Na ausência de um marco legal para esta obrigação, alguns Estados membros da OEA têm recorrido à aplicação da legislação ambiental geral, que frequentemente incorpora requisitos de informação e audiências públicas para permitir a participação local em relação a projetos de investimento e desenvolvimento, geralmente na fase de elaboração dos estudos de impacto socioambientais. **No entanto, à luz dos padrões interamericanos de direitos humanos, mecanismos desse tipo costumam ser insuficientes para acomodar os requisitos de consulta aos povos indígenas**, concebidos como um mecanismo especial para garantir seus direitos e interesses de acordo com os critérios estabelecidos pelos órgãos do Sistema em aplicação de padrões internacionais"[32].

É com a realização de consulta prévia que se possibilita um diálogo intercultural entre a sociedade brasileira e os povos originários, de modo a reconhecer concretamente suas formas de organização social e deliberação nos marcos de uma sociedade pluralista anunciada pela Constituição Cidadã.

[32] Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Disponível em: http://cidh.org/countryrep/tierrasindigenas2009/cap.ix.htm#_ftn62.

Destarte, a ausência de de consulta livre, prévia e informada de medida legislativa que, indubitavelmente é suscetível de afetar os povos indígenas diretamente, enseja nulidade formal por quebra do Princípio Democrático e do Princípio do Devido Processo Legislativo (Artigos. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e inciso LIV, da CRFB). Malfere, ainda, o Artigo 5º, § 2º da Constituição da República, podendo sujeitar o estado brasileiro à responsabilização internacional. Desta maneira, é de se declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 14.701/2023.

5.2. A Inconstitucionalidade Formal do Artigo 20, Parágrafo Único, e Artigo 22 da Lei nº 14.701/2023: Matéria Reservada à Lei Complementar e à Lei específica (Artigos 231, §§ 3º e 6º, da CRFB):

A Constituição da República Federativa do Brasil, no **Artigo 231, § 6º**, estabelece:

> "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> (...)
>
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, **cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes**.
>
> (...)

> § 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.".

Da leitura do dispositivo depreende-se que qualquer atividade que implique em *exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e lagos existentes em Terras Indígenas*, os quais são de **usufruto exclusivo** dos povos indígenas (Artigo 231, § 2º, CRFB), ou seja, recursos que são de titularidade dos povos indígenas, só pode se realizar mediante duas condições: **i) relevante interesse público da União**; e **ii) segundo o que dispuser Lei Complementar**.

Disto ressai que o usufruto exclusivo é a regra. Sua mitigação só poderia ocorrer mediante "relevante interesse público da União" - hipótese excepcional - que deve ser justificado e objeto de regulamentação por **Lei Complementar**.

Não obstante haja previsão expressa da reserva de Lei Complementar para regular a matéria, o **Parágrafo Único** do Artigo 20[33] e o **Artigo 22** da Lei nº 14.701/2023 determinam:

> "Art. 20. O usufruto dos indígenas não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional.
>
> **Parágrafo único**. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, **a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de**

[33] O Caput do Artigo 20 não foi vetado, logo, não passou pela sessão de derrubada dos vetos.

> **cunho estratégico serão implementados** independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.
>
> Art. 22. Ao poder público é permitida a instalação, em Terras Indígenas, de equipamentos, de **redes de comunicação, de estradas e de vias de transporte**, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e educação.”.

Não se olvida da necessidade de dispor de estruturas físicas adequadas à prestação de serviços públicos em Terras Indígenas, contudo o dispositivo é genérico e não foi objeto de deliberação na forma de Lei Complementar que discipline as hipóteses de “relevante interesse público da União” capazes de mitigar o usufruto dos indígenas às riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas Terras Indígenas.

A hipótese não é de somenos. A “expansão estratégica da malha viária” pode significar a construção de rodovias; a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico pode englobar exploração hídrica e mineral. A instalação de “redes de comunicação”, permitiria a construção de linhões e linhas de transmissão de energia, por exemplo. Já a implementação de “estradas e vias de transporte”, autorizaria, nas Terras Indígenas, a construção de ferrovias, hidrovias, portos, aeroportos e outros.

Todos estes atos têm como objeto a ocupação, a posse e o domínio de Terras Indígenas, bem como a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Destarte, só podem ser realizadas mediante a existência concomitante de relevante interesse público da União e Lei Complementar. **Desse modo, os dispositivos padecem de inconstitucionalidade formal, por violação à reserva de lei complementar e ao devido processo legislativo**. Goste-se ou não, essa é a regra encartada na Constituição.

Além disso, a Lei prevê, também, a possibilidade de se implementar a "exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico". Ocorre que o artigo 231, § 3º, dispõe: "O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em Terras Indígenas **só podem ser efetivados com <u>autorização do Congresso Nacional</u>, <u>ouvidas as comunidades afetadas</u>, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei**".

Dessa maneira, a exploração de tais recursos só poderia ser implementada mediante as condições previstas na Constituição: i) lei específica a regular a matéria; ii) autorização do Congresso Nacional; iii) **oitiva** das comunidades afetadas e. iv) participação nos resultados da lavra.

Consoante se dessume, a Lei dispensa todos estes requisitos a estabelecer, de forma genérica, a possibilidade de **<u>implementação</u> da expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico** e a **<u>dispensa</u>** de consulta às comunidades afetadas, expressamente requerida no texto do Artigo 231, § 3º e no Artigo 6º, I, da Convenção nº 169 da OIT.

Ora, tais atividades requerem uma Lei específica, que preveja todas as condições instituídas na Constituição para a exploração hídrica e mineral nas Terras Indígenas. Na impossibilidade de aprovação de norma com tal sentido, não pode o legislador, simplesmente, dar um "olé" na Constituição e liberar atividades sem os requisitos constitucionais estabelecidos.

A construção de tais empreendimentos poderia, inclusive, ocorrer em terras indígenas com a presença de indígenas isolados, o que constitui risco iminente à existência destes povos. É de se anotar, que o Brasil tem o maior número de populações indígenas em

isolamento do mundo. Existem registros da presença de 114 povos indígenas isolados, sendo 20 deles confirmados[34].

Povos indígenas isolados e de recente contato estão submetidos, de forma peculiar, a um grande leque de vetores de vulnerabilidade, que se reforçam mutuamente. São eles[35]: (i) a **vulnerabilidade epidemiológica**, decorrente da inexistência de memória imunológica em seus organismos para defesa contra determinadas doenças – a exemplo de uma simples gripe – ; (ii) a **vulnerabilidade demográfica,** que ocorre pela fragilidade do contingente populacional, em consequência dos números reduzidos e das grandes taxas de mortalidade decorrentes do contato; (iii) a **vulnerabilidade territorial**, pela contínua pressão da nossa sociedade sobre seus territórios e a estreita relação desses povos com os recursos naturais e suas respectivas cosmologias; e (iv) a **vulnerabilidade política**, que ocorre pela impossibilidade desses povos se manifestarem através dos mecanismos de representação comumente aceitos pelo Estado, tais como partidos políticos, associações ou assembleias.

Diante da vulnerabilidade dos povos indígenas e da existência das Terras Indígenas para assegurar a sobrevivência física e cultural de seus povos, é que o constituinte originário estabeleceu regras mais restritivas para a construção de empreendimentos e exploração hídrica e mineral nestas áreas.

---

[34] Informe n° 1 do Observatório de Direitos Humanos dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato - Opi. Disponível eletronicamente em: https://povosisolados.com/2020/02/11/informe-observatorio-opi-n-01-02-2020-povos-indigenas-isolados-no-brasil-resistencia-politica-pela-autodeterminacao/.

[35] AMORIM, Fabrício Ferreira. YAMADA, Erika Magami. **Povos indígenas isolados**: autonomia e aplicação do direito de consulta. *Revista Brasileira de Linguística Antropológica*, vol. 08, n° 02, dez. 2016, p. 41-60.

Não se trata, pois, de invocar mero formalismo burocrático, mas sim de proteger a Constituição Federal dos voluntarismos legislativos. A forma preconizada pela Constituição é a própria garantia do Estado Democrático de Direito, sobretudo no presente caso, em que uma Lei ordinária pretende alterar substancialmente a proteção conferida pela Constituição da República.

Sendo assim, o parágrafo único do Artigo 20 e o Artigo 22 da Lei nº 14.701/2023 padecem de inconstitucionalidade formal na medida em que violam os Artigos 59, II e 69, bem como Artigo 231, §§ 3º e 6º, da Constituição da República, a solapar o devido processo legislativo e a forma preconizada na Constituição.

6. Inconstitucionalidades Materiais:

6.1. Norma Tendente a Abolir Direitos e Garantias Fundamentais dos Povos Indígenas:

A Lei nº 14.701/2023 pretende, de forma oblíqua, promover alteração na Constituição da República, notadamente em direitos fundamentais dos povos indígenas, por meio de instrumento normativo com estatura hierárquica inferior à Constituição Federal, ou seja, por intermédio de Lei Ordinária, o que não é admitido pela sistemática constitucional.

Observe-se, por exemplo, o que prevê o Artigo 4º, incisos I a IV e §§ 1º a 4º, que estabelece critérios não previstos na Constituição para a demarcação das Terras Indígenas, como o marco temporal de 5 de outubro de 1988 e a exigência de comprovação de renitente esbulho, caracterizado por expulsão forçada que só pode ser comprovada mediante ação judicial possessória ou conflito de fato persistentes até a data da promulgação da Constituição.

Ou, ainda, a intenção de transformar o procedimento administrativo de demarcação em uma corrida de obstáculos, prevendo, por exemplo, que os interessados deverão ser intimados pessoalmente e poderão contestar o processo administrativo a qualquer tempo - o que não é franqueado em nenhum tipo de processo administrativo no país, que tem prazos e momentos para questionamento dos interessados (Artigo 6º, da Lei nº 14.701/2023).

A Lei também prevê que informações orais porventura produzidas no processo de demarcação só terão validade "quando fornecidas em audiências públicas" ou "registradas eletronicamente em áudio e vídeo", uma tentativa nítida de inviabilizar os trabalhos do grupo multidisciplinar que faz os estudos antropológicos - já validados nas teses de repercussão geral do RE nº 1.017.365 - e violar usos, costumes e tradições indígenas, notadamente porque se sabe que estes povos possuem uma tradição eminentemente oral, que se passa de geração em geração.

O Artigo 9º, por sua vez, subverte a lógica do direito originário dos povos indígenas, prevista no Artigo 231, *caput*, da CRFB, conferindo a posseiros - ou seja, pessoas que não são detentoras de qualquer título de propriedade - o direito de preferência de estar nas Terras Indígenas em detrimento dos direitos originários indígenas. Neste caso, afora a adulteração do texto constitucional, é importante marcar que qualquer invasor pode ser considerado um "posseiro" e, nesta lógica, se a Terra Yanomami não estivesse demarcada, os invasores que estão na área, a perpetrar graves violações de direitos humanos contra os Yanomami, não poderiam ser retirados e teriam direito de continuar na posse da terra até a conclusão do processo de demarcação.

Na mesma toada, o Artigo 13, veda a ampliação de Terras Indígenas já demarcadas - possibilidade circunscrita a critérios constitucionais, no âmbito das teses de repercussão geral do RE nº 1.017.365.

Há, ainda, o Artigo 26, §§1º, 2º e incisos, que tem o intuito de viabilizar a exploração do usufruto exclusivo dos indígenas por parte de não-indígenas. A Constituição, no entanto, gravou as Terras Indígenas como inalienáveis e indisponíveis e criou a modalidade de **usufruto exclusivo**. A Constituição não falou em usufruto compartilhado, cedido, emprestado, justamente para que as riquezas dos rios, lagos e solos sejam **unicamente** dos indígenas que nestas terras habitam!

Assim, a Lei nº 14.701/2023, em sua integralidade, modifica, por via obtusa, as garantias constitucionais outorgadas aos povos indígenas pelo constituinte originário de 1988, a instaurar regime diverso do previsto na Constituição da República Federativa do Brasil.

Sobre o exposto, cobra relevo invocar, ***de forma primeira***, que os direitos fundamentais dos povos indígenas constituem um bloco de normas imutáveis, denominados de c**láusulas pétreas**, que não são suscetíveis de sofrerem alteração legislativa. Isso, em razão de expressa previsão constitucional proibitiva, no que a doutrina denomina de princípio da vedação ao retrocesso social.

Nessa vereda, a alteração dos direitos territoriais indígenas, previstos na Constituição Federal sequer seriam passíveis de alteração por emenda constitucional, uma vez que constituem direitos fundamentais dos povos indígenas. Essas premissas já foram externadas pelo eminente Ministro Roberto Barroso:

> "Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), parece

plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4º, IV, da Constituição."[36.]

Igual compreensão foi expressa pelo eminente Ministro Edson Fachin em seu voto vencedor nos autos do RE nº 1.017.365:

> "De início, cumpre afirmar que os direitos das comunidades indígenas consistem em direitos fundamentais, que garantem a manutenção das condições de existência e vida digna aos índios. Ao reconhecer '*sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam*', o artigo 231 tutela aos indígenas brasileiros direitos individuais e coletivos a ser garantidos pelos Poderes Públicos por meio de políticas que preservem a identidade de grupo e seu modo de vida, cultura e tradições.
>
> No entendimento doutrinário:
>
> > 'Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes 'declarações de direitos'.' (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378)
>
> De plano, essa qualificação dos direitos territoriais indígenas como direitos fundamentais acarreta quatro consequências relevantes para o julgamento do presente feito.

[36] Supremo Tribunal Federal. MS nº 32.262 MC/DF. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24/09/2013.

Em primeiro lugar, incide sobre o disposto no artigo 231 do texto constitucional a previsão do artigo 60, §4º da Carta Magna, consistindo, pois, **cláusula pétrea à atuação do constituinte reformador**, que resta impedido de promover modificações tendentes a abolir ou dificultar o exercício dos direitos individuais e coletivos emanados do comando constitucional do artigo citado:

> 'Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> (…)
>
> § 4º **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir**:
>
> I - a forma federativa de Estado;
>
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
>
> III - a separação dos Poderes;
>
> **IV - os direitos e garantias individuais**.'

Em segundo lugar, os direitos emanados do artigo 231 da CF/88, enquanto direitos fundamentais, estão **imunes às decisões das maiorias legislativas eventuais com potencial de coartar o exercício desses direitos**, uma vez consistirem em compromissos firmados pelo constituinte originário, além de terem sido assumidos pelo Estado Brasileiro perante diversas instâncias internacionais (como, por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das nações Unidas sobre os Povos Indígenas). Portanto, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública, consistindo em dever estrutural a ser desempenhado pelo Estado, e não meramente conjuntural.

Em terceiro lugar, por se tratar de direito fundamental, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver.

(...)

Finalmente, em consonância com o entendimento acima manifestado, entendo que, **por se tratar de direito fundamental, a interpretação adequada à aplicação do artigo 231 deve levar em consideração o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, pois se nos termos do artigo 5º, §2º do texto**

constitucional, *'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*', faz-se necessário manter coerência com uma hermenêutica que cumpra os objetivos da Constituição."[37].

A mesma orientação foi perfilhada pelo eminente Ministro aposentado Celso de Mello:

"É inquestionável a centralidade de que se reveste o tema pertinente às relações que os povos indígenas mantêm com a terra, valendo acentuar que essa matéria tem merecido a tutela e disciplina não só do ordenamento constitucional brasileiro (notadamente a partir da Constituição de 1934), mas, também, a preocupação da comunidade internacional, como resulta claro da Convenção OIT nº 107 (promulgada pelo Decreto nº 58.824/1966) e, mais recentemente , da Convenção OIT nº 169 (já incorporada ao nosso direito interno pelo Decreto nº 5.051/2004), quer seja o tema analisado à luz do antigo instituto do indigenato – cuja ancianidade deita raízes no direito reinol, mais precisamente no Alvará Régio de 1º de abril de 1680 (...) –, quer seja ele apreciado sob a égide da teoria do fato indígena, tal como formulada, com apoio em autorizado magistério doutrinário (...), pelo saudoso Ministro MENEZES DIREITO no julgamento plenário da Pet 3.388/RR, Rel. Min. AYRES BRITTO.

É por tal razão que a posse indígena – <u>que se qualifica como direito fundamental</u> estritamente vinculado 'não só à questão da moradia, mas, também e principalmente, à noção de habitat e à identidade coletiva' dos grupos indígenas (...) exige , para configurar-se , para além da mera ocupação física, a conjugação de outros fatores, como aqueles de caráter econômico e de natureza cultural e antropológica e , ainda, os de índole ecológica, a evidenciar, em decorrência de sua própria complexidade , que a posse indígena , tal como disciplinada pelo texto constitucional, não se reduz à dimensão nem se

[37] STF. RE nº 1.017.365. Trecho do Voto do Relator, Ministro Edson Fachin.

confunde com a noção ou com o conceito privatísticos de posse meramente civil.

Não constitui demasia observar, neste ponto, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de sua destinação constitucional, a fins específicos, voltados, essencialmente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais, tudo a justificar, como enfatizado neste voto, a distinção conceitual entre posse civil, de um lado, e posse indígena, de outro, em abordagem que esta Suprema Corte já fizera no memorável julgamento plenário do RE 44.585/MT, Red. p/ o acórdão Min. VICTOR NUNES LEAL (RTJ20/242-247), quando declarou a inconstitucionalidade de determinada lei matogrossense que havia reduzido, em extensão, terras anteriormente reservadas a certo grupo indígena.

A Constituição da República, na realidade, criou, em seu art. 231, § 1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar aos índios o exercício dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º) e, de outro, a proporcionar às comunidades indígenas bemestar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, "caput" e seu § 1º)."[38].

A Lei nº 14.701/2023 atinge, por conseguinte, núcleo fundamental dos direitos fundamentais indígenas, cuja aplicabilidade direta e imediata independem de regulamentação legislativa e que sequer poderiam ser alterados por Emenda à Constituição, máxime que se tratam de temas firmados pelo Constituinte originário.

Sobre as características dos direitos fundamentais, eis o magistério doutrinário do eminente Ministro Luís Roberto Barroso e Dra. Patrícia Perrone Campos Mello:

"Parece-nos relevante destacar três características dos direitos fundamentais. A primeira é *a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais*. Isso

[38] STF. Tribunal Pleno. MS nº 34.250-AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 19/10/2020.

significa a superação da noção vigente durante muito tempo de que os direitos constitucionais dependeriam de regulamentação prévia pelo legislador. Os direitos fundamentais são direta e imediatamente exigíveis no plano judicial. Não devem depender de decisões da maioria, porque asseguram um conteúdo mínimo que não pode ser negado a uma pessoa sem afetar sua própria dignidade ou sua capacidade de participar da vida democrática.

[...]

Finalmente, a *oponibilidade dos direitos fundamentais às maiorias políticas* é, talvez, a característica mais importante a ser destacada no momento atual. Os direitos fundamentais não estão sujeitos à vontade do legislador. Seja pela sua origem no direito natural, seja pela positivação expressa na Constituição, são direitos que independem do processo político majoritário. Embora possam ser logicamente restringidos, são exigidas razoabilidade e proporcionalidade nas restrições. Essa característica explica, ainda, o reconhecimento de sia *aplicabilidade direta e imediata* já mencionada.

Para utilizar a expressão de Ronald Dworkin, que ganhou notoriedade, direitos fundamentais são 'trunfos' contra a maioria. Embora um direito fundamental possa ter de ser ponderado com outros bens jurídicos constitucionais - como direitos contrapostos, princípios constitucionais ou fins constitucionais -, ele pode - e, frequentemente, deve - prevalecer sobre o processo deliberativo majoritário. Por outro lado, tais direitos são condição para a própria existência da democracia. Quando uma parte da sociedade não os possui, sua exclusão torna impossível afirmar a existência de um verdadeiro governo da maioria."[39].

Não restam dúvidas, pois, da fundamentalidade dos direitos territoriais indígenas.

Em segundo lugar, a Lei nº 14.701/2023 configura explícito **retrocesso social, a impor aos povos indígenas proteção deficiente** e esfacelamento do dever constitucional da União de *demarcar e fazer proteger todos os bens existentes nas Terras Indígenas* (Artigo 231,

[39] BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Democracias Iliberais e Direitos Humanos: o papel dos tribunais internacionais. *In*: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa De. **Democracia e Resiliência no Brasil**: A disputa em torno da Constituição de 1988. JB Bosch Editor. Coleção Direito Constitucional. 2022. p. 358/359.

caput), o que é, igualmente, vedado às maiorias legislativas. Nesse horizonte, enfatize-se a lapidar lição do eminente Ministro aposentado Celso de Mello:

> "(...)
>
> **A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS**.
>
> **- O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive**.
>
> - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, **obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado**. Doutrina. **Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - <u>mediante supressão total ou parcial</u> - os direitos sociais já concretizados**. (...)."[40].

A derrubada dos vetos à Lei nº 14.701/2023 rompe o pacto social de inclusão das minorias e a própria razão de ser do Capítulo VIII que constitucionalizou os direitos "Dos Índios". Nessa linha, Cláudio Pereira de Souza Neto preleciona que:

> "Uma constituição fixa os termos da cooperação social entre grupos plurais que integram a sociedade nacional. As constituições autênticas incluem maiorias e

[40] STF. Segunda Turma. ARE nº 639.337 AgR. Publicação em: 15/09/2021.

> minorias. (...). *As constituições só têm razão de ser quando estabelecem um pacto social que reflete a vontade majoritária, mas também inclui minorias, conferindo-lhes status de membros plenos da mesma comunidade política*. As constituições organizam racionalmente o exercício do poder, como medida de autoproteção vis-à-vis as erupções autoritárias que possam ocorrer no futuro da vida nacional"[41].

Dessa forma e, ***em terceiro lugar***, é preciso lembrar que a democracia não é o simples predomínio da vontade da maioria, mas corresponde a sistema político baseado no respeito aos direitos fundamentais das pessoas, notadamente das minorias[42]. Por isso, **não ofende** o princípio democrático a atuação jurisdicional que se volte à proteção de direitos fundamentais, especialmente aqueles titularizados por grupos minoritários e vulneráveis, a exemplo dos povos indígenas.

Ora, manter vigente a Lei nº 14.701/2023 violaria não apenas o *princípio democrático*, mas, também, ao *postulado da separação entre os Poderes* e à *garantia do devido processo legislativo*, pois configuraria odiosa alteração dos direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas. Contribuiria, outrossim, com um processo de erosão constitucional que vem se perpetrando por intermédio de um legalismo autoritário e abusivo, que, ora ataca direitos das minorias, ora se revolta contra este egrégio STF, notadamente quando o Tribunal exerce sua função contramajoritária de tutela dos direitos das minorias. Afinal, povos indígenas e instituições resistem e precisam lutar contra a consolidação de um poder hegemônico que não parece respeitar limites.

---

[41] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Elementos da Crise do Estado Democrático de Direito: um panorama conceitual. *In*: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BUSTAMANTE, Thomas Da Rosa De. **Democracia e Resiliência no Brasil**: A disputa em torno da Constituição de 1988. JB Bosch Editor. Coleção Direito Constitucional. 2022. p. 65.

[42] Cf. Ronald Dworkin. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 01-38.

Diante do exposto, a Lei nº 14.701/2023 deve ser declarada inconstitucional. Razão pela qual foi aposto veto presidencial fundamentado na afronta ao texto constitucional e ao interesse público dos seguintes dispositivos: Artigo 4º, *caput*, incisos I, II, III e IV e §§1º, 2º, 3º, 4º e 7º; Artigo 5º, *caput*; Artigo 6º; Artigo 9º, *caput* e §§1º e 2º; Artigo 10; Artigo 11, *caput* e parágrafo único; Artigo 13; Artigo 14; Artigo 15; Artigo 18, *caput* e §1º; Artigo 20, parágrafo único; Artigo 21; Artigo 22; Artigo 23, *caput*, §§1º e 2º; Artigo 24, §3º; Artigo 25; Artigo 26, *caput*, §1º e incisos I, II, III e IV; Artigo 27, *caput* e parágrafo único; Artigo 31 e redação dada ao inciso IX do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1963; Artigo 32 e redação dada ao inciso IX do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

6.2. Inconstitucionalidade Material de Artigo 20, Parágrafo Único e Artigo 22 da Lei nº 14.701/2023, por Violação ao Artigo 5º, § 2º e Artigo 231, § 3º, da Constituição da República:

O multicitado **Parágrafo Único do Artigo 20** prevê que "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".

O dispositivo padece de latente inconstitucionalidade material por violar o direito de consulta livre, prévia e informada previsto no Artigo 6º, item 1, alínea "a" e item 2, da Convenção 169 da OIT. Logo, por violar o bloco de constitucionalidade estatuído no Artigo 5º, § 2º e Artigo 231, § 3º, da Constituição da República.

No caso, há a dispensa do direito de consulta para as seguintes medidas administrativas: **i)** instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares; **ii)** a expansão estratégica da malha viária; **iii)** a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico; e **iv)** o resguardo das riquezas de cunho estratégico.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI)[43] enfatiza a "contribuição da desmilitarização das terras e territórios dos povos indígenas para a paz, o progresso e o desenvolvimento econômico e social, a compreensão e as relações de amizade entre as nações e os povos do mundo". Ato contínuo, o Artigo 30, 1 e 2 da DNUDPI, recomenda expressamente a realização de consultas antes de intervenções militares em Terras Indígenas:

> "Artigo 30
>
> 1. Não se desenvolverão atividades militares nas terras ou territórios dos povos indígenas, a menos que essas atividades sejam justificadas por um interesse público pertinente ou livremente decididas com os povos indígenas interessados, ou por estes solicitadas.
>
> 2. Os Estados realizarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, por meio de procedimentos apropriados e, em particular, por intermédio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares.".

[43] Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 107ª Sessão Plenária. Organização das Nações Unidas. ONU. 13/09/2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf

Apesar de não ser um documento juridicamente vinculante, a Declaração é um norte orientador para a legislação, políticas públicas e decisões judiciais dos países que são parte do sistema das Nações Unidas, como é o caso do Brasil. Ademais, a Convenção nº 169 da OIT, ao dispor sobre o direito à consulta livre, prévia e informada, não realizou qualquer *discriminem* relativo às bases militares. Dessa forma, não há justificativa para a dispensa genérica de consulta livre, prévia e informada no caso de "instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares".

No que diz respeito à i) expansão estratégica da malha viária; ii) a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico; e iii) o resguardo das riquezas de cunho estratégico, é isento de dúvidas que a consulta livre, prévia e informada é medida mandatória. Nos casos ii e iii, além de prevista na Convenção 169 da OIT, a oitiva das comunidades afetadas também é requerida pelo Artigo 231, § 3º da Constituição.

A Corte IDH, ao julgar o caso do *Povo Saramaka vs. Suriname*, asseverou que "quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter o seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições."[44]

Já ao julgar o *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, a Corte IDH reiterou o entendimento de que a consulta deve se dar de maneira prévia e efetiva, devendo

[44] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caderno de Jurisprudências. Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C Nº 172. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2022_port.pdf

ocorrer em todas as fases de planejamento e desenvolvimento de uma medida administrativa ou legislativa capazes de impactar diretamente os direitos dos Povos Indígenas:

> "165. Portanto, está claramente reconhecida, hoje, a obrigação dos Estados de realizar processos de consulta especiais e diferenciados quando determinados interesses das comunidades e povos indígenas corram o risco de ser afetados. Esses processos devem respeitar o sistema específico de consulta de cada povo, ou comunidade, para que possa haver um relacionamento adequado e efetivo com outras autoridades estatais, atores sociais, ou políticos, além de terceiros interessados.
>
> 166. **A obrigação de consultar as comunidades e povos indígenas e tribais sobre toda medida administrativa, ou legislativa, que afete seus direitos reconhecidos na legislação interna e internacional, bem como a obrigação de assegurar os direitos dos povos indígenas de participar das decisões dos assuntos que digam respeito a seus interesses, está em relação direta com a obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção (artigo 1.1)**. Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas.
>
> 167. **Posto que o Estado deve garantir esses direitos de consulta e participação em todas as fases de planejamento e desenvolvimento de um projeto que possa afetar o território sobre o qual se assenta uma comunidade indígena, ou tribal, ou outros direitos essenciais para sua sobrevivência como povo, esses processos de diálogo e busca de acordos devem ser realizados desde as primeiras etapas da elaboração e planejamento da medida proposta, a fim de que os povos indígenas possam participar verdadeiramente e influir no processo de tomada de decisões, em conformidade com as normas internacionais pertinentes. Nesse**

sentido, o Estado deve assegurar que os direitos dos povos indígenas não sejam ignorados em qualquer outra atividade, ou acordos, que faça com terceiros particulares, ou no âmbito de decisões do poder público que afetariam seus direitos e interesses. Por esse motivo, caso seja cabível, compete também ao Estado realizar tarefas de fiscalização e de controle em sua aplicação e dispor, quando pertinente, formas de tutela efetiva desse direito, por intermédio dos órgãos judiciais respectivos."[45].

Na linha dessa diretriz jurisprudencial, a Corte IDH, ao julgar o *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, afirmou que:

"217. Em particular, quanto ao momento em que a consulta deve ser realizada, o Artigo 15.2 da Convenção 169 da OIT estabelece que 'caso a propriedade dos recursos minerais ou do subsolo pertencer ao Estado, ou ter direitos sobre outros existentes recursos na terra, os governos devem estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados para determinar se e em que medida os interesses desses povos seriam prejudicados antes de iniciar ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes em suas terras'.
218. **Ante o exposto, a Corte considera que a consulta deve ser aplicada antes de qualquer projeto de exploração que possa afetar o território tradicional das comunidades indígenas ou tribais**."[46].

Consoante Batista, Terena, Pecora e Dias, retomando o posicionamento do Procurador Regional Federal da República Paulo Gilberto Cogo Leivas, no Recurso

[45] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caderno de Jurisprudências. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C Nº 245. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2022_port.pdf

[46] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Sentença de 8 de outubro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. p. 66.

Extraordinário (RE) nº. 1.312.1324, "a adequada participação da comunidade indígena, mediante consulta prévia, é decorrência direta do art. 231, caput, da Constituição, uma vez que é esta a forma que se dá concretude ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios"[47].

Com efeito, não há na Convenção 169 da OIT - norma com status de supralegalidade - ou na Constituição da República motivos que autorizem a dispensa de consulta. Diante do exposto, há evidente violação ao Artigo 5º, § 2º e 231, § 3º da Constituição, a autorizar o controle de constitucionalidade e de convencionalidade do Parágrafo Único do Artigo 20.

6.3. Marco Temporal - Inconstitucionalidade do Artigo 4º, *caput*, incisos I a IV, §§ 1º e 2º, e Artigos 31 e 32 da Lei 14.701/2023, por afronta ao Artigo 1º, III, Artigo 5º, XXII e Artigo 231, *caput*, da Constituição:

A Lei nº 14.701/2023 incorpora, nos Artigos 4º, *caput*, incisos I e II, §§ 1º e 2º, assim como nos Artigos 31 e 32, a tese do marco temporal ao ordenamento jurídico brasileiro. A legislação impugnada exige que as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas só sejam

[47] BATISTA, Juliana de Paula; TERENA, Luiz Eloy; PECORA, Luiz Henrique Reggi; DIAS, Vercilene Francisco. Consulta livre, prévia e informada: O que o Supremo Tribunal Federal tem a ver com isso?. *In*: SILVA, Liana Amin Lima da et al (Coord.). **Tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia, livre e informada**. Instituto socioambiental e CEPEDIS. 2023. p. 196. Disponível em: https://acervo.socioambiental.org/acervo/publicacoes-isa/tribunais-brasileiros-e-o-direito-consulta-previa-livre-e-informada.

demarcadas se restar comprovada a presença física dos indígenas na área na data de 05 de outubro de 1988.

Ao julgar o RE nº 1.017.365, este egrégio STF fixou a tese de repercussão geral Tema nº 2.031, **dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante**, em que considerou o marco temporal manifestamente inconstitucional. Senão vejamos:

> "II - **A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos indígenas**, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;
>
> III - **A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988** ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição;".

Os Artigos da Lei vergastada contrariam substancialmente o item III da tese de repercussão geral, tanto que foram vetados pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva por contrariedade ao interesse público e vício de inconstitucionalidade. Confira-se a Mensagem de Veto nº 536, de 20 de outubro de 2023:

> "Em que pese a boa intenção do legislador, a proposição legislativa contraria o interesse público por introduzir a exigência de comprovação da ocupação indígena na área pretendida na data da promulgação da Constituição Federal, a saber, 5 de outubro de 1988, ou então de renitente esbulho persistente até aquela data, **desconsiderando a dificuldade material de obter tal comprovação frente à**

dinâmica de ocupação do território brasileiro e seus impactos sobre a mobilidade e fixação populacional em diferentes áreas geográficas.

Ademais, a proposição legislativa, ao apresentar a tese do marco temporal e seus desdobramentos, **incorre em vício de inconstitucionalidade e contraria o interesse público por usurpar direitos originários previstos no *caput* do art. 231 da Constituição Federal**, haja vista que tal tese já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 27 de setembro de 2023, que estabeleceu a tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 1017365, decisão essa que rejeitou a possibilidade de adotar a data da promulgação da Constituição Federal (5 de outubro de 1988) como marco temporal para definir a ocupação tradicional da terra pelas comunidades indígenas"[48].

Dessa forma, resta nítido que a norma não atende a parâmetros mínimos de constitucionalidade, a infligir alteração substancial aos direitos dos povos indígenas e buscar inviabilizar seus direitos fundamentais às suas terras.

Ao analisar em retrospecto o *Relatório da Assembleia Nacional Constituinte* vê-se que, em momento algum, o constituinte originário discutiu a adoção de "marcos temporais" para os direitos indígenas. Ao contrário, o *Relatório* destaca que "**a proteção dos direitos das Populações Indígenas se deu amplamente**, no reconhecimento do caráter pluriétnico da sociedade brasileira e no tratamento dos **dois principais problemas que afetam tais populações**: **a *questão da terra*** e a questão da proteção jurídica dos índios. **Quanto à terra, *reconhecendo-se que para os índios ela significa a própria vida***, estipulou-

[48] BRASIL. Presidência da República. Casa Civil - Secretaria Especial para Assuntos Jurídicos. **Mensagem nº 536, de 20 de outubro de 2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Msg/Vep/VEP-536-23.htm.

se que eles têm o direito à sua posse permanente, e procurou-se garantir a sua demarcação definitiva (...).”[49]

No ponto, é preciso compreender que a forma enfática atribuída pelo poder constituinte originário ao direito fundamental dos indígenas às suas terras tem como núcleo justificador a ***relação de absoluta dependência de sua própria existência (nos dizeres da Constituição, “sobrevivência física e cultural”) com a garantia de permanência em suas terras tradicionais***. Trata-se, por certo, de limite mínimo de garantia, proteção e defesa da dignidade humana e do resguardo à própria sobrevivência física e cultural dos indígenas.

Noutras palavras, conforme lição do saudoso Ministro Menezes Direito, a clara orientação advinda da Constituição Federal pontifica que **“não há índio sem terra”**[50], de modo que eliminar o direito dos indígenas às suas terras significa colocar em **grave risco a sua sobrevivência física e cultural**. Trata-se, na essência, de **direito fundamental diretamente vinculado à máxima garantia constitucional do direito à vida**, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição.

É justamente o que assevera José Afonso da Silva, ao afirmar que *“***a questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural**. Não se ampararão seus direitos se não lhes assegurar a posse permanente e a riqueza de suas terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, **constitui o núcleo da questão indígena** hoje no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da

[49] Relatório da Assembleia Nacional Constituinte VII – Comissão da Ordem Social – VII Subcomissão de negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias – Relatório – volume 196.

[50] Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3.388/RR. Trecho do voto-vista: Ministro Menezes Direito. DJe: 01/07/2010.

Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios."[51].

Anote-se, ainda, que a imprescindibilidade das Terras Indígenas para a sobrevivência física e cultural dos indígenas já foi objeto de reconhecimento expresso e considerações aprofundadas por parte deste egrégio Supremo Tribunal Federal:

> "**emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados aos índios, pois estes, sem a possibilidade de acesso às Terras Indígenas, expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como povo** e como nação que reverenciam os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem. (...) **A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária** que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as Terras Indígenas, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando, ainda, ineficazes as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas concernentes à recusa constitucional do direito à indenização ou do próprio acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º)."[52]

Não é por outra razão que a Constituição Federal expressamente classificou o direito fundamental dos indígenas às suas terras tradicionais como sendo um **direito**

---

[51] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 873.

[52] Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 183.188/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 14/02/1997.

originário, anterior à própria existência do Estado. Nesse intelecção, este egrégio STF já proclamou que o termo "originários" visa "traduzir uma *situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra*, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. (...) *Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece*, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal."[53].

Assim, "basta que haja ocupação tradicional, basta que haja posse permanente dos índios sobre a terra que a terra é indígena, com as consequências jurídicas próprias dentro do sistema. As consequências são: a propriedade da União, inalienável e indisponível; a posse permanente do próprio grupo; o usufruto exclusivo dos índios; o direito às riquezas naturais, a proibição de ser o grupo removido do local; o direito de serem consultados sobre e a participar dos benefícios de exploração dos recursos hídricos, inclusive energéticos, e da pesquisa e lavra das riquezas minerais; a declaração de nulidade absoluta de todos os títulos eventualmente existentes sobre os temas. O direito que advém destas consequências são imprescritíveis e indisponíveis."[54].

A Corte IDH, no julgamento do caso da *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, reforçou que os indígenas têm o direito de reclamar suas terras tradicionais enquanto o território for a base espiritual e material de sua identidade, senão vejamos:

> "112. **Com respeito à possibilidade de recuperar as terras tradicionais, em oportunidades anteriores a Corte estabeleceu que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação**

[53] Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3.388/RR. Trecho do voto do Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe: 01/07/2010.
[54] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. "O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito". 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999, p. 130.

> **única com suas terras tradicionais, <u>razão pela qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente</u>**".[55]

A CIDH, em relatório recente sobre a *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*, expressou preocupação com a adoção da tese do marco temporal, flagrantemente violadora da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 678/1992, e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 15 de junho de 2016:

> "66. **No entender da CIDH, a tese do marco temporal desconsidera os inúmeros casos nos quais povos indígenas haviam sido violentamente expulsos dos territórios que ocupavam tradicionalmente e, apenas por essa razão, não o ocupavam em 1988. Nesse sentido, a Comissão considera a tese como contrária às normas e padrões internacionais e interamericanos de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**[56].

É de se ressaltar que, mediante interpretação evolutiva do Artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a noção de direito de propriedade teve o seu conceito ampliado, contemplando o direito dos povos indígenas às terras que ocupam tradicionalmente. Esta compreensão tem o beneplácito da jurisprudência que o Supremo

---

[55] Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caderno de Jurisprudências. **Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C No. 214. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2022_port.pdf.

[56] Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. Relatório de país. Brasil. 2021. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf.

Tribunal Federal firmou ao julgar o caso das Comunidades de Fundo e Fecho de Pasto, oportunidade em que considerou que a aposição de um marco temporal de 5 de outubro de 1988 para a regularização fundiária daquelas comunidades, violaria o Artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República:

> "8. Violação dos arts. 1º, III, 5º, XXII, 215, § 1º, 216, I e § 1º, da Constituição. **O direito fundamental à propriedade (art. 5º, XXII), compreendido à luz do direito fundamental à cultura e do direito humano à propriedade e à posse coletivas, traduz moldura normativa que abriga a proteção das formas tradicionais de pertencimento**."[57].

Para não restar dúvidas sobre o tema, colaciona-se trecho do voto da eminente Ministra relatora Rosa Weber:

> "Em particular, os Estados signatários 'deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação' (art. 13.1), de modo a 'reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam' (art. 14.1). A Convenção nº 169 sucede a Convenção nº 107 da OIT e supera o paradigma assimilacionista. Como emerge de seu preâmbulo, alberga, diante do desenvolvimento do direito internacional, em contraposição à postura anterior, 'as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram'.

[57] STF. Tribunal Pleno. ADI nº 5783. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicação: 14/11/2023

Em outras palavras, o compromisso internacional assumido é de respeito, proteção e promoção dos direitos humanos dos povos e comunidades tradicionais, o que inclui, no modelo intercultural e de preservação da diversidade, a tutela dos direitos territoriais, enquanto fator estruturante da vida comunitária.

23. É exatamente essa a compreensão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Definida interpretação do direito à propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 678/1992, com igual status supralegal), no sentido de abranger não apenas a propriedade individual, mas também a comunal, comunitária, coletiva**.

Como assentado pela Corte Interamericana, os Estados devem oferecer proteção efetiva, em conformidade com as particularidades e os costumes das comunidades tradicionais, e em atenção à situação de especial vulnerabilidade que enfrentam (Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, 2005, par. 65 da sentença). Reafirmado que 'a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade, sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão às futuras gerações' (idem, par. 131).

Na interpretação do art. 21 da Convenção Americana à luz do desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos (instrumentos vivos), e em especial de modo conjunto com a Convenção nº 169 da OIT, o direito humano à propriedade abrange, portanto, a estreita vinculação das comunidades indígenas com seus territórios (idem, par. 125-127 e 137). Não basta, ademais, a mera previsão normativa da proteção territorial no ordenamento jurídico nacional. Ao contrário, deve o Estado, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente, como também concluiu a Corte Interamericana, adotar medidas concretas para garantir o uso e o gozo efetivos das terras por parte da comunidade (idem, p. 154-156).

(..)

Em síntese: '**Devido precisamente a essa conexão intrínseca que os integrantes dos povos indígenas e tribais mantêm com seu território, a proteção do direito a sua propriedade, uso e gozo é necessária para garantir sua sobrevivência**' (Corte Interamericana, Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia, 2013, par. 346 da sentença).

24. Nesses moldes, não cabe compreender a propriedade comunal a partir da mentalidade individualista. Lembra Paolo Grossi, historiador do direito e ex-presidente da Corte Constitucional italiana, falecido em 2022, estudos de civilizações asiáticas, africanas e americanas indicarem, em oposição à construção europeia ocidental da modernidade, culturas regidas por configurações jurídicas '**onde não é tanto a terra que pertence ao homem mas antes o homem à terra, onde a apropriação individual da terra parece invenção desconhecida ou disposição marginal**'.

É o que se costuma chamar de 'propriedade coletiva', que não se confunde nem com o condomínio tradicional, nem com a propriedade titularizada por pessoa jurídica. A lógica de regência é diversa, ou até mesmo oposta. Nas palavras de Paolo Grossi:

Pois bem, essa assim chamada propriedade coletiva, em toda sua forma, tem – em meio a mil variações, segundo os lugares, os tempos e as causas mais diferentes – uma plataforma comum; e é a de ser garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, de ter um valor e uma função essencialmente alimentares, em que o conteúdo fundamental é um gozo condicionado do bem, com um indiscutível primado do objetivo sobre o subjetivo: primado da ordem fenomênica, que deve ser respeitado a todo custo, sobre o indivíduo; da ordem comunitária – cristalização da objetividade história – em relação ao indivíduo. Aqui não somente a dimensão potestativa é rarefeita ao máximo, tanto é que não se encarna jamais em um jus disponendi, mas até mesmo a própria dimensão apropriativa se destempera até se tornar vã.

Na perspectiva cultural das comunidades tradicionais, portanto, o direito de propriedade e a posse não se calcam na subjetividade, mas na pertença comunal e no modo de vida nela estruturado. Contrapõe-se, assim, ao 'arquétipo napoleônico-pandectístico', em que a propriedade se traduz na apropriação individual e em feixes potestativos. Bem vistas as coisas, esse modelo é uma das formas de propriedade possíveis; conquanto abstrativizada e absolutizada, constitui nada menos que um produto histórico.

24 Ao empréstimo, uma vez mais, das palavras da Corte Interamericana, as comunidades tradicionais possuem '**tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem**

igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana' (o Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil, 2018, par. 115 da sentença).

25. **Assim, 'a conexão entre o território e os recursos naturais que os povos indígenas e tribais usaram tradicionalmente, e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural, bem como para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, precisa ser protegida, conforme o artigo 21 da Convenção, para garantir que possam continuar vivendo seu modo de vida tradicional, e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintivas sejam respeitados, garantidos e protegidos pelos Estados**' (Corte Interamericana. Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá, 2014, par. 112 da sentença).

26. Compartilhando dessa compreensão, este Supremo Tribunal Federal reconhece a central importância da tutela dos direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais, assentada no elo entre a existência comunitária e de sua cultura e as terras que ocupam.

Inaugura '[e]ra constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural' (Pet 3388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.3.2009, DJe 01.07.2010).

É exatamente a referida interdependência, que adquire caráter existencial, que se traduz na proteção constitucional conferida às Terras Indígenas."[58].

Dessa forma, a criação de um "marco temporal de 5 de outubro de 1988" afronta, outrossim, o direito à posse coletiva das comunidades indígenas, o que, mediante interpretação ampliativa do direito de propriedade, compreendido à luz do direito fundamental à cultura e do

[58] STF. Tribunal Pleno. ADI nº 5.783. Relatora: Ministra Rosa Weber. DJe **Publicação:** 14/11/2023.

direito humano à propriedade e à posse coletivas, traduz afronta ao Artigo 5º, inciso XXII, da Constituição. A consideração é importante, porque a propriedade e a segurança jurídica não são domínios exclusivos dos não-indígenas.

Diante do exposto, conclui-se que a tese do marco temporal viola frontalmente os Artigos 1º, inciso III, Artigo 5º, inciso XXII e Artigo 231, *caput* e §§ 1º, 2º e 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que não estabeleceu um marco temporal para a demarcação de Terras Indígenas, dispondo, em sentido contrário que o direito é originário, sendo as terras inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis, além de garantir ao direito de posse coletiva indígena a mesma proteção jurídica do direito de propriedade. Posto isto, pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade do Artigo 4º, *caput*, incisos I a IV, §§ 1º e 2º e dos Artigos 31 e 32 da Lei nº 14.701/2023.

6.4. Inconstitucionalidade do Artigo 4º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 14.701/2023 - Renitente esbulho e suas formas de comprovação:

De acordo com o Artigo 4º, § 4º da Lei impugnada, "*A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 5 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no § 3º deste artigo*". Trocando em miúdos, o marco temporal de 5 de outubro de 1988 não seria aplicável caso se comprove a ocorrência do chamado "renitente esbulho".

O Artigo 4º, § 3º, da Lei nº 14.701/2023, conceitua renitente esbulho como "*o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data de promulgação da Constituição Federal, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada*".

Os dispositivos que versam sobre a comprovação do "renitente esbulho" também foram vetados pelo Presidente da República e rechaçados pelo STF no item III da tese de repercussão geral nº 1.031. Repise-se:

> "III - A proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 5 de outubro de 1988 **ou da configuração do renitente esbulho, como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição**;".

A comprovação do renitente esbulho, nos moldes estabelecidos na Lei nº 14.701/2023, foi classificada, pelo eminente Ministro aposentado Ricardo Lewandowski, durante os debates do julgamento das Ações Civis Originárias nº 362 e 366 como "prova diabólica", ou seja, a prova impossível de ser realizada.

Não é para menos. Há um famoso dito popular segundo o qual "há três coisas na vida que nunca voltam atrás: a flecha lançada, a palavra pronunciada e a oportunidade perdida". Por óbvio, se valer da flecha lançada e da oportunidade perdida tem como objetivo único extirpar dos indígenas seus direitos, notadamente devido à impossibilidade de comprovação de fatos pretéritos e a inexistência de máquinas do tempo que os leve "de volta para o passado".

Até 5 de outubro de 1988 os indígenas estavam sob a tutela da União e sequer podiam propor ações na justiça. Muitas comunidades eram - e ainda são - de recente contato e não tinham conhecimento da "metafísica dos costumes" dos não-indígenas,a fim de buscar a tutela do poder judiciário em defesa de seus direitos. Além disso, exigir "efetivo conflito possessório", persistente até 5 de outubro de 1988, materializado em "circunstâncias de fato" é desconhecer profundamente a assimetria de forças entre indígenas e aqueles que os expulsaram

de suas terras, como polícias militares, fazendeiros fortemente armados e até mesmo a Força Aérea Brasileira (FAB), para nos atermos aos exemplos mais comuns.

O Artigo 368, do Código de Processo Civil (CPC), estabelece que "As partes têm o direito de empregar **todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos**, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz". Para os indígenas, no entanto, querem restringir a latitude probatória franqueada a todas as demais pessoas.

A previsão, além de malferir o Artigo 231, §§ 1º, 2º e 4º da Constituição, também transgride o Artigo 5º, *caput*, inciso LV, da CRFB, pois priva os indígenas: ***i)*** do **direito à igualdade**, pois deles passa-se a exigir provas impossíveis, que para o restante da população brasileira são inexigíveis, e que, em casos concretos análogos, já teriam sido objeto de prescrição e; ***ii)*** **do direito à igualdade e ao devido processo legal** (Artigo 5º, *caput* e inciso LV), pois aos indígenas, em processos administrativos ou judiciais, não seria franqueado o exercício do c**ontraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**, ou seja, os indígenas não poderiam se valer de "**todos os meios de prova em direito admitidos**", visto que só poderiam comprovar a expulsão forçada por intermédio de "ação judicializada em 88" ou "conflito de fato" que tenha perdurado até esta data.

Negar um direito fundamental a todos assegurado, como pretende a Lei nº 14.701/2023, é admitir que as maiorias parlamentares podem editar para os indígenas **um regime jurídico segregacionista**, com nítida lógica de *apartheid*, incompatível, portanto, com a lógica dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República de 1988.

Por esses motivos, a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 4º, §§ 3º e 4º, da Lei nº 14.701/2023 é medida inafastável.

6.5. Violação ao Dever da União de Demarcar e Fazer Proteger todos os Bens Existentes nas Terras Indígenas: Inconstitucionalidade do Artigo 4º, § 7º, Artigo 5º e 6º, bem como Artigo 10 por Afronta ao Artigo 231, *caput* e Violação ao Princípio da Eficiência Administrativa:

Os Artigos 4º, §7º, Artigo 5º, Artigo 6º e Artigo 10º da Lei nº 14.701/2023 têm por finalidade obstruir os processos administrativos de demarcação de Terras Indígenas para inviabilizar sua finalização. Portanto, afrontam o Artigo 231, *caput*, da Constituição, que dispõe sobre **a obrigação constitucional da União de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens das Terras Indígenas**.

O Artigo 4º, §7º determina que "As informações orais porventura reproduzidas ou mencionadas no procedimento demarcatório somente terão efeitos probatórios quando fornecidas em audiências públicas, ou registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo.".

A disposição visa invalidar o trabalho antropológico realizado durante o processo de demarcação. Explicamos.

De acordo com o Artigo 2º, *caput* e § 1º, do Decreto nº 1.775/1.996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das Terras Indígenas, a demarcação se fundamenta em trabalhos desenvolvidos por antropólogos que elaboram o "estudo antropológico de identificação". Assim, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai) designa um Grupo Técnico (GT) especializado e multidisciplinar "com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação". Confira-se:

> “Art. 2º. A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, **estudo antropológico de identificação**.
>
> § 1° O órgão federal de assistência ao índio **designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação**.”.

Os estudos antropológicos, na grande maioria das vezes, são realizados por intermédio de trabalho de campo do GT multidisciplinar, que se utiliza dos métodos e técnicas próprias da ciência antropológica. No trabalho de campo, o antropólogo irá entender, a partir do diálogo com a comunidade, quais são: i) as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas; ii) as por eles habitadas em caráter permanente; iii) as utilizadas para suas atividades produtivas; iv) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e; v) as necessárias a sua reprodução física e cultural; tudo segundo usos, costumes e tradições dos indígenas, nos exatos termos estabelecidos pelo Artigo 231, § 1º, da Constituição da República.

Ocorre que muitas das informações que subsidiam os relatórios circunstanciados de antropólogos e peritos judiciais são produzidas a partir de conversas, ou seja, oralmente - e na língua materna de cada povo, sendo elementos fundamentais para o reconhecimento da tradicionalidade da ocupação da terra.

Ora, os povos indígenas possuem tradição eminentemente oral e a intenção de validar informações apenas se estas estiverem "registradas eletronicamente em áudio e vídeo, com a devida transcrição em vernáculo" ou "fornecidas em audiências públicas", têm como único fim invalidar o trabalho antropológico e deslegitimar os usos, costumes e tradições dos indígenas. Todas as informações produzidas durante os trabalhos administrativos de demarcação de Terras Indígenas irão compor o Relatório antropológico e poderão ser questionadas de forma apropriada durante o processo administrativo de demarcação, a demonstrar a desnecessidade de audiências públicas ou registros em áudio e vídeo. Dessa forma, o Artigo tem a intenção exclusiva de criar insegurança jurídica, invalidar relatórios antropológicos e processos de demarcação em curso ou já finalizados.

O Artigo 5º, *caput*, e Parágrafo Único, da Lei nº 14.701/2023, por sua vez, estabelece:

> "Art. 5º A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos Estados e dos Municípios em que se localize a área pretendida, bem como de todas as comunidades diretamente interessadas, franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas.
>
> Parágrafo único. É assegurado aos entes federativos o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.".

Não se olvida a necessidade de garantir a participação de Estados, Municípios e de interessados no processo administrativo de demarcação. Esse direito, no entanto, já é assegurado **desde o início do processo de demarcação**, na forma do Artigo 2º, §§ 2º, 5º e 8º, do Decreto nº 1.775/1996:

"Art. 2° A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

(...)

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, **conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico**, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 5º **No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação**.

§ 6° Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7° Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

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

Observe-se que a forma de participação dos interessados no processo administrativo de demarcação não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, conclusão firmada no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro de inúmeros precedentes, em casos semelhantes, a respeito de tal questão:

> "Direito administrativo. Agravo interno em Recurso ordinário em mandado de segurança. Procedimento administrativo de demarcação de Terras Indígenas. Contraditório e ampla defesa.
>
> 1. No julgamento do caso 'Raposa Serra do Sol', não houve determinação específica da maioria do STF pela obrigatoriedade de participação ou manifestação dos entes federados no procedimento de demarcação de Terras Indígenas. Assim, a ausência de manifestação de Município comprovadamente informado da existência de procedimento administrativo, além de não gerar nulidade, somente pode ser alegada pelo suposto prejudicado, ou seja, o próprio Município.
>
> 2. Por outro lado, **o contraditório, no procedimento de demarcação de Terras Indígenas, é regido pelo Decreto nº 1.775/1996, o qual não prevê a participação do interessado em todas as perícias ou vistorias a serem realizadas. Tal disposição legal, inclusive, não entra em confronto com a Constituição Federal, já que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa serão efetivamente respeitados ao ser concedida ao interessado a oportunidade de contestar os respectivos resultados**."[59].

> "(...)
>
> 4. **Ademais, a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual o processo de demarcação de Terras Indígenas, tal como regulado pelo Decreto nº 1.775/1996, não vulnera os princípios do contraditório e da ampla defesa, de vez que garante aos interessados o direito de se manifestarem**. Precedentes: RMS 24.045, Min. Rel. Joaquim Barbosa, DJ 05/8/2005, MS 21.660,

[59] STF. Primeira Turma. RMS nº 34.563 AgR. Relator: Ministro Roberto Barroso. Publicação DJe: 19/06/2018.

Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 7/12/2006; MS 21.892, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 29/8/2003."[60].

"(...)

II - O processo administrativo visando à demarcação de Terras Indígenas é regulamentado por legislação própria - Lei 6.001/1973 e Decreto 1.775/1996 -, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. III - Não há qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme se verifica nos autos, a recorrente teve oportunidade de se manifestar no processo administrativo e apresentar suas razões, que foram devidamente refutadas pela FUNAI."[61].

Calha acentuar que a "participação efetiva" de estados e municípios não pode ser entendida como o direito dos estados, municípios ou demais interessados participarem da elaboração dos estudos antropológicos. Isso porque, ***numa análise primeira***, essa possibilidade invadiria a intimidade e a privacidade dos indígenas e importaria em tolerar a presença de estranhos dentro da Terra indígena. ***Em segundo***, porque permitiria que os indígenas pudessem ser intimidados por pessoas contrárias à demarcação em um momento em que devem ter liberdade para se exprimirem livremente, a violar seus direitos à dignidade, liberdade e liberdade de expressão. ***Em terceiro***, porque essa possibilidade pode dar margem para ameaças e conflitos durante a elaboração dos laudos antropológicos, ou após, sendo necessário uma estrutura com policiais e forças de segurança absolutamente intimidadora.

[60] STF. Primeira Turma. RMS nº 27.255 AgR. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicação DJe: 11/12/2015.

[61] STF. Tribunal Pleno. MS nº 31.100 AgR. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Publicação DJe: 02/09/2014.

De se destacar que, muitas vezes, o grupo técnico vai conversar com pessoas idosas, grupo de mulheres, pessoas não falantes da língua portuguesa, que vivem na zona rural e com usos, costumes e tradições radicalmente distintos dos não-indígenas. Admitir que os estudos antropológicos possam ser acompanhados por representantes dos estados, municípios, invasores, detentores de títulos, peritos, assistentes técnicos e demais interessados, assim como gravados e filmados, seria transformar um momento de avaliação técnica do Grupo disciplinar em uma caravana intimidadora, onde os indígenas não estariam livres para se manifestar e construir a necessária relação de diálogo com o GT de identificação da Terra Indígena. Ora, o momento de elaboração dos estudos técnicos não pode ser um momento de inquirição e de intimidação dos indígenas e da comunidade indígena.

Assim, deve ser dada interpretação conforme a Constituição ao dispositivo com o fim de garantir que no âmbito do processo de demarcação serão assegurados aos indígenas a inviolabilidade de sua intimidade e vida privada (Artigo 5º, inciso X), bem como sua organização social, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (Artigo 231, *caput*, da Constituição da República), sendo a forma de participação de Estados e Municípios a que está estabelecida no Decreto nº 1.775/1996.

Já o Artigo 6º, da Lei nº 14.701/2023, prevê que os interessados poderão questionar o processo de demarcação em todas as suas fases:

> "Art. 6º Aos interessados na demarcação serão assegurados, em todas as suas fases, inclusive nos estudos preliminares, o contraditório e a ampla defesa, e será obrigatória a sua intimação desde o início do procedimento, bem como permitida a indicação de peritos auxiliares.".

A possibilidade contraria o princípio da eficiência administrativa, porquanto todo processo administrativo tem tempo e modo para o exercício do contraditório. Permitir que os interessados possam questionar todos os atos e a qualquer tempo tem como consequência inviabilizar a finalização do processo de demarcação e aniquilar direitos a duração razoável do processo. Assim, o dispositivo viola o Artigo 5º, inciso LXXVIII, e Artigo 37, *caput*, da Constituição da República.

O Artigo 10, por fim, dispõe sobre a aplicação do artigo 148, do Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015 -, que prevê hipóteses de impedimento e de suspeição de antropólogos, peritos e demais profissionais especializados nomeados pelo poder público para desenvolver os trabalhos de demarcação das Terras Indígenas. Veja-se:

> "Art. 10. Aplica-se aos antropólogos, aos peritos e a outros profissionais especializados, nomeados pelo poder público, cujos trabalhos fundamentem a demarcação, o disposto no art. 148 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).".

O dispositivo é equivocado porque há dessemelhanças entre o fazer antropológico e o fazer jurídico que ensejam a não aplicação do dispositivo do CPC aos antropólogos, haja vista que as perícias antropológicas requerem maior tempo de trabalho de campo, a fim de acessar, por meio da escuta, os usos, costumes e tradições de determinada cultura indígena e entender como se dá a relação de cada povo com a sua terra.

É digno de nota que este egrégio STF, ao fixar as teses de repercussão geral no âmbito do RE 1.017.365, assentou o caráter fundamental dos laudos antropológicos, disciplinados pelo Decreto nº 1.775/1996, senão vejamos:

> "IX - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.775/1996 é um dos elementos fundamentais para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições, na forma do instrumento normativo citado;".

O que temos presenciado hodiernamente é um ataque orquestrado ao processo administrativo de demarcação de Terras Indígenas por diferentes vias, que perpassam as tentativas de criminalização do conhecimento técnico especializado antropológico. Isso inclui, também, o ingresso com ações em juízo que pedem a declaração de suspeição de antropólogos, não por inconsistências científicas dos relatórios circunstanciados produzidos, mas sim pela produção de artigos científicos que mencionam a proteção dos direitos fundamentais dos povos indígenas. É como se a produção acadêmica em defesa de direitos previstos na Constituição Federal os inabilitasse para o desempenho do trabalho de identificação e delimitação da Terra Indígena de determinado povo. Ainda, por falarem a língua dos povos pesquisados ou terem tido contatos pretéritos com os mesmos.

Ora, com todas as vênias para a comparação que se fará, ninguém busca um nefrologista para um problema de coração. Tampouco se busca qualquer cardiologista. Também não se procura um especialista em direito previdenciário quando a questão é de direito penal. Os indígenas também têm o direito de terem suas terras delimitadas por especialistas de reconhecida qualificação, a terem seus Pontes de Miranda, como prevê o Artigo 2º, *caput*, do Decreto nº 1.775/96.

Contrário pensar não tem como objetivo a contratação de antropólogos "imparciais", mas sim a de profissionais que atuariam com imperícia, elaborando laudos desconhecendo as culturas, línguas, costumes e crenças dos povos indígenas. Pessoa, portanto,

que agiria com a falta de técnica necessária a agradar a bancada ruralista e outros que tanto fazem para tentar desqualificar o trabalho antropológico.

O Decreto nº 1.775/1996 vigora há 27 (vinte sete) anos, tendo sido editado pelo Governo Federal durante a gestão do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, para acrescer de forma expressa o direito ao contraditório e à ampla defesa nos processos de demarcação de Terras Indígenas e especificar as fases e prazos em que Estados, Municípios e terceiros interessados podem se manifestar.

Nesse sentido, o Ilustríssimo Ministro Joaquim Barbosa, então Relator do Mandado de Segurança nº 24.045[62], acompanhado pelos demais ministros, denegou a segurança ao impetrante, ocasião em que aduziu:

> "Como bem ficou ressaltado na ementa do MS 21.649, **o Decreto 1.755/1996 não viola o princípio da ampla defesa. Em verdade, essa nova norma veio corrigir erros do decreto anterior que disciplinava a matéria** (Decreto 22/1991). (...) No caso, diante de situações fáticas não similares, o presidente da República teve a cautela de conceder a todos os interessados o direito de se manifestar dentro de prazos razoáveis. O prazo de 90 dias, após a publicação do decreto, é suficiente para que os interessados se manifestem acerca da demarcação".

Resta nítido que não só o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do Decreto nº 1.775/1996 e de seus procedimentos, como também do prazo previsto para apresentação de manifestação de entes federados e terceiros interessados, tendo

---

[62] MANDADO DE SEGURANÇA 24045 / DF - DISTRITO FEDERAL. Min Rel. Joaquim Barbosa. Plenário. Supremo Tribunal Federal. 05/08/2005. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&classeNumeroIncidente=%22MS%2024045%22

em vista que em quaisquer processos administrativos há etapas e prazos para publicações e manifestações, a fim de que os atos administrativos produzam seus efeitos, admitidas dilações protelatórias que obstem o regular funcionamento da Administração Pública.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade dos Artigos 4º, §7º, Artigo 5º, Artigo 6º e Artigo 10º da Lei nº 14.701/2023 se impõe como forma de zelar pelo cumprimento do que dispõe o Artigo 231, *caput*, da Constituição Federal, da obrigação da União de demarcar Terras Indígenas, e pela observância do direito à intimidade, privacidade dos indígenas (Artigo 5º, inciso X) e dos princípios da eficiência e celeridade processual que regem a administração pública e encontram guarida no Artigo 5º, inciso LXXVIII e 37, *caput*, da CRFB/1988.

6.6. Inconstitucionalidade dos Artigos 9º, *caput* e §§1º e 2º, Artigo 11, *caput* e Parágrafo Único, da Lei 14.701/2023:

O egrégio STF, ao julgar o RE nº 1.017.365, entendeu que seria cabível indenização para o valor da chamada "terra nua" **em casos excepcionalíssimos**, uma vez que, **a teor do Artigo 231, § 6º, da Constituição da República, a indenização cabível seria apenas para as chamadas "benfeitorias de boa-fé"**. Para deixar bem vincado, passa-se a reprisar a tese de repercussão geral que foi fixada:

> "IV – Existindo ocupação tradicional indígena ou renitente esbulho contemporâneo à promulgação da Constituição Federal, aplica-se o regime indenizatório relativo às benfeitorias úteis e necessárias, previsto no § 6º do art. 231 da CF/88;
>
> V – Ausente ocupação tradicional indígena ao tempo da promulgação da Constituição Federal ou renitente esbulho na data da promulgação da Constituição,

são válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos, os atos e negócios jurídicos perfeitos e a coisa julgada relativos **a justo título ou posse de boa-fé** das terras de ocupação tradicional indígena, assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União; e, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente ao valor da terra nua, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e processada em autos apartados do procedimento de demarcação, com pagamento imediato da parte incontroversa, garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso, permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF;

VI – Descabe indenização em casos já pacificados, decorrentes de Terras Indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório, ressalvados os casos judicializados e em andamento;".

Conforme deflui do julgamento, n**as terras ocupadas pelos indígenas em 5 de outubro de 1988, ou nas que tenha havido expulsão forçada ("renitente esbulho"), é devida apenas a indenização pelas benfeitorias de boa-fé, nos termos do Artigo 231, § 6º, da Constituição da República (Tese IV)**.

Por outro lado, a indenização da terra nua seria cabível quando inexistir posse indígena ou renitente esbulho ao tempo da promulgação da Constituição, sendo válidos e eficazes, produzindo todos os seus efeitos:

- os atos e negócios jurídicos perfeitos e
- a coisa julgada relativos:
    - a justo título ou
    - posse de boa-fé das terras de ocupação tradicional indígena.
- assistindo ao particular direito à justa e prévia indenização das benfeitorias necessárias e úteis, pela União;

E, quando inviável o reassentamento dos particulares, caberá a eles:

- indenização pela União (com direito de regresso em face do ente federativo que titulou a área) correspondente **ao valor da terra nua**, paga em dinheiro ou em títulos da dívida agrária, se for do interesse do beneficiário, e
- processada em autos apartados do procedimento de demarcação,
- com pagamento imediato da parte incontroversa,
- garantido o direito de retenção até o pagamento do valor incontroverso,
- permitidos a autocomposição e o regime do § 6º do art. 37 da CF;

À toda evidência, a indenização pela terra nua precisa atender a pressupostos, como ter um justo título e uma posse de boa-fé, o que será analisado em autos administrativos apartados do processo de demarcação e deverá ser comprovado pelo interessado - e não pelos indígenas.

A Lei nº 14.701/2023, nomeadamente em seus Artigos 9º, *caput* e §§1º e 2º, Artigo 11, *caput* e Parágrafo Único, ignora tais pressupostos e transgride o Artigo 231, § 6º, da Carta da República. Confira-se.

> "Art. 9º Antes de concluído o procedimento demarcatório e de indenizadas as benfeitorias de boa-fé, nos termos do § 6º do art. 231 da Constituição Federal, não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação.
>
> § 1º Consideram-se de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que seja concluído o procedimento demarcatório.
>
> § 2º A indenização das benfeitorias deve ocorrer após a comprovação e a avaliação realizada em vistoria do órgão federal competente.".

O Artigo 9º garante a permanência na Terra Indígena de qualquer pessoa que exerça posse sobre a área. O Artigo não especifica a existência de posse de boa-fé. Nessa intelecção, qualquer invasor ilegal que se encontre dentro de uma Terra Indígena, cometendo crimes ambientais e violências, poderia ser considerado um "posseiro" e, a teor do Artigo 9º, *caput*, não poderia ser retirado da área até a conclusão do processo de demarcação.

Para corroborar com o que ora se afirma, verifique-se que o § 1º, fala em "ocupantes" e não em posseiros e passa a dispor que consideram-se benfeitorias de boa-fé aquelas realizadas pelo **ocupante** até que seja concluído o processo de demarcação. Esse parágrafo tem implicações práticas e orçamentárias gravíssimas para a União.

A uma porque atualmente são consideradas benfeitorias de boa-fé aquelas que são realizadas até a edição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça. Isso porque, após essa fase, todos os interessados já tiveram o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa e, se a Portaria Declaratória foi expedida, nos termos do Artigo 2º, § 10, inciso I, é porque tais contestações foram indeferidas e a terra foi considerada uma área tradicionalmente ocupada pelo Presidente da Funai e pelo Ministro da Justiça, que validaram os estudos antropológicos realizados pelo Grupo Técnico Multidisciplinar. Neste momento, já houve, há muito, publicação no Diário Oficial da União e do Estado onde a Terra Indígena se localiza, bem como afixação de seus limites nas prefeituras dos municípios.

Sobre o tema, no julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o eminente Ministro aposentado Ayres Britto se pronunciou:

> "105. Chego à derradeira parte deste voto, que outra não pode ser senão o exame do caso concreto. Fazendo-o, enfrento, como de estilo, as questões formais. Isso para de logo me contrapor às alegações de nulidade do processo demarcatório, por suposta agressão às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa,

pois as duas situações jurídicas ativas foram plenamente exercitadas tanto pelo Estado de Roraima quanto pelos demais atores processuais.

106. No ponto, anoto que os trabalhos de demarcação da área indígena Raposa/Serra do Sol começaram em 1977, **data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados 'fatos públicos e notórios'**. Daí porque, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no diário oficial da União já em abril de 1993, tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/91 e como decorrência do aforismo do *tempus regit actus* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. **Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas**, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (despacho de nº 80/96, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arrozeiros). ***Noutros termos, nulidade haveria tão-somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela Administração Federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu***".[63]

Ou seja, o Artigo objurgado padece de inconstitucionalidade material à medida que presume de boa-fé todas as ocupações de não indígenas até que haja a conclusão do processo demarcatório, o que contraria o disposto pelo Artigo 231, §6º, da Constituição.

Ademais, o Artigo 9º incentivará sobremaneira o aumento de invasões em Terras Indígenas, pois entre o início e a conclusão do processo de demarcação serão indenizadas quaisquer benfeitorias realizadas por terceiros em razão da equivocada presunção de boa-fé prevista na Lei nº 14.701/2023. Lembre-se que um processo de demarcação pode levar **até quarenta anos** para ser concluído e não há que se presumir a boa-fé daqueles que entram clandestinamente em Terras Indígenas quando essa condição já ganhou todas as tintas dos fatos públicos e notórios.

---

[63] Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição nº 3.388/RR. Trecho do voto do Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe: 01/07/2010.

Não bastasse tudo isso, o Artigo contraria o que ficou estabelecido na tese de repercussão geral nº VI, que corrobora a compreensão que "Descabe indenização em casos já pacificados, **decorrentes de Terras Indígenas já reconhecidas e declaradas em procedimento demarcatório**, ressalvados os casos judicializados e em andamento;". A Terra Indígena é declarada justamente com a edição da Portaria do Ministro da Justiça. Nos termos do Artigo 2º, §10, I, do Decreto nº 1.775/96:

> "Art. 2º (...)
>
> § 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:
>
> I - **declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação**;".

Após este momento, o Ministro manda colocar os marcos e placas que identificam os limites da Terra Indígena, motivo pelo qual, a partir disso, não há mais que se falar em ocupação de boa-fé passível de indenização.

No mais, a Lei não pode fazer restrições de cunho geral para direitos patrimoniais disponíveis, dizendo que até a finalização do processo de demarcação "não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, garantida a sua permanência na área objeto de demarcação". É direito patrimonial disponível do particular escolher ser reassentado se essa opção lhe for ofertada ou, ainda, receber a indenização cabível e se retirar da terra indígena antes da finalização do processo de demarcação.

Disposição em contrário tem como único intuito criar recalcitrâncias em não-indígenas, confusões políticas e conflitos fomentados especialmente por políticos, que fazem

um sem número de promessas para essas pessoas, prometendo que irão “anular a demarcação” ou criar novas leis para impedir a existência das Terras Indígenas. Infelizmente, isso tem se tornado prática comum, com a formação de verdadeiros currais eleitorais movidos pelo ódio e pela discriminação contra os indígenas e, não raro, pelo financiamento de grupos para invadirem as Terras Indígenas, tentando tornar a invasão fato consumado e de difícil reversão. Depois, esses mesmos políticos, tem o despautério de dizer que estão tirando “famílias”, “produtores” de Terras Indígenas. Esquecem-se, contudo, de sua colaboração para o ilícito e para a confusão. É preciso ter nítido: Terras Indígenas não são “coisa de ninguém” e sua existência não é passível de reversão. É assim que se garante segurança jurídica.

Já o Artigo 11, em sentido semelhante, amplia o escopo das indenizações a serem pagas pela União a ocupantes não-indígenas, prevendo como requisito somente a existência de justo título e não a ocupação de boa-fé. Vejamos:

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

Conjugando os dois dispositivos, se verifica a subversão da lógica dos direitos originários dos Povos Indígenas, de modo a consolidar um verdadeiro “direito de preferência do invasor”, que será premiado com indenização pela terra nua e por qualquer benfeitoria realizada até o fim do procedimento demarcatório, ainda que não tenha agido de boa-fé. Dito isto, o efeito social será o aumento de garimpeiros, grileiros, organizações criminosas em Terras

Indígenas, a dificultar ações de fiscalização e proteção territorial sob a justificativa que invasores ilegais teriam “direitos”.

É cediço que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como condição para a indenização de benfeitoria ou da terra nua - em caso excepcional de impossibilidade de reassentamento -, **a existência de ocupação ou posse de boa-fé**; o que vai de encontro ao disposto nos Artigos 9º**,** ***caput*** **e §§1º e 2º, Artigo 11,** ***caput*** **e Parágrafo Único, da Lei nº 14.701/2023**.

Em conclusão, os Artigos retromencionados violam o direito originário previsto no artigo 231, *caput* e a sistemática de indenizações previstas no Artigo 231, § 6º da CRFB/88, cujas balizas já foram estabelecidas por este egrégio Tribunal, em razão de que devem ter sua inconstitucionalidade declarada.

6.7. Inconstitucionalidade do Artigo 13, da Lei 14.701/2023 - violação ao pacto federativo e ao Artigo 231, § 4º da Constituição:

Além dos regimes indenizatórios, o STF também se debruçou sobre o tema do redimensionamento de Terras Indígenas já demarcadas:

> “VIII – A instauração de procedimento de redimensionamento de terra indígena não é vedada em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de pedido de revisão do procedimento demarcatório apresentado até o prazo de cinco anos da demarcação anterior, sendo necessário comprovar grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo ou na definição dos limites da terra indígena, ressalvadas as ações judiciais em curso e os pedidos de revisão já instaurados até a data de conclusão

deste julgamento".

No voto do Relator, eminente Ministro Edson Fachin, extrai-se, ainda, que o redimensionamento de Terras Indígenas não seria fundamentado na hipótese de conveniência e oportunidade da Administração Pública de revisar seus atos administrativos, mas sim nos próprios direitos fundamentais dos povos indígenas:

> "Evidentemente, não se trata, aqui, de considerar a hipótese de conveniência e oportunidade do Administrador ao revisar ato administrativo, pois em se tratando de Terras Indígenas, de direito fundamental dos povos indígenas, todos os estudos devem estar jungidos a demonstrar a efetiva ocorrência das características do §1º do artigo 231, inexistindo espaço para avaliação discricionária. Entretanto, **especialmente em se considerando a possibilidade de que muitas Terras Indígenas tenham sido demarcadas sem a estrita observância do artigo em comento (p. ex., sem a realização de laudo antropológico a afirmar a correta extensão das terras tradicionais), compreendo que a realização de re-estudos para o adequado dimensionamento da ocupação tradicional em tais áreas**, desde que realizados em processo administrativo demarcatório nos termos da legislação de regência, não encontra vedação constitucional".

O Artigo 13 da Lei nº 14.701/2023, por sua vez, veda a ampliação - procedimento que o Egrégio Supremo Tribunal Federal denominou de redimensionamento - de quaisquer Terras Indígenas demarcadas, em afronta à previsão constitucional de inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das Terras Indígenas, como preceitua o Artigo 231, § 4º.

Pelo exposto, pugna-se pela declaração de inconstitucionalidade do Artigo 13 da Lei nº 14.701/2023, tendo em vista que viola o Pacto Federativo e a separação de poderes ao

restringir ações típicas do Poder Executivo (Artigo 60, § 4º, incisos I e III), bem como ofendem a imprescritibilidade dos direitos indígenas sobre as Terras Indígenas, previsto no Artigo 231, § 4º, da Constituição da República. .

6.8. Inconstitucionalidade por violação do Princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei (Artigos 14 e 15 da Lei nº 14.701/2023):

O artigo 14 da Lei nº 14.701/2023 determina que os processos administrativos de demarcação de Terras Indígenas ainda não concluídos devem, obrigatoriamente, observar a nova lei. O artigo 15, por seu turno, estabelece a nulidade dos processos administrativos de demarcação de Terras Indígenas "que não atenda aos preceitos estabelecidos nesta Lei". *In verbis*:

> "**Art. 14**. Os processos administrativos de demarcação de Terras Indígenas ainda não concluídos serão adequados ao disposto nesta Lei.
>
> **Art. 15**. É nula a demarcação que não atenda aos preceitos estabelecidos nesta Lei.".

Ambos os dispositivos legais afiguram-se inconstitucionais face ao princípio constitucional da irretroatividade da lei, segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

O princípio constitucional em comento impede que uma nova legislação possa retroagir para afetar situações jurídicas já consolidadas sob a vigência de leis anteriores, **em nome da segurança jurídica**. Trata-se de norma essencial para garantir a estabilidade e a confiança no sistema jurídico legal.

É importante ressaltar que o procedimento administrativo de demarcação de Terras Indígenas é um ato complexo, com a realização de uma sequência de atos voltada ao cumprimento do dever estatal, **do que decorre a existência de preclusão de suas fases**. O Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996 prevê 7 (sete) etapas adiante resumidas. Insta destacar que **cada etapa gera um ato jurídico perfeito, com a preclusão administrativa do ato anterior**. Vejamos cada uma destas fases:

> **"1)** A primeira etapa é a denominada de identificação e delimitação, onde será criado um grupo de trabalho com fins de realizar estudos multidisciplinares necessários à delimitação da Terra Indígena (art. 2º, caput e §§ 1º a 5º);
>
> **2)** Ao final de tais estudos, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado caracterizando a terra indígena a ser demarcada, que será submetido à avaliação e aprovação da FUNAI (art. 2º, §§ 6º e 7º);
>
> **3)** Em seguida, é facultado aos interessados a apresentação de manifestações ou contestações (art. 2º, §§ 8º e 9º) ao relatório circunstanciado já aprovado;
>
> **4)** Após o contraditório e a ampla defesa, o processo administrativo é remetido ao Ministério da Justiça para a expedição da Portaria Declaratória de Limites (art. 2º, § 10º).
>
> **5)** A quinta etapa é a demarcação física, quando os marcos de delimitação serão colocados no perímetro indicado na portaria ministerial;
>
> **6)** Após a demarcação física, o processo é remetido ao Presidente da República para homologação (art. 5º);

> **7)** Finalmente, a FUNAI deverá registrar o decreto homologatório no cartório competente (art. 6º) com fins de dar publicidade a terceiros e promover a segurança jurídica dos negócios imobiliários na circunscrição da terra indígena."

Em decorrência da mora estatal no cumprimento das demarcações de Terras Indígenas, existem procedimentos administrativos que tramitam há mais de trinta anos. Da mesma maneira, há dezenas de procedimentos cujo trabalho técnico já foi devidamente finalizado, estando pendentes de vontade política para a expedição de Portaria Declaratória de Limites, enquanto há, também, outros tantos procedimentos que aguardam apenas o Decreto Homologatório pelo Presidente da República.

A vigência do artigo 14 da Lei nº 14.701/2023, todavia, impõe a revisão de todas as etapas já concluídas e preclusas, em prejuízo do ato jurídico perfeito e do princípio da eficiência da administração pública.

Ao dispor sobre a nulidade e a revisão de procedimentos administrativos de demarcação de Terras Indígenas, cujas etapas foram concluídas sob os auspícios da norma anterior, os artigos 14 e 15 da Lei nº 14.701/2023 violam o Artigo 5º, inciso XXXVI e Artigo 37, *caput*, da Constituição da República, a exigir, por conseguinte, sua declaração de inconstitucionalidade.

6.9. Inconstitucionalidade da Aplicação do Regime Jurídico da Propriedade Privada às Terras Indígenas (Artigo 18, §§ 1º e 2º da Lei nº 14.701/2023):

O artigo 18, §§ 1º e 2º da Lei nº 14.701/2023, prevê a aplicação do regime jurídico da propriedade privada às Terras Indígenas eventualmente adquiridas por alguma das formas previstas na legislação civil (ex: compra e venda, doação, etc.).

> "Art. 18. São consideradas áreas indígenas adquiridas as havidas pela comunidade indígena mediante qualquer forma de aquisição permitida pela legislação civil, tal como a compra e venda ou a doação.
>
> § 1º **Aplica-se às áreas indígenas adquiridas o regime jurídico da propriedade privada**.
>
> § 2º As terras de domínio indígena constituídas nos termos da Lei nº 6.001, de 19 dezembro de 1973, serão consideradas áreas indígenas adquiridas nos moldes desta Lei.".

Contudo, o referido dispositivo legal encontra-se eivado de inconstitucionalidade face aos §§3º a 7º do artigo 231 da Constituição da República, que estabelecem o regime jurídico das Terras Indígenas. Nos Artigos citados, o conceito de "Terras Indígenas tradicionalmente ocupadas" é utilizado **apenas** nos §§ 1º e 2º do Artigo 231. Todos os outros parágrafos (Artigo 231, §§ 3º ao 7º) usam apenas o termo "Terras Indígenas", em sentido amplo, não fazendo *discriminem* entre as Terras Indígenas reservadas e as de domínio indígena e as tradicionalmente ocupadas, categorias já existentes ao tempo da promulgação da Constituição da República na Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio)

À toda evidência, as Terras Indígenas possuem a função precípua de conservar as condições de sobrevivência dos povos indígenas, garantindo sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. São, portanto, indispensáveis para a própria formação da identidade indígena.

Nada obstante, o artigo 18, §§ 1º e 2º da Lei nº 14.701/2023 pretende realizar distinções entre Terras Indígenas que não foram previstas no texto constitucional, aplicando o regime jurídico da propriedade privada à totalidade das áreas indígenas adquiridas, excluindo essas áreas da proteção constitucional disposta nos parágrafos 3º a 7º do Artigo 231 da Constituição da República. Dessa forma, tais áreas poderiam, por exemplo, ser liberadas para mineração sem as cautelas previstas na Constituição, a ameaçar a sobrevivência física e cultural de seus habitantes. Ressalte-se, por oportuno, que há Terras Indígenas que foram adquiridas em razão da duplicação de BRs e esfacelamento da área tradicionalmente ocupada pelos indígenas, por exemplo. Essa explicação é importante porque as áreas adquiridas não são" rancho de férias" e/ou de "fim de semana" dos indígenas, são áreas que, embora não sejam de ocupação tradicional, também se destinam à garantia de suas existências e reprodução física e cultural

Dessarte, o Artigo 18, §§ 1º e 2º da Lei vergastada confronta o estatuto jurídico das Terras Indígenas estabelecido no Artigo 231, §§ 3º a 7º da Constituição da República.

6.10. Inconstitucionalidade do Artigo 23, da Lei nº 14.701/2023 - Sobreposição de terras Indígenas e Unidades de Conservação (UC) e administração do Usufruto Exclusivo Indígena pelo órgão gestor da UC:

O Artigo 23 da Lei nº 14.701/2023 trata da superposição de Terras Indígenas com Unidades de Conservação da natureza (UCs), d**ispondo que o usufruto dos indígenas em áreas sobrepostas fica sob a administração da unidade de conservação**:

> "Art. 23. **O usufruto dos indígenas em Terras Indígenas superpostas a unidades de conservação fica sob a responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas**, observada a compatibilidade do respectivo regime de proteção.
>
> § 1º O órgão federal gestor responderá pela administração das áreas das unidades de conservação superpostas a Terras Indígenas, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, considerados os seus usos, tradições e costumes, e poderá, para tanto, contar com a consultoria do órgão indigenista federal competente.
>
> § 2º **O trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação,** nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor.".

O Artigo 23, *caput*, viola a dignidade da pessoa humana, pois transmite direito fundamental e inalienável dos povos indígenas à órgão do Estado. Cumpre assinalar, de mais a mais, que o Artigo 231, § 2º, determina que os indígenas possuem a posse permanente e o usufruto exclusivo dos recursos dos rios, lagos e solos existentes em Terras Indígenas, que são ainda indisponíveis. Dessa forma, a transferência de "administração" do usufruto exclusivo dos indígenas para órgão gestor de unidade de conservação beira as raias do absurdo e da tutela, esta não mais admitida pela Constituição da República no Artigo 232.

O Artigo pode gerar, ainda, impropriedades interpretativas, visto que contém - ao que parece - uma ressalva na segunda parte: "observada a compatibilidade do respectivo regime de proteção". Com efeito, a Lei nº 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, o Snuc, precisa que algumas modalidades de UCs - como as de proteção integral - não admitem interferência humana direta, à exemplo das reservas biológicas. Assim, o Artigo pode ser utilizado como subterfúgio para impedir demarcações em áreas sobrepostas às UCs por incompatibilidade com o sistema de proteção da unidade de conservação.

Quanto ao ponto, um parênteses: é curiosíssimo que parlamentares que diuturnamente legislam contra as salvaguardas legais erigidas para a proteção do meio ambiente nos últimos 35 anos, tornam-se conservacionistas quando se trata de direitos indígenas e querem que os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se sobreponham aos direitos originários dos povos indígenas. Claro. É mais fácil grilar uma terra sem ninguém dentro - fecha-se o parênteses.

Ora, as Terras Indígenas são as áreas mais ambientalmente conservadas do País, mais do que as UCs de proteção integral, o que comprova que os indígenas e seus manejos tradicionais não são uma ameaça ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ao olhar o mapa do desmatamento na Amazônia e Cerrado (já colacionado na primeira parte desta petição), por exemplo, denota-se facilmente que os maiores desmatadores não estão nas Terras Indígenas.

Com efeito, este egrégio STF já proclamou que existe compatibilidade entre terra indígena e unidades de conservação. Orienta-se, nesse horizonte, a tese de repercussão geral XII, fixada no julgamento do RE nº 1.017.367:

> "**XII – A ocupação tradicional das Terras Indígenas é compatível com a tutela constitucional do meio ambiente, sendo assegurado o exercício das atividades tradicionais dos povos indígenas**."

Pontue-se, ao arremate, que o Artigo 23, § 2º, ao afirmar que o órgão gestor poderá admitir "**O trânsito de visitantes e pesquisadores não indígenas na área afetada à unidade de conservação,** nos horários e condições estipulados", está a violar os direitos à intimidade e à vida privada dos indígenas, pois o ingresso em Terras Indígenas deve ser uma livre

deliberação da própria comunidade indígena. Outrossim, haveria, igualmente, a violação da casa dos indígenas - ou seja, a própria Terra Indígena - o asilo inviolável dos povos indígenas.

Sobre o tema, explicamos. O artigo 1º, parágrafo único da Lei n.º 6.001/1973 (Estatuto do Índio), prescreve: "Aos índios e às comunidades indígenas **se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros**, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.".

Inúmeros tratados internacionais têm, justamente, a preocupação de assegurar aos indígenas a garantia dos direitos humanos e liberdades fundamentais garantidos aos demais cidadãos nacionais, à exemplo do artigo 3º, 1, da Convenção n.º 169 da OIT: "Os povos indígenas e tribais **deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais**, sem obstáculos nem discriminação". O mesmo artigo, em seu item "3" dispõe que "O gozo sem discriminação dos **direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais**".

Assim, os direitos e garantias individuais, como a livre manifestação do pensamento, a liberdade de expressão, de reunião, de associação, de inviolabilidade da intimidade, da vida privada e de domicílio, entre outros, são, em toda a sua essencialidade de direitos fundamentais individuais, também aplicáveis aos povos indígenas em sua dimensão coletiva. Mas, é claro, esses direitos são matizados, na esfera coletiva, pelo respeito à organização social, usos, costumes e tradições (Artigo 231, *caput* e § 1º).

Se partirmos para a análise dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, podemos notar que o artigo 5º, X estatui que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Ao lado do direito à inviolabilidade da

intimidade e da vida privada das pessoas, o artigo 5º XI, trata da inviolabilidade do domicílio: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Avançando nos domínios cognitivos da Carta da República de 1988 o "domicílio, ou, na linguagem constitucional brasileira, a casa, é o espaço indispensável ao desenvolvimento da personalidade humana. A inviolabilidade, garantida no inciso XI deste artigo, reflete a sua proteção passiva ou de não intromissão, completando-se com o seu lado ativo, de autonomia, do direito à vida privada. Para começar, ela envolve a escolha da morada, evidentemente, dentro das limitações materiais existentes. Contempla ainda o seu livre uso, a dizer: a sua organização e o seu desfrute, dentro de limites administrativos razoáveis, e das regras gerais de convivência e vizinhança"[64]. A casa inclui garagens, jardins, muros, estes também são invioláveis para garantir a **privacidade espacial**, imprescindível ao desenvolvimento da personalidade.

Como a interpretação do ordenamento jurídico se faz de maneira sistemática, os dispositivos e direitos supramencionados, devem ser lidos em conjunto com o artigo 231, §§ 2º e 3º da Constituição. Isso leva a conclusão que o espaço para o desenvolvimento da personalidade dos indígenas, em sua dimensão coletiva, é a Terra Indígena, motivo pelo qual ela deve estar protegida pelo direito de inviolabilidade.

O conceito de casa tem sentido amplo é extensivo à Terra Indígena: não é possível dissociar a esfera privada dos indígenas da esfera coletiva e territorial que conforma suas identidades, suas personalidades. Ademais, a doutrina brasileira reconhece que o Artigo 5º, XI, tutela a "privacidade espacial", que se traduz na "confiança jurídica do titular do direito no fato

[64] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Comentários ao artigo 5º, X*. 2. *In:* CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. *In*:ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 292.

de que tudo o que se passar dentro dos limites de seu 'asilo inviolável' não será participado a terceiros que não se encontrem naqueles limites, por mais atinente ao interesse público que seja a informação."[65].

Com essas considerações, pleiteia-se a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 23, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei nº 14.701/2023, por corroerem, de forma irremissível, os Artigos 1º, inciso III, 5º,inciso X e XI, Artigo 231, §§ 2º e 4º, bem como o Artigo 232, da Constituição da República .

6.11. Inconstitucionalidade dos Artigos 24, § 3º e 25, da Lei 14.701/2023 - Vedação de Cobrança por Serviços Prestados pelos Indígenas e Renúncia Fiscal da União:

Os Artigos 24, §3º e o Artigo 25 da Lei ora impugnada versam, respectivamente, sobre vedação de cobrança de tarifas para acesso de não indígenas às Terras Indígenas e para acesso a estradas, equipamentos públicos ou quaisquer outros equipamentos nelas instalados.

> "**Art. 24** (...)
>
> § 3º O ingresso, o trânsito e a permanência de não indígenas não podem ser objeto de cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

[65] MARTINS, Leonardo. *Comentários ao artigo 5º, X*.I. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 307.

> **Art. 25**. São vedadas a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza ou a troca pela utilização das estradas, dos equipamentos públicos, das linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocados a serviço do público em Terras Indígenas.”.

O Artigo 23, § 3º impediria, por exemplo, que os indígenas pudessem cobrar tarifas por atividades econômicas por eles desenvolvidas, como o turismo de base comunitária, já realizado em diferentes regiões do país conforme Instrução Normativa nº 03/2015 do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a gerar dano incomensurável à geração de renda das comunidades indígenas que sobrevivem do etnoturismo.

Impende destacar que o Artigo 25, por sua vagueza e imprecisão terminológica, impediria até mesmo a União de realizar concessões onerosas pela utilização de linhas de transmissão em Terras Indígenas, por exemplo. Impossibilitaria, inclusive, que se possa compensar os indígenas por atividades que porventura impliquem na perda da posse ou do usufruto exclusivo da Terra Indígena.

Os dispositivos foram vetados pelo Presidente da República com as seguintes razões:

> “Ademais, a proposição legislativa incorre em vício de inconstitucionalidade pois, ao versar sobre cobrança pelo uso de bens públicos, trata da ocupação, do domínio e da posse das Terras Indígenas, utilizadas para estradas, linhas de transmissão de energia ou outras instalações de infraestrutura, sem a necessária via de lei complementar exigida pelo § 6º do art. 231 da Constituição Federal.

Outrossim, o dispositivo veda a cobrança na hipótese de perda do usufruto exclusivo indígena pela instalação de equipamentos a serviço do público em Terras Indígenas. Trata-se de afronta ao § 2º do art. 231 da Constituição Federal, na medida em que afeta o direito à posse permanente e ao usufruto exclusivo das Terras Indígenas e impede expressamente qualquer possibilidade de compensação financeira.

Ainda, por estabelecer possível despesa pública sem a correspondente estimativa de impacto orçamentário-financeiro, nos termos do art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, e por estabelecer circunstância em que se cria encargo financeiro a ser possivelmente suportado por entes públicos concedentes de serviços públicos, em violação ao disposto no § 7º do art. 167 da Constituição Federal."

Logo, os Artigos 24, § 3º e 25, da Lei 14.701/2023 vulneram os Artigos 167, § 7º e 231, § 2º, da Constituição da República.

6.12. Inconstitucionalidade do Artigo 26, da Lei nº 14.701/2023: Possibilidade de Exploração Econômica das Terras Indígenas por Não-Indígenas - Violação aos Artigos 231, §§ 2º e 6º, da Constituição da República:

O Artigo 26, da Lei nº 14.701/2023 permite a celebração de contratos de cooperação entre indígenas e não indígenas para a exploração de atividades econômicas em Terras Indígenas:

"Art. 26. É facultado o exercício de atividades econômicas em Terras Indígenas, desde que pela própria comunidade indígena, admitidas a cooperação e a 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 indígena.

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

I – os frutos da atividade gerem benefícios para toda a comunidade indígena;

II – a posse dos indígenas sobre a terra seja mantida, ainda que haja atuação conjunta de não indígenas no exercício da atividade;

III – a comunidade indígena, mediante os próprios meios de tomada de decisão, aprove a celebração contratual;

IV – os contratos sejam registrados na Funai."

De início, verifica-se que o Artigo 26, § 1º modifica a redação do Artigo 18, *caput*, da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio), substituindo as palavras "restrinja o pleno exercício" pela palavra "elimine". Compare-se:

Artigo 18, *caput*, da Lei nº 6.001/1973	Artigo 26, § 1º, da Lei nº 14.701/2023
As Terras Indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico **que restrinja o pleno exercício** da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.	§ 1º As Terras Indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico **que elimine** a posse direta pela comunidade indígena.

Evidencia-se, às escâncaras, a violação ao direito de posse permanente e usufruto exclusivo dos indígenas, a permitir que tais Terras possam ser exploradas por não indígenas desde que não "elimine" a posse direta da comunidade indígena.

Em seguida, o § 2º retoma a odiosa disposição instituída em Instrução Normativa do governo Bolsonaro, que permitia a criação de "associações de cooperação mista", ou seja, formada por indígenas e não-indígenas, para viabilizar a exploração direta das Terras Indígenas por não-indígenas.

Sobre esse ponto, assinale-se que a **Constituição Federal não proíbe que os povos indígenas exerçam atividades econômicas em seus territórios conforme o princípio da autonomia da vontade**. O Artigo 24, da Lei nº 6.001/1973, reforça essa compreensão:

> "Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, **bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades**.".

Ou seja, não se trata de um dever geral de abstenção de comercialização das riquezas produzidas em Terras Indígenas pelos indígenas, mas sim de garantir o usufruto **exclusivo** dos povos indígenas, sua segurança na posse e a garantia de um modelo de desenvolvimento que se coadune com os usos, costumes e tradições de cada povo, bem como mantenha a reprodução socio-física-cultural das próximas gerações. Tanto não é vedada a exploração de atividades econômicas pelos próprios povos indígenas que produtos indígenas

comunitários ganham relevo no mercado nacional e internacional[66] por gerar renda e manter a floresta de pé, a exemplo do mel dos povos indígenas do Xingu e do óleo de pequi do Povo Kisêdje, adquiridos por grandes grupos do ramo alimentício, das pimentas Baniwa e dos cogumelos Yanomami, produzidos a partir de conhecimento tradicional indígena e que se tornaram referências na gastronomia mundial. Mencione-se, também, as toneladas de castanhas dos povos indígenas Wai Wai, Xikrin, Kuruaya e Xipaya, que são comercializadas para a fabricação de pães, e, também, do cumuru dos povos indígenas Kayapó e Panará, que é vendido para a fabricação de cosméticos e perfumes. No que concerne à pecuária convencional, citamos os enormes rebanhos bovinos dos indígenas que vivem na Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Os indígenas, ao contrário do que se infere de forma equivocada e preconceituosa, **também são um setor produtivo da sociedade brasileira**. Além disso, povos indígenas são produtores de serviços ecossistêmicos que beneficiam toda a sociedade e de um produto que, em poucos anos, estará em falta nas prateleiras do mercado brasileiro: a sociobiodiversidade.

Os indígenas *Kaiabi*, no Xingu, utilizam 126 espécies frutíferas nativas e mais de 40 espécies de abelhas nativas (importante observar que nem todas as espécies possuem identificação científica). As plantas utilizadas nos roçados exibem uma diversidade notável, com **141 variedades de cultivares**, entre carás (16), mandiocas (12), bananas (7), amendoins (22), milho (8) e batatas-doces (8). É provável que parte destas variedades originais *Kaiabi* não existam em outros locais nem estejam conservadas em bancos de germoplasma. Ainda, no Alto

[66] Os indígenas premiados na ONU por produtos que geram renda e mantêm floresta em pé. BBC News Brasil. 09/09/2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49531696

Os indígenas premiados na ONU por produtos que geram renda e mantêm floresta em pé. O ano de 2018 teve produção recorde e exportações para os Estados Unidos. Época Negócios. Grupo Globo. 09/09/2019. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/09/os-indigenas-premiados-na-onu-por-produtos-que-geram-renda-e-mantem-floresta-em-pe.html

Rio Negro, os roçados dos povos indígenas também representam jardins genéticos. Um exemplo é o cultivo da mandioca, onde na região do rio Uaupés, os *Tukano* manejam 89 variedades, os *Baniwa*, na região do rio Içana, utilizam 74 variedades, e os *Aruák* utilizam 48 variedades.

Estima-se que as Terras Indígenas devam contribuir, entre 2019 e 2039, com uma redução de aproximadamente 35 mil Km² em novos desmatamentos, o equivalente a 1,65 bilhões de toneladas de CO2. Nas Terras Indígenas da Amazônia brasileira, o desmatamento evitado de suas florestas pode gerar, ao menos, US$ 44,6 milhões por ano em serviços ecossistêmicos (equivalente a R$ 246,8 milhões). As extensas áreas preservadas de floresta no interior das Terras Indígenas justificam os altos valores observados[67].

O que está em vitrine, no presente caso, é o resguardo do usufruto que a Constituição gravou como **exclusivo** dos povos indígenas. Repita-se, a Constituição não falou em usufruto coadjuvado, compartilhado, ou outra possibilidade que admita que os não-indígenas possam auferir lucro e renda, o objetivo último do Artigo 26, §§ 1º, 2º e incisos. o usufruto dos rios, lagos e solos existentes em terras indígenas **é de titularidade exclusiva** dos povos indígenas.

A propósito do tema, colaciona-se trecho do voto do eminente Ministro Celso de Mello:

[67] STRAND, J., SOARES-FILHO, B., COSTA, M.H. et al. *Spatially explicit valuation of the Brazilian Amazon Forest's Ecosystem Services*. Nat Sustain 1, 657–664. 2018. doi:10.1038/s41893-018-0175-0. NATURE SUSTAINABILITY. *Spatially explicit valuation of the Brazilian Amazon Forest's Ecosystem Services*, Disponível em: https://csr.ufmg.br/csr/wp-content/uploads/2018/11/Soares-Filho_et-al_Rajao_Spatially-explicit-evaluation-of-the-Amazon_NSUS.pdf.

> "A intensidade dessa proteção institucional revela-se tão necessária que o próprio legislador constituinte pré-excluiu do comércio jurídico as Terras Indígenas ("res extra commercium"), proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas (ACO 323/MG, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, v.g.), **considerando ineficazes, ainda, as pactuações negociais que visem a exploração das riquezas naturais nelas existentes, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica,** inclusive aquelas que provocam, por efeito de expressa determinação constitucional, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º)."[68].

Deveras, a Constituição também declarou a congênita nulidade de qualquer ato que tenha por objeto **a ocupação, o domínio e a posse** das Terras Indígenas (Artigo 231, § 6º), o que, à toda evidência, contratos para atividades agrossilvipastoris e outras, irão franquear aos não-indígenas. Observe-se que Terra Indígena não é fazenda para ter casa de caseiro, alojamento de peão, lugar de patrão. A não ser que o patrão seja os próprios indígenas. Afora essa possibilidade, cria-se ambiência para a invasão das Terras Indígenas e para o sub-reptício uso do solo, rios e lagos por aqueles que não são os detentores constitucionais desse direito.

Por arrastamento, se impõe, igualmente, a declaração de inconstitucionalidade do Artigo 27, *caput* e Parágrafo Único, que faz remissão ao Artigo 26, §2º da Lei nº 14.701/2023, para tratar sobre contratos de cooperação e parceria entre indígenas e não-indígenas para exploração de atividades econômicas de turismo. O dispositivo, ainda, autoriza a prática de caça, pesca, extrativismo e coleta de frutos por não-indígenas quando relacionada à prática de turismo em Terras Indígenas. Nesse sentido, viola o Art. 231, § 6º, da CRFB/1988, que trata da

[68] STF. Tribunal Pleno. MS nº 34.250-AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 19/10/2020.

nulidade de atos de ocupação, domínio e posse sobre Terras Indígenas em afronta ao direito de usufruto exclusivo.

7. Pedido de Medida Cautelar:

No presente caso, estão presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar para que se suspendam imediatamente os efeitos da Lei nº 14.701/2023. De acordo com o artigo 300 do CPC, a tutela de urgência será deferida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni juris)* e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

A probabilidade do direito está evidenciada às escâncaras em razão das inúmeras violações formais e materiais ao Artigo 1º, 5º e 231 da Constituição da República, por intermédio da edição de Lei que desfigura o texto constitucional, a contrariar balizas de constitucionalidade já demarcadas pelo egrégio STF.

O perigo de dano ao resultado útil do processo encontra-se consubstanciado no fato de que a vigência da Lei vergastada poderá gerar danos irreversíveis aos povos indígenas, exemplificativamente: paralisar todos os processos de demarcação que estão em curso, consolidar e incentivar mais invasões nas Terras Indígenas, permitir a implementação de obras sem devido processo legislativo e consolidar violações de extrema gravidade contra os povos indígenas.

Ademais, cumpre destacar que os dispositivos atacados nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade já foram declarados inconstitucionais por essa Corte Suprema no que diz respeito ao marco temporal. Assim, caso permaneça produzindo os efeitos estará violando o

princípio da legalidade e causando uma violação aos direitos territoriais dos povos indígenas, em total desconformidade com o entendimento deste Supremo Tribunal Federal. Isso exposto, caso não sejam suspensos os efeitos da Lei nº 14.701/2023 imediatamente em sede de cautelar, a legislação em tela estará produzindo efeitos frontalmente contrários aos comandos emanados do Constituinte Originário de 1988.

Ressalta-se, no presente caso, o evidente objetivo em retroceder aos direitos fundamentais indígenas garantidos na Constituição da República, os quais conformam **cláusulas pétreas.**

Ademais, a tutela de urgência requerida cumpre com o princípio da reversibilidade das tutelas provisórias[69], vez que a medida cautelar não impedirá qualquer reversão ao *status quo ante*. Lado outro, a não concessão de tais medidas implica na probabilidade de inúmeras violações aos direitos fundamentais dos povos indígenas. Pois resta consignar que esse tribunal vem atuando na defesa dos direitos dos povos indígenas

Ante o exposto, com a certeza de que não é razoável aguardar o provimento final para adoção das providências postuladas pelos proponentes, a APIB requer a concessão de Medida Cautelar para suspender a eficácia de dispositivos da Lei nº 14.701/2023 que especifica - Artigo 4º, *caput*, incisos I, II, III e IV e §§1º, 2º, 3º, 4º e 7º; Artigo 5º, *caput* e parágrafo único; Artigo 6º; Artigo 9º, *caput* e §§1º e 2º; Artigo 10; Artigo 11, *caput* e parágrafo único; Artigo 13; Artigo 14; Artigo 15; Artigo 18, *caput* e §1º; Artigo 20, *caput* e parágrafo único; Artigo 21; Artigo 22; Artigo 23, *caput*, §§1º e 2º; Artigo 24, §3º; Artigo 25; Artigo 26, *caput*, §1º e incisos I, II, III e IV; Artigo 27, *caput* e parágrafo único; Artigo 31 e redação dada ao inciso IX do

[69] CPC. Art. 300 § 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

caput do Artigo 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1963; Artigo 32 e redação dada ao inciso IX do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

A extrema urgência justifica que a medida seja concedida pelo relator, como expressamente autoriza o Artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999.

8. Pedidos:

a. Diante do exposto, seja conhecida e julgada integralmente procedente esta ADI, para se confirmar, em caráter definitivo, todas as providências cautelares postuladas no item anterior, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade dos Artigos 4º, *caput*, incisos I, II, III e IV e §§1º, 2º, 3º, 4º e 7º; Artigo 5º, *caput* e parágrafo único; Artigo 6º; Artigo 9º, *caput* e §§1º e 2º; Artigo 10; Artigo 11, *caput* e parágrafo único; Artigo 13; Artigo 14; Artigo 15; Artigo 18, *caput* e §1º; Artigo 20, *caput* e parágrafo único; Artigo 21; Artigo 22; Artigo 23, *caput*, §§1º e 2º; Artigo 24, §3º; Artigo 25; Artigo 26, *caput*, §1º e incisos I, II, III e IV; Artigo 27, *caput* e parágrafo único; Artigo 31 e redação dada ao inciso IX do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1963; Artigo 32 e redação dada ao inciso IX do *caput* do Artigo 2º da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973

b. seja dado a interpretação conforme a constituição de 1988 aos artigos 231 e 232 - que os direitos territoriais dos povos indígenas são direitos fundamentais e portanto cláusulas pétreas.

c. requer-se que as intimações sejam realizadas em nome dos advogados subscritores Dr. Mauricio Serpa França OAB 24.060.

Atribui-se à causa o valor de R$ 100,00 (cem reais).

Nestes Termos,

Pedem e esperam deferimento.

MAURICIO SERPA FRANCA:04008356142

Assinado de forma digital por MAURICIO SERPA FRANCA:04008356142
Dados: 2023.12.28 17:41:42 -03'00'

Brasília, 28 de dezembro de 2023.

Mauricio Terena

Coordenador Jurídico da APIB
OAB/MS 24.060

Antonio Fernandes de Jesus Vieira

Coordenador Jurídico da APOINME
OAB/BA 31.615

Paulo Celso de Oliveira

Advogado Indígena
OAB/DF n. 12.405

Ricardo Baraviera Sobrinho

Advogado Indígena
OAB/SP 487.530

Maíra de Oliveira Carneiro

Advogada Indígena
OAB/PE 41312

Ingrid Gomes Martins.

Ingrid Gomes Martins

Advogada da APIB
OAB/DF 63.140

Thiago Scavuzzi de Mendonça

Advogado da APIB
OAB/PE 36.244

Iorrannis Luiz Moreira da Silva

Secretário Jurídico da APIB
OAB/MS 27.100

Giovanna Dutra Silva Valentim
Advogada da APIB
OAB/SP 485.585

Victor Hugo Streit Vieira

Advogado da APIB
OAB/PR 115.553

André Maimoni

Advogado do PSOL
OAB/DF 29.498

Rafael Echeverria Lopes

Advogado da Rede Sustentabilidade
OAB/SP 321.174