



NOTA TÉCNICA: PROJETO DE LEI N.º 191/2020

I – RELATÓRIO:

1. A presente Nota Técnico-Jurídica tem como objetivo analisar o Projeto de Lei n.º 191/2020, de iniciativa do Presidente da República, que pretende regulamentar o § 1º do artigo 176 e o § 3º do artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), “para estabelecer as condições específicas para a realização da pesquisa e da lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e para o aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas e institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas.”.

2. De acordo com a justificativa da proposição “a não regulamentação da matéria, além de insegurança jurídica, traz consequências danosas ao País, tais como: não geração de conhecimento geológico, potencial de energia, emprego e renda; lavra ilegal; não pagamento de compensações financeiras e tributos; ausência de fiscalização do aproveitamento de recursos minerais e hídricos; riscos à vida, à saúde, à organização social, costumes e tradições dos povos indígenas, conflitos entre empreendedores e indígenas.”.

3. Devido a distribuição a mais de três Comissões de mérito, determinou-se a criação de Comissão Especial para analisar a matéria, conforme o inciso II do artigo 34 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), em apreciação conclusiva (artigo 24, II, do RICD) e regime de prioridade (art. 151, II, do RICD).

4. A proposição, contudo, possui patentes e frontais vícios de constitucionalidade e convencionalidade. Por isso, a fim de contribuir com o processo legislativo e prover a sociedade de informações para que possa exercer seu direito constitucional de participação, o Instituto Socioambiental (ISA) apresenta suas considerações sobre os principais aspectos do Projeto de Lei.



II – CONTEXTUALIZAÇÃO:

5. O Brasil tem mais de 255 povos indígenas diferentes, falantes de pelo menos 154 línguas. Segundo a Fundação Nacional do Índio (Funai), existem no Brasil 717 Terras Indígenas (TIs), somando 1.174.030 Km². Essas áreas já foram reconhecidas ou estão em diferentes etapas do complexo procedimento demarcatório: há 486 terras homologadas ou reservadas por decreto presidencial; 73 declaradas por portaria ministerial; 43 identificadas, com estudo aprovado pela Funai; e 115 em identificação no órgão indigenista. Portanto, mais de 67% das áreas, com processo de demarcação aberto, já foram homologadas, a última etapa do processo demarcatório, restando um passivo de cerca de 33% de áreas a ser reconhecidas completamente. Parte dos processos pendentes está judicializada. Há, também, passivo na regularização de terras já demarcadas, a chamada fase de “desintrusão dos não-índios”, quando ocupantes não indígenas são retirados das terras com o pagamento das benfeitorias de boa-fé aos que têm esse direito.

6. A Funai também possui, hoje, 122 registros de povos indígenas isolados e/ou de recente contato no Brasil, todos na Amazônia. Destes, 83 registros estão em 42 TIs reconhecidas para outros povos; 5 registros encontram-se em 7 TIs com restrições de uso; e 34 registros são em TIs já delimitadas¹.

7. As Terras Indígenas se localizam em porção significativa da Amazônia brasileira e são fundamentais para a reprodução física e sociocultural dos povos indígenas. Os benefícios e serviços prestados por estas áreas ao clima são incontestáveis. Dados produzidos pelo Instituto Socioambiental (ISA) demonstram que “Enquanto 20% da floresta amazônica brasileira foi desmatada nos últimos 40 anos, as Terras Indígenas na Amazônia Legal perderam, somadas, apenas 2% de suas florestas originais.”².

¹ O processo de demarcação está regulamentado pelo Decreto nº 1775/1996 e tem as seguintes etapas: i) Estudos de identificação e delimitação, a cargo da Funai; ii) Contraditório administrativo; iii) Declaração dos limites, a cargo do Ministro da Justiça e emissão de Portaria Declaratória; iv) Demarcação física, a cargo da Funai; v) Levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não-índios, a cargo da Funai, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não-índios, a cargo do Incri; vi) Homologação da demarcação, realizada pela Presidência da República; vii) Retirada de ocupantes não-índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, a cargo da Funai, e reassentamento dos ocupantes não-índios que atendem ao perfil da reforma, a cargo do Incri; viii) Registro das terras indígenas na Secretaria de Patrimônio da União, a cargo da Funai; e ix) Interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados, a cargo da Funai.

² ISA. OVIEDO, Antonio. Demarcação de Terras Indígenas é decisiva para conter o desmatamento e regular o clima. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/a->



8. De toda a biomassa estimada para a região amazônica (73 bilhões de toneladas de carbono), 58% encontram-se dentro de terras indígenas e áreas protegidas. Os povos indígenas e populações tradicionais têm contribuído diretamente para regular o clima e evitar que o aquecimento da terra seja ainda mais intenso. “A já conhecida hipótese de que estas populações são ‘guardiões da floresta’ foi de fato confirmada. Ou seja, por possuírem menores taxas de desmatamento e degradação florestal, estas áreas apresentam menores perdas de carbono ao longo dos anos”.

9. A conclusão é do estudo³ realizado por pesquisadores da Rede Amazônica de Informação Socioambiental Georreferenciada (Raisg) em aliança com o centro de pesquisa Woods Hole (WHRC), localizado em Massachusetts, EUA, e a Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica (COICA) e o Fundo de Defesa Ambiental (EDF). A conservação florestal das Terras Indígenas está intimamente ligada aos modos de vida dos indígenas, suas relações práticas e simbólicas com o meio que os circunda.

III – APROVEITAMENTO DE RECURSOS MINERAIS E POTENCIAIS DE ENERGIA HIDRÁULICA – O QUE ESTÁ PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO:

10. A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), estabeleceu requisitos para o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais minerais em terras indígenas. O artigo 176, § 1º, estabelece:

“Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o ‘caput’ deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, **na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.**” (Grifou-se).

demarcacao-das-terras-indigenas-e-decisiva-para-conter-o-desmatamento-e-manter-funcoes-climaticas-essenciais>.

³ ISA. Novo estudo faz balanço geral do estoque de carbono na Amazônia. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/novo-estudo-faz-balanco-geral-do-estoque-de-carbono-na-amazonia>>.



11. Já o artigo 231, ° 3º, da CRFB, determina:

“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.

(...)

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.” (Grifou-se).

12. Da leitura em conjunto dos dois artigos, verifica-se que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais energéticos em terras indígenas devem ser feitas mediante: **i)** autorização ou concessão; **ii)** interesse nacional; **iii)** realização da atividade por empresa brasileira ou constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no País; e, **iv)** lei específica, que estabelecerá as condições específicas para o exercício das atividades em terras indígenas. Além disso, devem, ainda, atender às seguintes condições: **v)** autorização do Congresso Nacional (competência exclusiva, portanto indelegável, a teor do disposto no artigo do 68, § 1º, da CRFB); e **vi)** oitiva das comunidades afetadas; **vii)** participação das comunidades nos resultados da lavra.

13. Em adição, o artigo 231, § 7º estabeleceu, que “Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º”. O artigo 174, § 3º e § 4º, da CRFB, trata da organização da atividade garimpeira e da prioridade das cooperativas na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, *verbis*:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais



garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”.

14. O artigo 174, § 4º, faz referência, ainda, ao artigo 21, XXV, o qual confere à União a competência para estabelecer áreas (ou zonas de garimpagem) e as condições para as atividades de garimpagem:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.”.

15. Infere-se da leitura do artigo 231, § 7º, portanto, que, em razão da inaplicabilidade dos artigos 174, §§ 3º e 4º e do artigo 21, XXV, às terras indígenas, inexistente atribuição de competência para que União ou qualquer outro Poder da República, possa estabelecer ou definir áreas (zonas de garimpagem) e condições para o exercício da atividade de garimpagem em terras indígenas, matéria que não está sujeita a regulamentação, seja na forma da lei ou de outros atos normativos.

16. A Constituição estabeleceu regras gerais para as atividades minerárias ou o aproveitamento de potenciais energéticos em todo o território nacional. Entretanto, criou regras específicas e mais restritivas para a possibilidade de sua prática em terras indígenas. Por isso, às terras indígenas aplica-se o princípio da Restritividade Constitucional, quando se trata de pesquisa e lavra de recursos minerais e do aproveitamento de potenciais energéticos. No que se refere à atividade de garimpagem, esta foi pré-excluída das terras indígenas pelo constituinte originário. Destarte, não é demais traduzir a possibilidade de aproveitamento dos recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica em terras indígenas como exceção da exceção, porquanto essa é a determinação que emana do texto constitucional, que, como dito, adotou o princípio da restritividade no tratamento do tema.

17. Delineados os pressupostos constitucionais que auxiliam na qualificação do estatuto jurídico das terras indígenas no que diz respeito ao aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, passa-se a análise de pontos específicos do PL n.º 191/2020, no que concerne a sua constitucionalidade, convencionalidade e juridicidade.



**IV – INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS:
IV.1 – MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR:**

18. O artigo 231, § 2º da CRFB determina que “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Tendo em vista o usufruto exclusivo dos indígenas, o § 6º, da CRFB, formalmente reclama a edição de lei complementar que explicita quando e em quais condições o relevante interesse público da União justificará a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes em Terras Indígenas. Confira-se:

“Art. 231 (...)

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

19. O contido nos artigos 176, § 1º e 231, § 3º deve ser lido em conjunto com o disposto no artigo 231, § 6º. Isso porque é impossível que o aproveitamento de recursos hídricos e minerais em Terras Indígenas ocorra sem que se explore também as riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos. O aproveitamento dos recursos minerais ou potenciais de energia hidráulica, por si só, demandam instalações sobre o solo, utilização das águas dos rios e lagos das Terras Indígenas. Além disso, o PL pretende estabelecer limitações ao usufruto exclusivo dos indígenas, tanto que o artigo 1º, II, “institui a indenização pela restrição do usufruto de terras indígenas”.

20. Não bastasse tudo isso, o PL autoriza a construção de “infraestrutura associada”, todas elas dependentes da intervenção no solo, o que reclama, formalmente, a edição de Lei Complementar. Tanto é assim que o artigo 16, § 3º do PL n.º 191/2020 prevê que “A autorização do Congresso Nacional para a realização da atividade **principal incluirá a instalação da infraestrutura associada necessária**”. O artigo 2º, IV, conceitua “infraestrutura associada” como “sistemas elétricos, estradas, ferrovias,



dutovias e demais obras e instalações associadas às atividades previstas nesta Lei por serem necessárias ao acesso, à operação e ao escoamento da produção dessas atividades”.

21. A necessária edição de Lei Complementar para a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos pode ser observada, por exemplo, no Projeto de Lei Complementar n.º 275/2019, que “Declara a passagem de linhas de transmissão de energia elétrica por terras indígenas de relevante interesse público da União, na forma do § 6º do art. 231 da Constituição Federal”.

22. Portanto, a regulamentação das atividades contida no PL n.º 191/2020 via Lei Ordinária Federal, não atende ao comando constitucional. Mineradoras e hidrelétricas não são abstrações etéricas: se instalam no solo e suas atividades são de realização impossível sem a ocupação e a posse das terras indígenas, bem como sem exploração das riquezas naturais do solo, das águas dos rios e lagos, os quais, por expressa disposição constitucional, se destinam ao usufruto exclusivo dos indígenas e só podem ser utilizados ressalvado relevante interesse público da União, **segundo o que dispuser lei complementar** (artigo 231, § 6º).

23. Destarte, ante ao disposto no artigo 231, §6º, da CRFB, indubitosa a inconstitucionalidade da proposição por vício de forma, já que deveria ter sido concebido e iniciado sua tramitação como lei complementar e não como lei ordinária federal.

IV.2 – A AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL, PREVISTA NO ARTIGO 49, XVI E 231, § 3º DEVE SER CONCRETIZADA VIA DECRETO LEGISLATIVO:

24. O artigo 49, XVI, da CRFB define as competências exclusivas do Congresso Nacional, entre elas a de “autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais”. De acordo com a abalizada lição doutrinária de Luiz Henrique Cascelli de Azevedo, tais competências são indelegáveis e se perfectibilizam por intermédio de Decreto Legislativo, com tramitação nas duas casas do Congresso Nacional e sem a participação do Presidente da República:



“O *caput* do art. 49 trata das competências deferidas exclusivamente ao Congresso Nacional. As competências arroladas constituem um núcleo essencial de funções atribuídas especificamente ao Congresso Nacional, dando-lhe uma identidade institucional no âmbito do controle e da fiscalização, sobretudo do Poder Executivo, razão pela qual não podem ser delegadas, a teor da proibição estatuída no § 1º do 68 da Constituição.

Tais competências, desse modo, enumeradas de forma exaustiva pelos dezessete incisos do referido artigo, dizem respeito às atribuições características do Poder Legislativo e são concretizadas mediante um instrumento próprio, qual seja o decreto legislativo. O referido instrumento normativo encontra respaldo no regimento Interno da Câmara dos Deputados (aprovado pela Resolução n. 17, de 1989, com modificações posteriores), e do Senado Federal (Resolução n. 93, de 1970, texto editado em conformidade com a resolução n. 18 de 1989, consolidado com as modificações posteriores.

(...) De qualquer modo, os dois diplomas fazem, então, referência a uma proposição, cuja tramitação legislativa se faz, apenas, nas duas Casas do Congresso nacional, dispensando-se a participação do Presidente da República.”⁴.

25. O PL n.º 191/2020, entretanto, pretende disciplinar competência exclusiva atribuída ao Congresso Nacional pelo artigo 49, XVI, por intermédio de Lei, instrumento normativo não previsto na Constituição, que expressamente definiu que tais competências serão concretizadas mediante Decreto Legislativo. É o que se deduz do Capítulo V, intitulado “Da Autorização do Congresso Nacional”, em especial do artigo 16, §§ 2º e 3º:

“Art. 16. A autorização do Congresso Nacional ocorrerá por meio de decreto legislativo, nos termos do inciso XVI do *caput* do art. 49 da Constituição.

§ 1º A autorização de que trata o *caput* permite ao Poder Executivo federal prosseguir no planejamento da atividade ou do empreendimento, conforme dispuser a legislação específica relativa às atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica, e não substitui:

I – as avaliações técnicas e os atos administrativos inerentes ao atendimento à legislação ambiental; e

II – os atos administrativos de competência do Poder Executivo federal relativos à seleção dos interessados e à autorização ou à concessão para a realização das atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica.

§ 2º Na hipótese de recursos minerais, a autorização do Congresso Nacional incluirá em ato único a pesquisa e a lavra relativas à mesma área.

§ 3º A autorização do Congresso Nacional para a realização da atividade principal incluirá a instalação da infraestrutura associada necessária.” (Grifou-se).

⁴AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *Comentários ao artigo 49*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1.095.



26. A definição sobre a forma e conteúdo da autorização do Congresso Nacional deve ser prevista em Decreto Legislativo. Consoante bem anotou a Deputada Federal Joênia Wapichana no ofício n.º 005/2020: “Não cabe a uma lei, que inclui o Presidente da República na fase de sanção e, no caso específico, na própria autoria, imiscuir-se em conteúdo do Regimento Comum e do regimento interno de cada uma das Casas do Congresso Nacional. Não é lei que detalha a análise pelo Legislativo dos tratados internacionais, não é lei que detalha a sustação de atos normativos que exorbitam o poder regulamentar, entre outros exemplos derivados do art. 49 da Constituição que podem ser citados.”⁵.

27. Por isso, o PL incide em inconstitucionalidade formal e afronta os artigos 49, XVI, 59, XI e 60, § 4º, III, da CRFB, visto que visa definir competências exclusivas do Congresso Nacional, exercidas por intermédio de Decreto Legislativo, o que viola a separação dos poderes, cláusula intangível da federação e sustentáculo do Estado Democrático de Direito.

IV.3 – O PL RETIRA A COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONGRESSO NACIONAL PARA AUTORIZAR, EM TERRAS INDÍGENAS, ATIVIDADES DE PESQUISA E LAVRA DE RECURSOS MINERAIS E DE APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS:

28. O artigo 37, *caput* e parágrafos do PL n.º 191/2020, estabelece que:

“Art. 37. As atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica que tenham sido regularmente outorgadas anteriormente à homologação do processo de demarcação da terra indígena **deverão ser autorizadas pelo Congresso Nacional no prazo de quatro anos**, contado do ato de homologação do processo de demarcação e ouvidas as comunidades indígenas afetadas.

§ 1º Na hipótese de que trata o *caput*, fica dispensada a elaboração do estudo técnico prévio.

§ 2º A oitiva das comunidades indígenas afetadas realizada no curso do processo de demarcação da terra indígena **dispensa o procedimento previsto no Capítulo IV**, desde que tenham sido consideradas as outorgas para a realização das atividades de que trata o *caput* eventualmente existentes na área.

⁵ Ofício n.º 005/2020. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/pedido_de_devolucao_-_pl_191_20.pdf.



§ 3º Enquanto aguardam a deliberação do Congresso Nacional a respeito do pedido de autorização, as atividades de que trata o *caput* poderão ser conduzidas em caráter provisório, exceto se houver determinação do Presidente da República em sentido contrário.

§ 4º As atividades serão encerradas sem prejuízo do cumprimento das obrigações legais pelo empreendedor, inclusive quanto à recuperação ambiental da área e o descomissionamento das instalações, na hipótese de o Congresso Nacional indeferir o pedido de autorização.

§ 5º O encerramento das atividades não ensejará indenização do Poder Público ao empreendedor, exceto no que se refere às benfeitorias realizadas de boa fé anteriormente à homologação do processo de demarcação da terra indígena.

§ 6º As atividades de que trata esta Lei serão consideradas autorizadas na hipótese de o Congresso Nacional não se manifestar sobre o pedido de autorização no prazo previsto no *caput*.” (Grifou-se).

29. Em uma análise primeira, constata-se que o *caput* do artigo autoriza que “As atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica” **possam acontecer em todas terras as indígenas que ainda não estejam homologadas**, independentemente da autorização do Congresso Nacional.

30. A Constituição, entretanto, não tergiversou sobre o estágio do processo de demarcação das terras indígenas para a necessária autorização do Congresso e a oitiva das comunidades afetadas. Tampouco criou regimes jurídicos diferentes entre terras indígenas homologadas ou não homologadas. Muito pelo contrário. O artigo 231, § 3º, é cristalino ao afirmar que “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais **em terras indígenas** só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional”, a expressar que todas as terras indígenas estão abrangidas pelo dispositivo.

31. A iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é pacífica em reafirmar que os direitos dos indígenas sobre suas terras independem de demarcação: “7) O reconhecimento do direito à posse permanente dos silvícolas independe da conclusão do procedimento administrativo de demarcação na

medida em que a tutela dos índios decorre, desde sempre, diretamente do texto constitucional.”⁶.

32. Recentemente, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, o STF novamente enfrentou a questão e considerou inconstitucional, por violação ao artigo 231, da CRFB, a exigência de terras indígenas demarcadas para a aplicação da Lei n.º 12.651/2012 (Código Florestal):

“Por outro lado, a exigência de demarcação de terras indígenas e da titulação das áreas de povos e comunidades tradicionais, como pressuposto para a aplicação do aludido regime especial, viola o art. 231 da CF e o art. 68 da ADCT. **A demarcação e a titulação de territórios têm caráter meramente declaratório e não constitutivo, pelo que o reconhecimento dos direitos respectivos, inclusive a aplicação de regimes ambientais diferenciados, não pode depender de formalidades que nem a própria Constituição determinou**, sob pena de violação da isonomia e da razoabilidade; Conclusão: Declaração de inconstitucionalidade das expressões demarcadas e tituladas, do art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 12.651/2012;”⁷ (Grifou-se).

33. Certo é que o Poder Executivo não tem competência para autorizar, provisoriamente, atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica em terras indígenas, antes da autorização do Congresso Nacional e da oitiva das comunidades afetadas. A autorização e a oitiva *a posteriori* seriam totalmente inócuas, tendo em vista que atividades altamente impactantes já seriam fato consumado e o exercício da competência exclusiva do Congresso Nacional restaria absolutamente tolhido.

34. Não bastasse tudo isso, o artigo 37, *caput*, ainda fixa prazo de 4 anos, após a homologação da Terra Indígena (TI), para o Congresso Nacional autorizar as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica. Finalmente, o § 6º do artigo 37, cria uma “autorização tácita” do Congresso Nacional para todas as atividades previstas no PL n.º 191/2020, se o Congresso Nacional não as autorizar em um prazo de 4 anos. Dito de outro modo, o Congresso terá prazo de 4 anos para exercer sua competência exclusiva,

⁶ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ACO n.º 312/BA. Relator para Acórdão: Ministro Luiz Fux. DJe: 21.03.2013.

⁷ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC n.º 42. Relator: Ministro Luiz Fux. DJE: 13.08.2019.



prevista nos artigos 49, XVI e 231, § 3º da CRFB e, caso não o faça, a atividade estará, automaticamente, autorizada.

35. Ora, a Constituição não fixou prazo para o exercício das competências exclusivas do Congresso Nacional, tampouco se pode admitir uma “licença tácita por decurso de prazo”, onde a Constituição taxativamente exige manifestação prévia e expressa, repita-se: “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas **só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional**, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.” (artigo 231, § 6º).

36. Além disso, o artigo 37, *caput* e §§ 2º, 3º, 4º e 6º do PL n.º 191/2020, cria desequilíbrio entre os Poderes, ao conferir, ao Poder Executivo, a prerrogativa de deliberar sobre o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, sem a autorização do Congresso Nacional. Na verdade, o artigo, por via oblíqua, permite delegação de competência exclusiva do Congresso Nacional ao Poder Executivo, o que é vedado pelo artigo 68, § 1º, da CRFB.

37. Importante deixar bem vincado, que a inexistência de deliberação do Congresso Nacional, em todos os âmbitos de sua competência, é tida como ausência de prioridade ou recusa, jamais como autorização tácita ou ficta. Vide o que acontece com as medidas provisórias quando não são apreciadas no prazo constitucional. Deveras, não se pode admitir fixação de prazo ou deliberação e aprovação ficta para o exercício de quaisquer das competências exclusivas previstas no artigo 49 da CRFB, sob pena de subversão da modelagem de freios e contrapesos delineada pelo texto constitucional. Trata-se de competência indeclinável do Poder Legislativo, que decorre, fundamentalmente, dos princípios da reserva de competência do Congresso Nacional e da separação dos poderes, este último, cláusula pétrea a compor a moldura dos direitos que sequer podem ser reformados por emenda constitucional.



38. O artigo 37, além de manifestamente inconstitucional deverá sofrer reprimendas do Poder Judiciário. Nas palavras do eminente jurista Clèmerson Merlin :
Clève:

“(…) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes.”⁸

39. Por tudo isso, o artigo 37, *caput*, e parágrafos, transmuda com indisfarçável desfaçatez o texto da Constituição, o que sequer seria autorizado por emenda constitucional, visto que esbarra na cláusula pétrea da separação dos poderes. Portanto, é de se concluir que os dispositivos quebrantam de forma direta os artigos 49, XVI, 60, § 4º, III, 68, § 1º e 231, § 3º da CRFB.

IV.4 – O PL DISPENSA A AUTORIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL PARA ATIVIDADES DE PESQUISA MINERAL:

40. Revela notar que o artigo 17 do PL n.º 191/2020 inclui verdadeira alteração do texto constitucional, ao dispor que “**Não é exigida a autorização do Congresso Nacional** para a realização do estudo técnico prévio.”. Ora, os artigos 49, XVI e 231, § 3º, da CRFB não deixam dúvidas sobre a necessidade de autorização do Congresso nacional para **a pesquisa** de riquezas minerais.

41. O “estudo técnico prévio” nada mais é do que a pesquisa que antecede a fase de lavra das riquezas minerais. Sequer é possível interpretar o dispositivo como mera fase de estudos teóricos, já que o artigo 5º, *caput* e § 1º, II, prevê que “O órgão ou entidade responsável pela realização do estudo técnico prévio solicitará à Funai a interlocução com as comunidades indígenas afetadas” para “**viabilizar o ingresso nas terras indígenas para a realização do estudo técnico prévio.**”.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178/180.



42. As atividades descritas no artigo 6º são atividades de pesquisa, pois demandam:

“Art. 6º O estudo técnico prévio observará:

I - para a atividade minerária, o **levantamento geológico**, com a integração de dados geológicos e geofísicos disponíveis;

II - para a exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos, a integração de dados geológicos e geofísicos disponíveis com a **identificação dos potenciais das bacias sedimentares de interesse;**” (Grifou-se).

43. Destarte, o PL, neste ponto, também incide em inconstitucionalidade formal e frontal aos artigos 49, XVI, 60, § 4º, III e 231§ 3º, da CRFB, uma vez que admite a realização de pesquisa mineral sem a necessária autorização do Congresso Nacional.

IV.5 – PREVISÃO DE DECRETO E REGULAMENTO EM MATÉRIAS QUE A CONSTITUIÇÃO EXIGE LEI FORMAL:

44. O artigo 176, § 1º, c/c o artigo 231, § 3º, da CRFB prescreve que **a lei** estabelecerá as condições específicas para a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

45. Contudo, contrariando expressa disposição constitucional, questões fundamentais sobre essa participação são remetidas para regulamento (Decreto), tais como: o estudo técnico prévio que avaliará o potencial da terra indígena para a realização das atividades (artigo 4º); o procedimento de interlocução com as comunidades indígenas afetadas e suas formas próprias de representações, seus usos, costumes e tradições (artigo 4, § 2º); o estabelecimento de prazos e condições para a Funai definir e estabelecer a “interlocução” entre os indígenas e as empresas interessadas (artigo 5º, § 2º); o estabelecimento, pelo Poder Executivo, das “áreas adequadas” para a pesquisa e lavra de minérios (artigo 9º); a deliberação e definição da periodicidade e a forma de pagamento da “participação das comunidades indígenas afetadas” nos resultados (artigo 18, §1º); A distribuição da participação nos resultados quando a atividade atingir mais de uma terra indígena (artigo 18, §2º); assim como a “repartição dos recursos financeiros entre as comunidades afetadas” (artigo 18, § 3º); A definição das “associações que legitimamente representam as comunidades indígenas afetadas” e os critérios que deverão atender



(artigo 23, I); a destinação de recursos referentes ao pagamento da indenização e da participação nos resultados às comunidades indígenas atingidas diretamente pelo empreendimento e que ocupam outras terras indígenas, identificadas pela Funai (artigo 23, II); a forma como os conselhos curadores atestarão a regularidade dos depósitos (artigo 23, VI).

46. Também ficariam para regulamentação posterior os “cálculos de valores para depósito como pagamento pela participação das comunidades afetadas nos resultados econômicos” (artigo 20); a definição de competências adicionais para os “conselhos curadores” dos empreendimentos econômicos (artigo 21, IX); a “periodicidade e a forma de pagamento” da participação nos resultados e da indenização pela restrição do usufruto (artigo 27, parágrafo único); o pagamento às comunidades afetadas de indenização pela “restrição de usufruto de Terras Indígenas” (artigo 28), além da “forma de cálculo da indenização” devida às comunidades afetadas e a avaliação sobre “o grau de restrição do usufruto sobre a área da terra indígena ocupada pelo empreendimento” (artigo 29).

47. Ao Executivo caberia regulamentar, ainda, a forma de outorga de permissão de lavra garimpeira em terras indígenas e a forma como as comunidades afetadas darão o seu “consentimento” à concessão de lavra garimpeira em suas terras (artigo 33); a forma como as comunidades indígenas afetadas manifestarão seu interesse em realizar a garimpagem diretamente ou em parceria com terceiros (artigo 33, § 3º).

48. A Agência Nacional de Mineração (ANM) “poderá”, ainda, estabelecer, por resolução, a exigência de comprovação de capacidade técnica e econômica dos requerentes de lavra garimpeira (artigo 33, § 7º). Finalmente, o artigo 39, parágrafo único, prevê a regulamentação sobre a forma como “o vencedor de processo licitatório” para exploração de Terras Indígenas irá “ressarcir os custos de realização de estudos prévios e da oitiva às comunidades afetadas”.

49. O STF já assentou a inconstitucionalidade formal da norma que delega a Decreto competência indelegável, exercitável mediante Lei:

“A outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributária só podem ser deferidas mediante lei específica, **sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente,**



sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa. Precedente: ADIn 1.296-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO.”⁹ (Grifou-se).

50. Diante de todo o exposto, é de se concluir que, quando a Constituição determina que “A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o ‘caput’ deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, **na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas**” (artigo 176, § 1º, da CRFB), as “condições específicas” não poderão ser delegadas a Decreto.

51. Por isso, todas as hipóteses de regulamentação via Decreto, contida nos artigos: 4º, *caput* e § 2º; 5º, § 2º; 18, §§ 1º, 2º e 3º; 19, §§ 1º e 2º; 20, *caput*; 21, IX; 23, I, II e VI; 27, parágrafo único; 28, *caput*; 29, *caput*; e 33, *caput* e §§ 3º e 7º; e 39, parágrafo único, ofendem diretamente o artigo 176, § 1º e 231, § 3º. Maculam, também, o artigo 60, § 4º, III da CRFB, visto que subtraem a possibilidade de manifestação do Congresso Nacional, a tolher suas prerrogativas institucionais, o que caracteriza burla à formatação constitucional da separação dos Poderes.

V – INCONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS:

52. Para iniciar a análise das inconstitucionalidades materiais do PL n.º 191/2020, imperioso compreender a natureza jurídica dos direitos indígenas na Constituição da República Federativa de 1988. De acordo com o *Relatório da Assembleia Nacional Constituinte* “**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**

⁹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 1.247 MC/PA. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 08.09.1995.



para os índios ela significa a própria vida, estipulou-se que eles têm o direito à sua posse permanente, e procurou-se garantir a sua demarcação definitiva (...).”¹⁰

53. A vontade soberana do constituinte originário fez nascer o artigo 231 da Constituição da República de 1988, que representa verdadeiro estatuto jurídico sobre os direitos dos indígenas. Nele, **o direito às terras indígenas constitui o elemento central de proteção constitucional**. Segundo o *caput* do referido dispositivo, “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.”

54. 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 de limite mínimo de garantia, proteção e defesa da dignidade humana e do resguardo à própria sobrevivência física e cultural dos indígenas.

55. Conforme lição do saudoso Ministro do STF Menezes Direito, a clara orientação advinda da Constituição Federal pontifica que **“não há índio sem terra”**¹¹, de modo que eliminar o direito dos indígenas às suas terras significa colocar em **grave risco a sua sobrevivência física e cultura**. Trata-se, na essência, de **direito fundamental diretamente vinculado à máxima garantia constitucional do direito à vida**, insculpido no artigo 5º, *caput*, da Carta Constitucional. A imprescindibilidade das terras indígenas para a sobrevivência física e cultural dos indígenas já foi objeto de reconhecimento expreso pelo STF:

“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

¹⁰ Relatório da Assembleia Nacional Constituinte VII – Comissão da Ordem Social – VII Subcomissão de negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias – Relatório – volume 196.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição n.º 3.388/RR. Trecho do voto-vista: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJe 01.07.2010.



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).¹² (Grifou-se).

56. Não é por outra razão que a Constituição da República Federativa do Brasil expressamente classificou o direito fundamental dos indígenas às suas terras tradicionais como sendo um **direito originário**, anterior à própria existência do Estado. O § 1º do artigo 231 da Constituição define: “São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

57. O mencionado artigo 231 e seu § 1º expressam, ainda, notável redirecionamento da política indigenista brasileira, pois, ao reconhecer organização social”, costumes, línguas, crenças, bem como “usos, costumes e tradições”, rompe categoricamente com as diretrizes assimilacionistas e integracionistas até então vigentes. Com isso, a Constituição interdita a integração do indígena à sociedade nacional “não-indígena”, por meio da assimilação forçada ou “natural”, o que importava, na verdade, em desnaturação de sua cultura e de suas identidades específicas, a fim de compor, de forma hegemônica e homogênea, o Estado-Nação. Nas letras de Jurandyr Carvalho Ferrari Leite, antes da Constituição de 1988, “**a prática indigenista estava fundamentalmente voltada para a incorporação do índio à sociedade nacional. Projetada dentro do paradigma evolucionista e de uma política civilizatória, tinha por objetivo transformar o índio em trabalhador nacional (não-índio).**”¹³ (Grifou-se).

¹² Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n.º 183.188/MS. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 14.02.1997.

¹³ LEITE, Jurandyr Carvalho Ferrari. *A identificação de Terras Indígenas*. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.). “Demarcando Terras Indígenas: experiências e desafios de um projeto de parceria”. Brasília: FUNAI; PPTAL; GTZ, 1999. p. 104.



58. Avançando nos domínios cognitivos da Carta da República de 1988, no § 2º do artigo 231 está posto que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua *posse permanente*, cabendo-lhes o *usufruto exclusivo* das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”.

59. Tamanha é a relevância desse direito que o § 4º do artigo 231 tratou de prevê-las como “**inalienáveis e indisponíveis**, e os direitos sobre elas, **imprescritíveis**.” Por sua vez, o § 5º ainda determinou a **impossibilidade de remoção dos povos indígenas de suas terras**, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas e temporárias, após as quais é garantido o *direito de seu imediato retorno*.

60. Convém observar, ainda, que a proteção constitucional ao direito territorial indígena também estabeleceu serem “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” (§ 6º do artigo 231).

61. O artigo 231 e parágrafos constituem normas de insofismável densidade normativa, que veicula direitos individuais fundamentais dos indígenas, consoante bem realçou o eminente Ministro do STF Luís 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**7.

(…)

Com efeito, tais direitos são incluídos na Constituição justamente para que as maiorias de ocasião não tenham poder de disposição sobre eles. Para utilizar o termo que se tornou clássico, os direitos fundamentais são ‘trunfos’ contra a maioria, contra a prevalência incondicionada das metas coletivas sobre as posições subjetivas dotadas de proteção especial. O ponto é particularmente relevante quando a tutela se volta a grupos minoritários e/ou historicamente marginalizados, os quais, como regra, não dispõem de meios para participar em condições adequadas do debate



político. É esse o caso dos índios, no Brasil e em diversas outras partes do mundo¹².”¹⁴ (Grifou-se).

62. Dessa forma, é inquestionável que o artigo 231 da Constituição exige interpretação que não reduza ou debilite a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais, pois “levada a sério, à norma constitucional – **não pode ser atribuída exegese que lhe retire toda e qualquer densidade normativa**. Em absoluto merece endosso, *data venia*, interpretação atribuidora de sentido e eficácia que impliquem a própria inexistência do texto interpretado: **impacto jurídico indistinguível de uma ordem jurídica carente de preceito**”¹⁵.

63. Do exposto, conclui-se que o “Capítulo VIII – Dos Índios”, revela o núcleo central dos direitos indígenas, ao qual estão vinculados todos os seus demais direitos, inclusive o direito à vida e sobrevivência física e cultural.

64. Todos esses povos e sua riquíssima contribuição ao patrimônio cultural, ambiental e à sociobiodiversidade brasileira encontram-se ameaçados pelo PL n.º 191/2020. Por isso, feitas essas considerações de base sobre os direitos indígenas na Constituição, analisa-se, doravante, as principais inconstitucionalidades materiais da proposição.

V.1 – REDUÇÃO DO CONCEITO DE “TERRA INDÍGENA” - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 176, § 1º E 231, CAPUT E §§ 3º E 6º, DA CRFB:

65. O artigo 1º, § 1º, I e II do PL n.º 191/2020, define que a Lei não se aplica “às terras de domínio das comunidades indígenas, que serão regidas pela legislação civil e pela legislação específica relativa às atividades de que trata esta Lei” e “às áreas em processo de demarcação de terras indígenas na data de publicação desta Lei, que serão regidas pela legislação específica relativa às atividades de que trata esta Lei, **sem prejuízo do disposto nos art. 8º e art. 37.**”

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. MS n.º 32.262 MC/DF. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24.09.2013,

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 3.239. Relatora para Acórdão: Ministra Rosa Weber. DJe: 01.02.2019.



66. Analisando o artigo 1º, § 1º, I c/c o artigo 2º do PL, infere-se que o PL excluiu as terras de domínio das comunidades indígenas do conceito de “terras indígenas” e mencionou, que pertencem a esta categoria apenas as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios de que trata o art. 231 da Constituição” (artigo 2º, I, a) e “as áreas reservadas da União, nos termos da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973” (artigo 2º, I, b). Por seu turno, o artigo 1º, § 1º, II do PL, afirma que a regulamentação não se aplica “às áreas em processo de demarcação de terras indígenas na data de publicação desta Lei, que serão regidas pela legislação específica relativa às atividades de que trata esta Lei”. Neste ponto, também considera as “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” apenas aquelas que possuem Decreto de Homologação do Presidente da República.

67. Com isso, o PL confunde a natureza jurídica da terra (tradicionalmente ocupada, reservada, de domínio indígena) com a fase do processo administrativo de demarcação. Ora, terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas são todas aquelas previstas no artigo 231, § 1º, ou seja, “as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. E isso independe da fase do processo administrativo de demarcação, que é meramente declaratório.

68. Mas, apesar de vincar que a Lei não se aplicaria às terras indígenas não homologadas, o artigo 36 do PL 191/2020 faz uma ressalva e **autoriza a concessão de títulos atributivos de direitos minerários em terras não homologadas:**

“Art. 36. São nulos de pleno direito e não produzirão efeitos jurídicos, os títulos atributivos de direitos minerários em terras indígenas que tenham sido outorgados após o ato de homologação do processo de demarcação da terra indígena e antes da publicação desta Lei.

§ 1º Deverão ser indeferidos os requerimentos de títulos atributivos de direitos minerários em terras indígenas protocolizados após o ato de homologação do processo de demarcação da terra indígena e antes da publicação desta Lei.”

69. Já o artigo 37 determina que “As atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica que tenham sido regularmente outorgadas anteriormente à homologação do processo de demarcação da Terra Indígena deverão ser autorizadas pelo



Congresso Nacional no prazo de quatro anos, contado do ato de homologação do processo de demarcação e ouvidas as comunidades indígenas afetadas”. Em seguida, o § 3º do artigo 37, libera todas as terras indígenas que não estejam homologadas para a pesquisa e lavra mineral, bem como aproveitamento hidráulico em caráter provisório:

“Art. 37. As atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais e hidrocarbonetos e de aproveitamento de recursos hídricos para geração de energia elétrica que tenham sido regularmente outorgadas anteriormente à homologação do processo de demarcação da terra indígena deverão ser autorizadas pelo Congresso Nacional no prazo de quatro anos, contado do ato de homologação do processo de demarcação e ouvidas as comunidades indígenas afetadas.

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, fica dispensada a elaboração do estudo técnico prévio.

§ 2º A oitiva das comunidades indígenas afetadas realizada no curso do processo de demarcação da terra indígena dispensa o procedimento previsto no Capítulo IV, desde que tenham sido consideradas as outorgas para a realização das atividades de que trata o caput eventualmente existentes na área.

§ 3º **Enquanto aguardam a deliberação do Congresso Nacional a respeito do pedido de autorização, as atividades de que trata o caput poderão ser conduzidas em caráter provisório, exceto se houver determinação do Presidente da República em sentido contrário.**

§ 4º As atividades serão encerradas sem prejuízo do cumprimento das obrigações legais pelo empreendedor, inclusive quanto à recuperação ambiental da área e o descomissionamento das instalações, na hipótese de o Congresso Nacional indeferir o pedido de autorização.

§ 5º O encerramento das atividades não ensejará indenização do Poder Público ao empreendedor, exceto no que se refere às benfeitorias realizadas de boa fé anteriormente à homologação do processo - de demarcação da terra indígena.

§ 6º As atividades de que trata esta Lei serão consideradas autorizadas na hipótese de o Congresso Nacional não se manifestar sobre o pedido de autorização no prazo previsto no caput.” (Grifou-se).

70. O PL chega ao absurdo de autorizar atividades provisórias de exploração mineral em terras não homologadas, sendo que a oitiva do Congresso Nacional só ocorrerá depois da homologação. Se o Congresso não autorizar a exploração o § 4º, do artigo 37 prevê que **“As atividades serão encerradas sem prejuízo do cumprimento das obrigações legais pelo empreendedor, inclusive quanto à recuperação ambiental da área** e o descomissionamento das instalações, na hipótese de o Congresso Nacional indeferir o pedido de autorização”.

71. Os artigos citados ofendem o disposto no artigo 231, § 6º, primeira parte, que expressamente ordena: “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”.



72. De acordo com dados disponíveis na página da FUNAI¹⁶, existem hoje 116 TIs em estudo, 43 delimitadas, 75 declaradas e 6 portarias de interdição para TIs com a presença de indígenas isolados. Ou seja, a liberação “provisória”, prevista no artigo 36, § 1º e 37, § 3º, deixariam fora das regras previstas nos artigos 176, § 1º e 231, § 3º, ou seja, da regulamentação específica, cerca de 240 (duzentas e quarenta) Terras Indígenas.

73. O PL n.º 191/2020, ao argumento de não aplicação de suas regras às terras indígenas que não estejam homologadas, libera a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica nestas terras. Autoriza, inclusive, que as atividades possam ocorrer sem a autorização do Congresso Nacional, oitiva das comunidades afetadas e participação nos resultados da lavra. Ou seja, a regulamentação, “na forma da Lei” dirige-se apenas às terras indígenas homologadas e reservadas. Enquanto a homologação não se perfectibiliza, as atividades poderão acontecer “em caráter provisório” e sem qualquer regulamentação, o que afronta os artigos 176, § 1º e 231, § 3º, que prevê a necessidade de regulamentação para todas as terras indígenas e não apenas para aqueles que estejam homologadas.

74. Demais disso, o artigo viola o artigo 231 *caput* e § 1º, já que a possibilidade de exploração mineral e hidráulica passa a ter precedência sobre os direitos originários dos indígenas e poderá desfigurar o próprio conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. Depois de devastadas pela exploração mineral e hidráulica, tais terras ainda poderão ser habitadas em caráter permanente, utilizadas para as atividades produtivas, preservar os recursos ambientais necessários ao bem-estar e as necessárias a reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições dos indígenas? Essa é uma pergunta que a “autorização provisória” não busca aferir ou responder.

75. Como será garantida a “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” dos indígenas se o próprio conceito constitucional de terras indígenas não estiver assegurado?

¹⁶ BRASIL. Modalidades de Terras Indígenas. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>.



O PL viabiliza fatos consumados nessas terras. Por via de consequência os atributos constitucionais que definem uma terra indígena estarão ameaçados. A perda destes atributos, entretanto, sujeita os indígenas a erosão de suas identidades étnicas e a processos de assimilação cultural forçada. Repise-se que, nas palavras do Ministro Menezes Direito “não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição.”¹⁷

76. Cobra relevo destacar, que o STF já firmou posicionamento¹⁸ segundo o qual os direitos dos indígenas sobre suas terras independem de demarcação. De acordo com o magistério de José Afonso da Silva, “não é da demarcação que decorre qualquer dos direitos indígenas. A demarcação não é título de posse nem de ocupação das terras. Como mencionamos há pouco, **os direitos dos índios sobre essas terras independem de demarcação**. Esta é constitucionalmente exigida no interesse dos índios. É uma atividade da União, não em prejuízo dos índios, mas para proteger os seus direitos e interesses. Está dito: competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus direitos (art. 231).”¹⁹.

77. Ressai dessa compreensão o fato igualmente pacífico na doutrina e jurisprudência de que o ato final que decide o processo de demarcação de terras indígenas possui **natureza de ato administrativo declaratório**. *Não é, portanto, ato constitutivo*, isto é, ato que constitui um direito em favor da comunidade ou povo indígena, mas, sim, ato que **declara um direito pré-existente**. Em suma, “presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam, aqueles estabelecidos no § 1º), o direito a ela por parte da sociedade indígena que a ocupa existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo.”²⁰.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição n.º 3.388/RR. Trecho do voto-vista: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. DJe 01.07.2010.

¹⁸ Nesse sentido, vide: Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ACO n.º 312/BA. Relator para Acórdão: Ministro Luiz Fux. DJe: 21.03.2013 e Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC n.º 42. Relator: Ministro Luiz Fux. DJe: 13.08.2019.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 879.

²⁰ LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. *Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo*. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). “Os Direitos Indígenas e a Constituição”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 67.



78. 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.”²¹.

79. O PL chega ao absurdo de dispensar estudos prévios para que atividades altamente impactantes e que colocam em risco a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas possam acontecer (artigo 37, § 1º). Ora, as comunidades que vivem em terras que não estão demarcadas, são, não raro, as mais vulneráveis, justamente porque o usufruto exclusivo não está garantido. Os índios e suas comunidades não podem ser responsabilizados pela mora do estado em exercer sua competência constitucional (artigo 231, *caput*) de demarcar as terras indígenas e fazer proteger todos os seus bens.

80. A valer a dispensa de estudos e a possibilidade de autorização provisória, até mesmo terras indígenas com a presença de indígenas isolados poderão ser afetadas, já que muitas delas possuem apenas uma Portaria de Interdição de Área, sem a conclusão formal do processo de demarcação e o Decreto de homologação.

81. No notável julgamento do caso *Saramaka vs. Suriname*, Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), reconheceu que houve violação ao direito de propriedade dos Saramaka, previsto no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²², em razão de concessões minerárias auríferas sem, entre outras

²¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. “O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito”. 2. tir. Curitiba: Juruá, 1999, p. 130.

²² A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, foi ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n.º 678/1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.



coisas, a consulta ao povo Saramaka e a garantia de participação de seus membros aos benefícios econômicos:

“156. A Corte reconhece que, até a presente data, não foram realizadas operações de mineração de grande escala dentro do território tradicional Saramaka. Entretanto, o Estado não cumpriu as três garantias mencionadas anteriormente quando emitiu concessões de mineração aurífera de pequena escala dentro do território Saramaka.¹⁶⁹ Isto é, **essas concessões foram outorgadas sem realizar ou supervisionar estudos prévios de impacto ambiental e social, sem consultar o povo Saramaka de acordo com suas tradições, e sem garantir a seus membros uma participação razoável nos benefícios. Deste modo, o Estado violou o direito dos integrantes do povo Saramaka à propriedade conforme o artigo 21 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 deste instrumento.**”²³ (Grifou-se).

82. Além disso, no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, a Corte decidiu, por unanimidade, “que o Estado deverá delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni e **se abster de realizar, até que seja realizada essa delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni**, conforme o exposto nos parágrafos 153 e 164 da presente Sentença.”²⁴.

83. Os precedentes demonstram que ausente demarcação, homologação ou registro de terras indígenas, a postura do Estado deve ser de cautela e não de vilipêndio aos direitos dos indígenas e liberação irrestrita de atividades impactantes. O PL, todavia, passa um “cheque em branco” para a realização de “atividades provisórias” nessas terras.

84. Demais do já exposto, o § 5º do artigo 37 cria despesa para a União, dispondo que as atividades provisórias, se encerradas devido a não autorização do

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka vs. Suriname. Sentença, p. 291. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/2-direitos-dos-povos-indigenas.pdf>>.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. p. 64. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/2-direitos-dos-povos-indigenas.pdf>>.



Congresso Nacional, ensejam o pagamento das benfeitorias “realizadas de boa-fé anteriormente à homologação do processo de demarcação da terra indígena.”. Cumpre acentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o marco da boa-fé é a publicação do Relatório de Identificação e Delimitação da Terra Indígena – e não o Decreto de sua homologação –, data a partir da qual o fato de a área ser terra indígena, ganha todas as tintas de fato público e notório:

“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.”²⁵ (Grifou-se).

85. Por todas essas razões, os artigos 1º, § 1º, I e II, bem como o artigo 37, §§ 1º ao 5º, desprotegem Terras Indígenas não homologadas e afrontam as prescrições dos artigos 176, § 1º e 231, § 3º, da CRFB, que utilizaram apenas a expressão “terras indígenas”, a denotar que a garantia se aplica a todas elas, independentemente de sua natureza jurídica ou da fase em que se encontra o processo de demarcação. Afrontam, à derradeira, o artigo 231, § 6º, visto que permitem atos que terão como objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras indígenas não homologadas, as quais também estão protegidas pelo comando constitucional.

V.2 – INEXISTÊNCIA DE CAUTELAS QUE GARANTAM A SOBREVIVÊNCIA FÍSICA E CULTURAL DOS INDÍGENAS:

86. As terras indígenas são a base material onde os indígenas vivenciam sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Nelas, exercem suas atividades produtivas e encontram os recursos ambientais necessários para o seu bem-estar. Não se pode olvidar que as atividades passíveis de regulamentação inevitavelmente afetarão a vida e os recursos naturais necessários à sobrevivência física e cultural dos indígenas. A Constituição não descurou de tão elevadas garantias e determinou que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais em terras

²⁵ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Petição n.º 3.388/RR. Trecho do voto do Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe 01.07.2010.



indígenas serão realizadas “na forma da lei”, que estabelecerá “condições específicas” para essas atividades. Sobre o tema, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, bem anotou que:

“Esta questão resulta mais clara quando se analisa o § 3º do artigo em comento [231], que trata da exploração dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais. Nestes casos, nos quais os índios não podem fazer com seus próprios recursos e esforços, é necessária uma autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, que devem participar do resultado da lavra. Há que se ponderar que esta autorização somente é possível quando não viola o *caput* do artigo nem os demais parágrafos. **Não é possível, e seria inconstitucional, uma lei regulamentar a possibilidade de violar os direitos sobre as terras ou sobre a posse permanente, ou sobre o usufruto exclusivo, ou o que quiçá seja ainda mais grave, a organização social e cultural indígena. Portanto, o limite da exploração hídrica ou minerária é a preservação dos direitos indígenas à terra, à sociedade e à cultura.**”²⁶. (Grifou-se).

87. O PL, porém, não explica como se darão essas “condições específicas”, tampouco se preocupa em definir estudos e medidas que explicitem como as atividades serão compatibilizadas com a posse permanente e o usufruto exclusivo do solo, rios e lagos existentes nas terras indígenas. O artigo 2º, VI, do PL n.º 191/2019, prevê, apenas, a realização de “mapeamento técnico indigenista”, que consiste em simples levantamento para identificação de possíveis comunidades indígenas isoladas e de comunidades indígenas afetadas que ocupem a terra indígena. Esses estudos, têm como objetivo único “avaliar o potencial da terra indígena para a realização das atividades de que trata esta Lei”.

88. As atividades de pesquisa e lavra de riquezas minerais, bem como exploração e aproveitamento de recursos hídricos em Terras Indígenas prescindem da autorização do Congresso Nacional. Ela é necessária justamente para garantir proteção adicional aos direitos fundamentais dos indígenas. O Congresso Nacional não estará suficientemente orientado na tomada de decisões se “estudos técnicos prévios” não definirem como se garantirão os direitos dos indígenas, notadamente a possibilidade de compatibilizar a sobrevivência física e cultural dos indígenas com as atividades de exploração de recursos minerais e hidráulicos..

²⁶SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Rodrigo. Comentários ao artigo 60. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1.223.



89. Essa perspectiva está alinhada com o artigo 7º, item 3, da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁷, que dispõe:

“Artigo 7º

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

(...)

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. **Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.”**

90. Esses estudos, conformam as “medidas especiais”, que deverão salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos indígenas, a teor do disposto no artigo 4º, item 1, da Convenção n.º 169 da OIT. Vale lembrar, que o sobredito tratado internacional versa sobre direitos humanos, sendo, portanto, norma supralegal, a teor da tese exarada por esse egrégio Supremo Tribunal Federal no célebre julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP. Isso quer dizer que, ao ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, são hierarquicamente inferiores a Constituição, mas estão acima das Leis ordinárias e complementares, que devem guardar congruência com suas disposições, sob pena de inconveniência das mesmas.

91. No caso *Saramaka vs. Suriname*, a Corte IDH estabeleceu “garantias contra restrições ao direito à propriedade que neguem a subsistência do povo Saramaka”, entre elas a de não outorga de “nenhuma concessão dentro do território Saramaka a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental. Por meio destas salvaguardas se procura preservar, proteger e garantir a relação especial que os membros do povo

²⁷ Norma supralegal - ratificada



Saramaka têm com seu território que, por sua vez, garante sua subsistência como povo tribal”:

“Neste caso em particular, as restrições em questão correspondem à emissão das concessões para exploração madeireira e mineração de recursos naturais presentes dentro do território Saramaka. Por isso, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção, a fim de garantir que as restrições impostas aos Saramakas em relação ao direito à propriedade por meio da emissão de concessões dentro de seu território não impliquem na negação de sua subsistência como povo tribal, o Estado deve cumprir as seguintes três garantias: primeiro, o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros do povo Saramaka, de acordo com seus costumes e tradições, em relação a todo projeto de desenvolvimento, investimento, exploração ou extração (doravante denominado “projeto de desenvolvimento ou de investimento”) que seja realizado dentro do território Saramaka. Segundo, o Estado deve garantir que os membros do povo Saramaka se beneficiem razoavelmente do projeto realizado dentro de seu território. **Terceiro, o Estado deve garantir que não outorgará nenhuma concessão dentro do território Saramaka a menos e até que entidades independentes e tecnicamente capazes, sob a supervisão do Estado, realizem um estudo prévio de impacto social e ambiental. Por meio destas salvaguardas se procura preservar, proteger e garantir a relação especial que os membros do povo Saramaka têm com seu território que, por sua vez, garante sua subsistência como povo tribal.**”²⁸ (Grifou-se).

92. Os indígenas subsistem da terra, sendo ela que possibilita a manutenção da organização social, bem como a manutenção e reprodução de suas culturas. A inexistência de estudos que evidenciem como empreendimentos altamente impactantes repercutirão na vida dos povos indígenas e que possam nortear a autorização do Congresso Nacional, afronta o Princípio da Proporcionalidade, que opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente como vedação à proteção deficiente. Além disso, constitui nítido retrocesso social, esse princípio “não significa, por óbvio, que nenhum passo atrás possa ser dado na proteção de direitos. Todavia, a proibição de retrocesso veda que, diante de uma mesma situação de fato, sejam implementadas involuções desproporcionais na proteção de direitos ou que atinjam o seu núcleo essencial.”²⁹.

93. Pois bem. O PL reduzirá drasticamente o grau de proteção institucional aos direitos fundamentais dos povos indígenas, atingindo o núcleo essencial de seus

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka vs. Suriname. Sentença, p. 291. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/2-direitos-dos-povos-indigenas.pdf>>.

²⁹ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE n.º 646.721/RS. Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Dje: 11.09.2017.



direitos fundamentais à vida, organização social, usos e costumes, bem como o usufruto exclusivo de suas terras, previstos nos artigos 231, *caput* e § 2º, da Constituição. Por tudo isso, o PL afronta os princípios constitucionais, (i) da dignidade da pessoa humana, (ii) o da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e (iii) da vedação ao retrocesso. O PL também padece de inconveniência, ante a violação dos artigos 7º, 1 e 3, da Convenção n.º 169 da OIT. Destarte, patente a sua inconstitucionalidade e inconveniência.

V.3 – CONSTITUIÇÃO DE CONSELHO CURADOR – VIOLAÇÃO AOS USOS, COSTUMES E TRADIÇÕES – INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 231, *CAPUT* E § 1º:

94. O artigo 231, § 3º da CRFB garantiu às comunidades indígenas afetadas a participação nos resultados do aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas. Cabe a Lei, portanto, disciplinar a participação das **comunidades indígenas**. O PL n.º 191/2020, contudo, vai além, e institui, no artigo 21, “conselhos curadores”, entidades de natureza privada, que serão responsáveis “pela governança dos recursos financeiros relativos ao pagamento da participação nos resultados e da indenização pela restrição do usufruto”.

95. Em uma análise primeira, é de se anotar que os pagamentos previstos na Lei pertencem ao patrimônio das comunidades indígenas. A curadoria dos bens das comunidades afetadas, ao que parece, parte de uma premissa equivocada e que não foi recepcionada na Constituição, acerca da incapacidade indígena e da necessidade de tutela dos indígenas por parte do Estado.

96. O **regime da tutela, no entanto, cessou por completo** com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual, em seu artigo 232, garante que “**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”.

97. Sobre o tema, Robério Nunes dos Anjos Filho assevera que “esse quadro normativo-constitucional, dentre outras consequências jurídicas, implica na evidente **não recepção não só do modelo integracionista, mas também do sistema**



tutelar e de incapacidade até então vigente no plano infraconstitucional, que tinha raízes na tutela orfanológica e cessava com a integração do índio ou da comunidade indígena à comunhão nacional. Os grupos indígenas devem ser protegidos pelo Estado brasileiro enquanto minorias culturais, independentemente da maneira como interagem com a sociedade envolvente. **A Constituição de 1988**, especialmente pelo disposto no capítulo VIII do seu Título da Ordem Social, **rompeu com uma velha tradição do direito brasileiro, que adotava um tratamento de cunho integracionista para os indígenas.**³⁰

98. A atribuição de capacidade civil pressupõe, também, a capacidade processual, conforme expresso no artigo 70 do Código de Processo Civil (CPC), segundo o qual “toda pessoa que se acha no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. O CPC determina, ainda, que apenas o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador (artigo 71, do CPC).

99. Diante da capacidade civil e processual dos indígenas, não faz qualquer sentido que a gestão de seu patrimônio privado seja definido em Lei ou atribuído, pela Lei, a um “conselho curador”. Os recursos advindos da participação nos resultados da lavra, constituem propriedade das comunidades afetadas, que livremente devem deliberar sobre sua gestão e aplicação.

100. O artigo 232, ao reconhecer a capacidade processual dos “índios, suas comunidades e organizações”, estabeleceu um parâmetro capaz de determinar que são eles titulares de direitos e obrigações. A regulamentação de que trata os artigos 176, § 1º e 231, § 3º da Constituição deve garantir às comunidades indígenas o exercício destes direitos, em razão do princípio da igualdade perante a lei. O estabelecimento de “conselhos curadores” para a administração e gestão de bens, cuja titularidade pertence à comunidade indígena lhes subtrai a liberdade e autonomia na gestão de seu patrimônio privado.

³⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. “Breve Balanço dos Direitos das Comunidades Indígenas: alguns Avanços Obstáculos Desde Constituição de 1988”, p. 3/4. Disponível em: <http://www.fau.usp.br/cursos/graduacao/arq_urbanismo/disciplinas/aup0270/4dossie/aulas/6link-volker/3bib/direitos-indigenas.pdf>. Acesso em: 05.02.2016.



101. O artigo 23 do PL n.º 191/2020 atribui aos conselhos curadores, ainda, a competência para “definir as associações que legitimamente representam as comunidades indígenas afetadas, as quais atenderão aos critérios previstos em regulamento”. As formas de representação das comunidades indígenas, todavia, devem respeitar usos, costumes e tradições. Além disso, não se pode criar critérios em “regulamento” para associações civis, cujo estatuto jurídico já está devidamente disciplinado no Código Civil.

102. À vista disso, o artigo 16, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto n.º 678/1992, precisa que “Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos, ou de qualquer outra natureza” (artigo 16, item 1) e determina, no item 2, que “**O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei** que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.” (artigo 16, item 2).

103. O PL, ignorando a autonomia das comunidades na gestão de seus recursos, chega ao absurdo de definir o estatuto jurídico dos Conselhos Curadores, indicando como serão compostos, quantidade de membros, duração dos mandatos e até mesmo o quórum para a tomada de decisões:

“Art. 24. Cada conselho curador será composto de, no mínimo, três indígenas, assegurada a representação de cada povo indígena das comunidades indígenas afetadas, identificadas no mapeamento técnico indigenista ou no documento complementar elaborado pela Funai.

§ 1º Poderão ser indicados dois suplentes para cada membro do conselho curador.

§ 2º A substituição dos membros ocorrerá na forma prevista no regimento interno de cada conselho curador.

§ 3º A escolha dos membros dos conselhos curadores e dos respectivos suplentes respeitarão os costumes e os processos de tomadas de decisão de cada povo indígena, vedada qualquer interferência externa.

§ 4º Os membros dos conselhos curadores terão mandatos de dois anos, admitida a recondução.

§ 5º As decisões dos conselhos curadores serão tomadas por maioria simples dos membros.

§ 6º Além do voto ordinário, o presidente de cada conselho curador terá o voto de qualidade em caso de empate.”.



104. A definição em lei de um conselho curador, com regras pré-estabelecidas, retira dos indígenas o reconhecimento constitucional aos seus usos, costumes e tradições e cria uma nova modalidade de pessoa jurídica, que já nasce com a possibilidade de interferência estatal em seu funcionamento. Ora, a Constituição, nos artigos 231, § 3º e 231, reconheceu a comunidade e as organizações indígenas como dotadas de singularidade e personalidade própria.

105. Mas o PL, ao que transparece, pretende equiparar a gestão do patrimônio das comunidades indígenas às regras previstas no artigo 173, § 1º, da CRFB. Essas regras, entretanto, foram estabelecidas para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Apenas para estas entidades, a Constituição preestabeleceu a “constituição e o funcionamento dos conselhos de administração”, “mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”³¹.

106. A previsão de conselhos curadores, malfere, além do mais, a integridade das comunidades indígenas, o que, segundo o artigo 2º, item 1 e 2, da Convenção n.º 169 da OIT, é responsabilidade dos governos e deve incluir medidas que “promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições”.

“Artigo 2º

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

³¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.”.



2. Essa ação deverá incluir medidas:

- a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
- b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
- c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.”.

107. À luz do reconhecimento cogente do artigo 231 à “organização social” dos indígenas, conselhos curadores são instituições alienígenas. Cabe a qualquer regulamentação, respeitar o modo de organização e deliberação das comunidades afetadas, que “deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural” (artigo 7º, da Convenção n.º 169 da OIT).

108. Em conclusão, os artigos 21 a 27 do PL nº 191/2020, violam o artigo 231, *caput*, da Constituição, o artigo 231, § 3º, que assegura “às comunidades afetadas” a participação nos resultados da lavra, sendo inconvenientes por afronta aos artigos 16, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como 2º e 7º, da Convenção n.º 169 da OIT.

V.4 – PREVISÃO DE GARIMPO POR NÃO INDÍGENAS – IMPOSSIBILIDADE - ARTIGO 231, CAPUTE § 7º:

109. O artigo 33, §§ 3º, 4º e 5º, do PL n.º 191/2020, prevê a possibilidade de garimpo realizado por terceiros em terras indígenas:

“Art. 33. É admitida a outorga de permissão de lavra garimpeira em terras indígenas exclusivamente nas zonas de garimpagem previamente definidas pela ANM, desde que haja consentimento das comunidades indígenas afetadas, nos termos do disposto em regulamento e observadas as diretrizes estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia.

(...)



§ 3º A ANM concederá o prazo de cento e oitenta dias para que as comunidades indígenas afetadas manifestem interesse em realizar a garimpagem diretamente ou em parceria com não indígenas, nos termos do disposto em regulamento.

§ 4º Na hipótese de as comunidades indígenas afetadas não manifestarem interesse em realizar a lavra garimpeira na forma prevista no § 3º, deverão, na mesma oportunidade, manifestar-se sobre o consentimento ou não para a realização da lavra garimpeira por não indígenas, observado o prazo de que trata o § 3º.

§ 5º Na hipótese de existência do consentimento para a realização de lavra garimpeira por não indígenas, a ANM poderá colocar em disponibilidade as potenciais áreas para permissão de lavra garimpeira, após a oitiva das comunidades indígenas afetadas e a autorização do Congresso Nacional.”

110. A atividade de garimpagem está prevista no artigo 21, XXV e 174, §§ 3º e 4º, da CRFB. O constituinte originário, entretanto, no artigo 231, § 7º, pré-excluiu a aplicação destes artigos às terras indígenas: “Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º”. Dessarte, nem mesmo com o expresse consentimento dos indígenas, garimpos podem ser exploradas por terceiros em terras indígenas.

111. Em adição, cumpre acentuar que o artigo 45 do PL, ao revogar o artigo 44 da lei n.º 6.001/1973, o qual precisa que “As riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas” também é inconstitucional por violação ao artigo 231, § 7º, porquanto visa apenas garantir a exploração de garimpos em Terras Indígenas, o que, como visto, é vedado pela Constituição e retira dos indígenas prerrogativas que, na medida de sua autonomia da vontade, são intransferíveis a terceiros.

112. Afigura-se evidente, por conseguinte, que os artigos 33, §§ 3º, 4º e 5º do PL transgridem de forma direta e frontal o artigo 231, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

V.5 – INCONSTITUCIONALIDADES CONTIDAS NAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS DO PL:

113. As disposições finais e transitórias do PL também estão eivadas de patentes inconstitucionalidades. O artigo 35 prevê que “Eventuais controvérsias quanto à divisão e ao repasse dos recursos financeiros às comunidades indígenas afetadas não poderão ser opostos contra o empreendedor, desde que o depósito tenha sido realizado nos termos do disposto na legislação.”. A disposição viola o artigo 5º, XXXV da



Constituição, corolário do Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional. Trata-se de direito fundamental, que sequer pode ser restringido ou mitigado por emenda constitucional a teor do disposto no artigo 60, § 4º, IV, da CRFB.

114. O artigo Art. 44, modifica o art. 1º da Lei nº 11.460, de 21 de março de 2007, que passaria a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 1º É vedado o cultivo de organismos geneticamente modificados em áreas de unidades de conservação, exceto nas Áreas de Proteção Ambiental.”.

115. Com a alteração, a pesquisa e o cultivo de organismos geneticamente modificados estaria autorizado em TIs e a pesquisa em unidades de conservação. Releva notar que sementes transgênicas podem contaminar sementes crioulas e nativas, afetando as atividades produtivas, bem como a preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar, dos indígenas, garantias explícitas contidas no artigo 231, § 1º da Constituição. Ademais, a contaminação é fator determinante para a perda da diversidade biológica das sementes e cultivos tradicionais indígenas. Para além de comprometer a segurança alimentar das comunidades e sua sobrevivência física e cultural, o artigo 44 do PL afronta o artigo 225, § 1º da CRFB, que atribui ao Poder Público a incumbência de “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”.

116. A pesquisa de organismos geneticamente modificados em unidades de conservação, por seu turno, ofende o artigo 225, VII, tendo em vista que incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies”.

V.6 - INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES COMPULSÓRIAS EM TERRAS INDÍGENAS SEM O CONSENTIMENTO DAS COMUNIDADES AFETADAS:

117. O artigo 6º e 15 da Convenção n.º 169 da OIT, expressamente prevê que o governo deverá consultar os povos indígenas, cada vez que “sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”, *in verbis*:

“Artigo 6º



1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**” (Grifou-se).

“Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

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

118. O direito à consulta livre, prévia e informada, encontra total respaldo no Princípio Democrático (artigo 1º, da CRFB), na liberdade de expressão, no pluralismo de ideias e nos direitos de cidadania dos indígenas. Tais princípios já foram categoricamente reconhecidos na jurisprudência do Supremo tribunal Federal:

“LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA.

1. **A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático.**

2. **A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva.**

3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral.

4. **Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes.**



5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.

6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.³² (Grifou-se).

119. A Consulta livre, prévia e informada, é o principal instrumento, no ordenamento jurídico brasileiro, para assegurar que os indígenas, grupos minoritários, possam exercer seus direitos à liberdade de expressão e participação política, principalmente porque grupos de pressão tem acesso privilegiado às instâncias de governo e de participação política. Além disso, a consulta livre, prévia e informada é medida especial que confere insofismável proteção das minorias o que “qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”, consoante magistério jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

“(…) A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS.

A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.”³³

120. À toda evidência, o PL afetarà diretamente os povos indígenas, motivo pelo qual a consulta deve ser realizada. A consulta atende ao Princípio Democrático e Republicano, na medida que evita “expedientes ocultos” e fortalece a transparência, o diálogo e a boa-fé entre o estado e os povos indígenas. Sobre a aplicabilidade dos citados princípios, eis exemplificativo precedente do STF:

“(…) 1. O grande desafio da Democracia representativa é fortalecer os mecanismos de controle em relação aos diversos grupos de pressão, não autorizando o

³² Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 4.451/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes DJe: 06.03.2019.

³³ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE n.º 477.554 AgR/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. DJe: 26.08.2011.



fortalecimento dos “atores invisíveis de poder”, que tenham condições econômicas de desequilibrar o resultado das eleições e da gestão governamental.

2. **Os princípios democrático e republicano repelem a manutenção de expedientes ocultos no que concerne ao funcionamento da máquina estatal em suas mais diversas facetas. É essencial ao fortalecimento da Democracia que o seu financiamento seja feito em bases essencialmente republicanas e absolutamente transparentes.** Prejudica-se o aprimoramento da Democracia brasileira quando um dos aspectos do princípio democrático — a democracia representativa — se desenvolve em bases materiais encobertas por métodos obscuros de doação eleitoral. (...)”³⁴ (Grifou-se).

121. A consulta livre prévia e informada de medidas legislativas, corporifica o direito de cidadania dos indígenas, à medida que concretiza sua participação nas decisões políticas. A cidadania “Representa a qualidade auferida aos seus detentores de ser cidadãos, membros de uma determinada comunidade política organizada, tornando-se os autores e destinatários do ordenamento jurídico delineado”³⁵.

122. Alinha-se, ainda, que “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.”³⁶.

123. Diversos instrumentos internacionais que vinculam o Brasil, trazem previsão expressa sobre a necessidade de consulta e consentimento dos povos indígenas quando medidas legislativas sejam suscetíveis de afetá-los diretamente. Nesse sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007, afirma, em seu

³⁴ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 5.394/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes DJe: 18.02.2019.

³⁵ AGRA, Walber de Moura. *Comentários ao artigo 1º, II*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 120.

³⁶ STREK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luís Bolzan de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 114.



artigo 19, que: “Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé, com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas **para obter seu consentimento prévio, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.**”. O artigo 32, item 2 da Declaração é particularmente importante, tendo em vista que se refere às atividades que o PL n.º 191/2020 visa regulamentar:

“Artigo 32

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

2. **Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa fé com os povos indígenas interessados na condução de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado, antes de aprovar qualquer projeto que afete as suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação com o desenvolvimento, a utilização ou a exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.**” (Grifou-se).

124. Disposições idênticas estão previstas nos artigos XXIII, item 2 e XXIX, item 4, da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na terceira sessão plenária, realizada em 15 de junho de 2016.

125. A jurisprudência da Corte IDH é elucidativa ao tratar o direito de consulta e de consentimento livre, prévio e informado:

“134. Ademais, a Corte considera 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 seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições.** A Corte considera que a diferença entre ‘consulta’ e ‘consentimento’ neste contexto requer maior análise.

135. A este respeito, o Relator Especial da ONU sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos povos indígenas observou, de maneira similar, que:

[s]empre que se realize [projetos de grande escala] em áreas ocupadas por povos indígenas, é provável que estas comunidades tenham que atravessar mudanças sociais e econômicas profundas que as autoridades competentes não são capazes de entender, muito menos de antecipar. [O]s principais efeitos [...] incluem a perda de territórios e de terra tradicional, o desalojamento, a migração e o possível reassentamento, esgotamento de recursos necessários para a subsistência física e cultural, a destruição e contaminação do ambiente tradicional, a desorganização social e comunitária, os impactos sanitários e nutricionais negativos de longa duração [e], em alguns casos, abuso e violência.



Em consequência, o Relator Especial da ONU determinou que “[é] essencial o consentimento livre, prévio e informado para a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas em relação com grandes projetos de desenvolvimento”.

136. De maneira similar, outros organismos e organizações internacionais afirmaram que, em determinadas circunstâncias e adicionalmente a outros mecanismos de consulta, os Estados devem obter o consentimento dos povos tribais e indígenas para realizar projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que tenham um impacto significativo no direito ao uso e gozo de seus territórios ancestrais.³⁷ (Grifou-se).

126. A não realização da consulta e a não obtenção do consentimento livre, prévio e informado dos indígenas durante o processo legislativo poderá agredir os artigos 1º, *caput* e II da CRFB, bem como macular a Lei, se aprovada sem consulta e consentimento dos indígenas, de inconveniência por agressão aos artigos 6º, 1 e 15, 2, da Convenção n.º 169 da OIT.

VI – CONCLUSÃO:

127. Em 2019, Pesquisa Datafolha contratada pelo ISA, apontou que 86% dos brasileiros discordam da permissão à entrada de empresas de exploração mineral nas terras indígenas. O tema, além de contar com ampla rejeição da opinião pública, tem a possibilidade de aumentar o desmatamento e a degradação florestal. A regulamentação, na forma prevista no PL n.º 191/2020, também descarta de cautelas que garantam a sobrevivência física e cultural dos indígenas.

128. Ressalte-se que o PL, se aprovado como proposto, poderá trazer diversos riscos para toda a sociedade brasileira, tais como: i) alto potencial de judicialização, de instabilidade nas relações entre as partes e de insegurança jurídica nos contratos; ii) danos de imagem para comunidades e empreendedores, com repercussões sobre outros projetos e investimentos; iii) agravamento da avaliação negativa sobre o Brasil no exterior quanto às agendas de clima, meio ambiente e direitos humanos.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Saramaka vs. Suriname. Sentença, p. 286. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/2-direitos-dos-povos-indigenas.pdf>>.



129. Ante as inconstitucionalidade e inconveniência apontadas, entendemos que o PL n.º 191/2020 deve ser rejeitado pelos nobres Deputados e Senadores.

Respeitosamente,

Brasília, 20 de maio de 2020.

JULIANA DE PAULA BATISTA

Assessora do Programa de Política e Direito
Socioambiental (PPDS)
OAB/DF n.º 60.748

MÁRCIO SANTILLI

Assessor do Programa de Política e Direito
Socioambiental (PPDS)