

Nota Técnica ANPR nº 003/2023-UC

Brasília, 22 de agosto de 2023.

Nota técnica sobre o Projeto de Lei nº 2.903/2023

Referência: Projeto de Lei n. 2.903/2023 (Senado Federal): Regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, para dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas; e altera as Leis nºs 11.460, de 21 de março de 2007, 4.132, de 10 de setembro de 1962, e 6.001, de 19 de dezembro de 1973.

A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANPR, entidade associativa que representa os membros do Ministério Público Federal, com o objetivo de contribuir ao debate legislativo referente à tramitação do Projeto de Lei nº 2.903/2023, apresenta esta nota técnica.

Esta associação tem acompanhado com atenção as audiências públicas e debates sobre os direitos territoriais indígenas e entende ser necessário reiterar e trazer algumas reflexões sobre a matéria, de modo a assegurar um exame técnico do projeto de lei, em harmonia com a legislação existente, com a Constituição da República e com tratados internacionais.

Em primeiro lugar, a ANPR rememora que a Constituição Federal de 1988 apresenta uma diretriz clara para a concretização dos direitos territoriais indígenas, reforçando e aprofundando previsões contidas em Constituições

anteriores. O art. 231 ressalta o caráter originário dos direitos territoriais, cujo reconhecimento independe da efetivação dos processos administrativos de demarcação. Embora a regularização formal dos territórios seja importante para garantir a segurança jurídica e consolidar os direitos em questão, os processos demarcatórios apenas declaram uma realidade já existente, já assegurada pelo texto constitucional.

O tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 representou, de um lado, uma promessa constitucional de implementar os direitos indígenas em novas bases, adequadas a um olhar que respeita a diversidade étnica e altera a forma de o Estado brasileiro se relacionar com as populações indígenas, mas, de outro lado, representou uma continuidade no tratamento que desde as regras do período colonial português reconhecia às comunidades indígenas direitos territoriais.

Em um contínuo histórico, portanto, não há que se falar em marcos temporais absolutamente artificiais, que não consideram o contexto de garantia de direitos, muito menos quando tais marcos são contrapostos a uma cultura diversa, que não tem o direito ocidental como premissa na formação do seu pensamento.

Nesse sentido, o texto constitucional não estabeleceu qualquer marco temporal para o reconhecimento desses direitos. Além disso, não há sentido em prever uma limitação do gênero, dado o histórico de deslocamentos forçados, remoções e violências a que estiveram submetidos os povos indígenas. Até 1988, esses grupos eram tratados juridicamente como inferiores, fadados ao

desaparecimento, incapazes do ponto de vista civil e sujeitos ao regime tutelar pela Fundação Nacional do Índio (Funai).

A Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a mobilização dos povos indígenas contribuíram para a formulação da norma constitucional, por meio da qual o Estado brasileiro se compromete a acertar contas com uma dívida histórica com os povos originários. Identidades que estavam sufocadas puderam finalmente afirmar-se e reivindicar seus territórios, denunciando os esbulhos que sofreram ao longo dos tempos – e que sofrem, em muitos casos, até hoje.

Diante desse cenário, ao se propor a regulamentar o art. 231 da Carta Magna, o projeto tenta limitar o seu alcance a ponto de afastar decisões que o próprio Poder Constituinte Originário determinou, como a **precedência dos direitos territoriais indígenas sobre a propriedade privada, prevista no art. 231, § 6º, do texto constitucional.**

A Constituição oferece uma diretriz intercultural para a interpretação do seu próprio texto, e os territórios indígenas se inserem em uma lógica que não pode ser apreendida sob as lentes dos não indígenas. Assim, quando o art. 5º protege a propriedade, ele não se limita à propriedade privada, mas a toda e qualquer forma de relação com a terra, inclusive os direitos territoriais indígenas.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, já enfatizou que as “múltiplas propriedades”, ou seja, as diversas formas de relação dos grupos

sociais com a terra, conforme seus modos de vida, devem ser protegidas¹. Por essa razão, qualquer preocupação com a segurança jurídica dos “proprietários” não indígenas não pode ser seletiva, devendo estar atenta à decisão constituinte e aos processos de apropriação de terras que se deram à custa dos “proprietários” indígenas, primeiros donos desta terra.

Na sequência, passa-se a analisar especificamente alguns dos artigos contidos no projeto de lei.

1. Conceito de terras indígenas (Art. 4º)

O art. 4º do PL nº 2.903/2023 é central, pois busca redefinir, de forma infraconstitucional, o conceito de terra indígena. Tal previsão, no entanto, deve ser analisada à luz do texto constitucional e da diretriz intercultural imposta pela Constituição de 1988.

A exigência de simultaneidade dos requisitos para a configuração do território (teoria dos círculos concêntricos), tendo a “habitação permanente” como eixo fundamental e o marco temporal como indicação fática para o reconhecimento da ocupação (teoria do fato indígena), traz forte carga assimilacionista, que se contrapõe a toda a orientação contida no art. 231 da Constituição, que prestigia a compreensão de “terra indígena” de acordo com as cosmovisões dos povos indígenas.

¹Veja-se, a título de exemplo: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001. §§ 144; 148.

Em outras palavras, o art. 4º estabelece compreensões que não se coadunam com as cosmovisões indígenas na sua relação com o território e remete a Constituições anteriores a 1988, quando vigorava um paradigma de inferiorização desses povos e dever de integração paulatina à comunhão nacional.

Cabe destacar que a expressão “habitação” deve ser interpretada em consonância com a perspectiva de território oferecida pelo texto constitucional. A interpretação restritiva da expressão “habitação permanente” (art. 4º, I c/c § 2º) alude aos textos constitucionais de 1934 e 1946, que falavam em “localização permanente” dos povos indígenas, expressão que foi suprimida até mesmo pelas Constituições de 1967 e 1969, que o substituíram pelas expressões “posse permanente” e “habitadas”, respectivamente².

A Constituição de 1988, por sua vez, reorienta a discussão ao estabelecer a chamada “habitação de caráter permanente” ao lado de uma compreensão de terra indígena que fortalece a noção de reprodução física e cultural desses povos, segundo seus “usos, costumes e tradições”. Como exemplo, cabe mencionar os *tekoha* do povo Guarani, que possui dimensões sociais, políticas, econômicas e territoriais, reforçando a ideia de vida em conjunto daquele povo³. É necessário reafirmar, pois, a literalidade do texto constitucional (art. 231, § 1º) para afastar qualquer interpretação gramatical de termos isolados contidos no

²Nesse sentido, veja-se: BADIN, Luiz Armando. Sobre o conceito constitucional de terra indígena. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, Ano 51, número 190, jul./dez. 2006, p. 136.a

³ Cf. ALMEIDA, Lígia Rodrigues de. *Estar em movimento é estar vivo*. Territorialidade, pessoa e sonho entre famílias tupi guarani. Tese (Doutorado em Antropologia Social). 2016. 252 f. Universidade de São Paulo, 2016, p. 41-46.

dispositivo: “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**” (grifei).

O texto constitucional rejeitou, pois, a noção de “localização permanente” e sublinhou que as “terras indígenas” se configuram com base nos usos, costumes e tradições dos povos indígenas. Ressalte-se, ademais, que os aspectos relacionados à terra indígena não devem ser encarados de forma simultânea, como se fossem exigências obrigatórias. Não faria sentido que uma Constituição voltada à pluralidade e a um compromisso com a sociobiodiversidade exigisse a obrigatoriedade da presença de todos os requisitos ao mesmo tempo, ainda mais diante do reconhecimento de que a configuração do território indígena depende dos “usos, costumes e tradições” dos povos indígenas.

Em verdade, os espaços são apresentados de forma alternativa, cabendo o reconhecimento do território em qualquer daquelas situações. É o que se depreende, inclusive, dos artigos definidos contidos no texto: são terras indígenas **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. Ou seja, nas hipóteses em que a Constituição exigiu condições simultâneas e obrigatórias, ela o fez de forma expressa⁴, como na técnica adotada

4 VIEGAS, Daniel Pinheiro. *A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988: A territorialização como instituto jurídico-constitucional*. Manaus: UEA Edições, 2017, p. 137.

para a redação do art. 186⁵.

2. A inconstitucionalidade do marco temporal

No que se refere ao marco temporal, a ANPR reitera que a tentativa de aplicação da tese inconstitucional do marco temporal representaria o esvaziamento desses direitos. A tentativa de aplicar a tese do marco temporal a outras terras indígenas, com o fim de exigir a presença física de indígenas em 5 de outubro de 1988, já foi rechaçada pelo próprio STF no julgamento de embargos de declaração do Caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR) e viola longa e sólida jurisprudência da Corte, que jamais legitimou atos de violência e esbulho. Além disso, o marco temporal desconsidera o histórico constitucional de afirmação dos direitos territoriais indígenas, assegurados desde a Constituição de 1934.

Tal entendimento tampouco encontra ressonância no Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja por inúmeras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja pelos diplomas que tratam da matéria, a exemplo da Convenção nº 169 da OIT, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

5 Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Acresça-se que a ideia de esbulho renitente (art. 4º, §§ 3º e 4º) consiste em ressalva que sequer representa a efetivação dos direitos territoriais, pois exige dos indígenas circunstâncias de fato ou judicialização de demanda possessória para comprovar tal situação. O projeto olvida-se, nesse ponto, do histórico de espoliações e expulsões a que os povos indígenas estiveram submetidos durante a ditadura militar, bem como o status de incapazes durante aquele período, quando vigorava o regime tutelar e a sua representação pela Fundação Nacional do Índio.

3. Processo administrativo de demarcação: ofensa à duração razoável e ao caráter técnico da atuação administrativa (artigos 5º a 8º e 10)

No que se refere às previsões sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas, a busca por um processo público, transparente e com amplo contraditório (art. 5º a 8º) contém desvio de finalidade ao gerar tumulto no processo demarcatório, em clara afronta à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e ao caráter técnico do procedimento, em razão dos trabalhos a serem desenvolvidos pelo grupo de delimitação e identificação de terras indígenas e do viés eminentemente antropológico no trabalho de reconhecimento de terras indígenas .

Assim, eventual alteração na regulação do processo administrativo não deve passar por previsões genéricas de contraditório e ampla defesa, mas sim por regras claras a respeito de seu funcionamento, sob pena de ele ser inviabilizado.

Impende ressaltar, por oportuno, que o trabalho antropológico contém características singulares, relacionadas à relação específica do antropólogo com o grupo a ser estudado, de modo que a aplicação do art. 148 do Código de Processo Civil a esses profissionais e a outros peritos e profissionais não guarda correspondência com os objetivos daquela norma processual. Tal relação, própria do trabalho de investigação e pesquisa desses profissionais, não se confunde com amizade ou inimizade, tampouco com relação próxima com esses grupos.

Elucidativa, nesse ponto, é a previsão do art. 14, § 2º, da Resolução CNJ nº 454/2022, por meio do qual o Conselho Nacional de Justiça reconheceu a importância (e prioridade) do trabalho do antropólogo que conhece mais a fundo a realidade de determinado povo:

Art. 14, § 2º Na designação de antropólogo ou antropóloga, deve-se priorizar profissional que possua conhecimentos específicos sobre o povo a que se atrela o processo judicial.

Assim, da forma como apresentada, a previsão do art. 10 do projeto não pode prevalecer.

4. Suposto direito à indenização e análise concreta (art. 11)

A previsão do art. 11 do PL estipula o direito à indenização em caso de haver “justo título de propriedade ou de posse em área considerada necessária à

reprodução sociocultural da comunidade indígena, a desocupação da área será indenizável, em razão do erro do Estado”. Tal previsão afronta **previsão expressa da Constituição**, contida no art. 231, § 6º:

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

O Poder Constituinte Originário tomou uma decisão clara a respeito da forma de ressarcimento daqueles que ocuparam indevidamente terras indígenas, consistente apenas no pagamento de indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. A preocupação constitucional reside na concretização imediata dos direitos territoriais, o que é reforçado pelo art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu o prazo de 5 anos para a conclusão das demarcações pendentes.

Deve-se reconhecer, no entanto, que pode haver, em algumas situações, ocupações indevidas sobre terras indígenas que foram estimuladas pelo Estado brasileiro e cujos ocupantes desconheciam o vínculo territorial indígena naquele local. Não se trata de casos em que o grupo tinha consciência da prévia

presença indígena, mas sim de situações em que a atuação colonialista do Estado fez suprimir a presença indígena em determinado território e favoreceu a presença de um grupo não indígena no local.

O fato de pessoas de boa-fé estarem nesses espaços pode, sim, ensejar a discussão sobre a possibilidade de recebimento de indenização em razão do reconhecimento da terra indígena, sob o fundamento do art. 37, § 6º, da Constituição, que trata da responsabilidade civil do Estado. Contudo, a sua análise não pode ser feita dentro do processo demarcatório, mas sim de forma apartada, sem inviabilizar ou obstaculizar a formalização do território. Afinal a Constituição é clara na definição dos direitos territoriais indígenas e na sua concretização, tendo indicado os limites da indenização de particulares. Dessa forma, retardar o reconhecimento do território seria, além de inconstitucional, uma afronta à segurança jurídica dos povos indígenas.

Por outro lado, a análise deve ocorrer no caso concreto, baseada nos requisitos da responsabilidade civil e na identificação dos fatores específicos que levaram à presença no território e dos elementos que apontem a necessidade de proteção da confiança legítima (boa-fé objetiva) que o Estado despertou nessas pessoas. Em outras palavras, trata-se de solução possível, porém residual, sob pena de legitimarmos o projeto colonialista brasileiro e a premiação daqueles que usurparam durante décadas (e séculos) os territórios indígenas.

Os critérios a serem observados na episódica necessidade de indenização não se confundem com os critérios para demarcação de territórios

indígenas e competem, dentro do Estado brasileiro, a estruturas distintas. Em outros termos, o projeto de lei desnatura a própria estrutura do Estado brasileiro, desprezando a forma como o Poder Executivo se organiza e distribui suas competências internas.

Por essa razão, fora das balizas acima expostas, a regulação é inconstitucional.

5. Viés assimilacionista e previsão de retomada de terras em caso de “alteração de traços culturais” (art. 16, § 4º)

O projeto estabelece a possibilidade de retomada de reserva indígena em caso de “alteração de traços culturais” que mostrariam que a área já não é “essencial”. Trata-se de dispositivo claramente inconstitucional, pois alude à ideia de “diferentes estágios de integração” dos povos indígenas.

Com efeito, o projeto assimilacionista, vigente até 1988, para os povos indígenas possuía a orientação de que paulatinamente eles se despiriam de sua condição indígena para se integrarem à comunhão nacional, adquirindo a condição de “integrados” ou “aculturados”. Quando “deixassem de ser indígenas”, poderiam ser tratados como todos os demais, não havendo necessidade de destinação de terras específicas a esses grupos.

A previsão do art. 16, § 4º, não se coaduna com a Constituição de 1988, que assegura que os indígenas ostentam sua condição independentemente da

forma como expressem os seus modos de vida. Existe uma dimensão existencial relativa ao direito à identidade, segundo a qual é imprescindível assegurar a manifestação e a expressão de sua forma de ser, estar e pensar. Ao recusar transformações e manifestações de grupos indígenas, o Estado brasileiro comete mais uma vez uma violência contra esses povos.

Não cabe, portanto, a terceiros nem ao Estado promover pré-julgamentos sobre a forma como os povos indígenas se relacionam com a sociedade envolvente. Assim, além de uma clara violação à dignidade humana, tal previsão geraria enorme insegurança jurídica a esses povos.

6. Descabimento da aplicação das condicionantes do caso Raposa Serra do Sol (art. 20 e seguintes)

Há um conjunto de artigos no projeto de lei que busca normatizar as chamadas salvaguardas institucionais (condicionantes) estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal no Caso Raposa Serra do Sol.

Naquele caso, as condicionantes tentaram extrapolar o âmbito do julgado para buscar regular, de forma geral e abstrata, o tema. Além disso, estabeleceu-se forte restrição à autonomia dos povos indígenas, com priorização em abstrato de outros bens jurídicos, como meio ambiente e defesa nacional. Cabe destacar que, no próprio julgamento dos embargos de declaração da Pet 3.388, que afastou o caráter vinculante das salvaguardas institucionais, o Ministro Luis

Roberto Barroso ressaltou que a defesa nacional, por exemplo, não poderia corresponder a um rótulo em que coubesse qualquer conteúdo, impondo-se a aplicação da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho⁶. Ou seja, mesmo aquele julgado já havia relativizado o tema.

Nesse ponto, deve-se ressaltar a orientação constitucional e o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos que cuidam da matéria, conforme entendimento do próprio STF⁷.

Ademais, deve-se apontar que a titularidade formal das terras indígenas pela União não pode implicar violação do usufruto exclusivo. A titularidade da União não é fator de restrição, mas sim de dupla proteção em favor da autodeterminação dos povos indígenas em seu território, de modo que qualquer intervenção estatal não pode ser prévia e abstratamente autorizada, impondo-se a aplicação, em cada caso concreto, do procedimento de consulta prévia, livre e informada, com as consequências que dele advém, sempre no interesse da sobrevivência física e cultural afetado.

Assim, a autorização de empreendimentos, a implantação de estradas e outros equipamentos e a ocupação de forças de segurança e particulares jamais podem ser encaradas de forma automática, devendo reconhecer a precedência da autonomia dos povos indígenas e da necessidade do

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. Na Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. 23.10.2013, p. 27.

⁷Veja-se, a esse respeito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 3.12.2008.

estabelecimento do diálogo intercultural, que se materializa por meio dos dispositivos atinentes à consulta prévia, livre e informada. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reforçaram a diretriz constitucional e do direito internacional de direitos humanos em resoluções com essa perspectiva, como se depreende dos dispositivos a seguir:

CNMP – Resolução CNMP nº 230/2021

Art. 5º O Ministério Público deve viabilizar a observância do direito à participação dos povos e comunidades tradicionais e a necessidade de consideração efetiva dos seus pontos de vista em medidas que os afetem.

§ 1º A diretriz fundamental de participação consiste na garantia do direito à consulta prévia, livre e informada aos povos interessados nos casos específicos em que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

§ 2º A ausência de consulta prévia enseja a **nullidade de processos e procedimentos**, cabendo ao Ministério Público zelar pela sua observância, por meio do respeito aos protocolos de consulta elaborados pelos grupos e pela cobrança de sua aplicação junto ao Poder Público. (grifei)

CNJ – Resolução CNJ nº 454/2022

Art. 5º Diálogo interétnico e intercultural consiste em instrumentos de aproximação entre a atuação dos órgãos que integram o Sistema de Justiça, especialmente os órgãos do Poder Judiciário, com as diferentes culturas e as variadas formas de compreensão da justiça e dos direitos, inclusive mediante a adoção de rotinas e procedimentos diferenciados

para atender as especificidades socioculturais desses povos

Em suma, o projeto de lei carece, nesse ponto, de respaldo constitucional e convencional.

7. Proteção de indígenas em isolamento voluntário (art. 28)

O art. 28 viola a diretriz histórica de não contato, política que vigora no Brasil há mais de 30 anos, ao permitir o contato com povos em isolamento voluntário “para prestar auxílio médico ou para intermediar ação estatal de utilidade pública”.

Trata-se de compreensão que já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidido em medida cautelar na ADPF 991, pelo Ministro Edson Fachin, com referendo do plenário:

5. Que seja reconhecida pelas autoridades a forma isolada de viver como declaração da livre autodeterminação dos povos indígenas isolados, sendo o ato do isolamento considerado suficiente para fins de consulta, nos termos da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, normas internacionais de direitos humanos internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro

Cabe, mais uma vez, destacar a orientação do CNJ sobre o tema, com a previsão contida no art. 8º da Resolução CNJ nº 454/2022:

Art. 8º O Poder Judiciário deve garantir a não aproximação por terceiros aos povos isolados, uma vez que a eventual iniciativa de contato deve partir exclusivamente desses povos, em atenção ao princípio da autodeterminação e ao direito aos usos, costumes e tradições, resguardados pela Constituição Federal.

8. Conclusão

A ANPR entende que o PL 2.903/2023 merece uma análise aprofundada acerca de sua constitucionalidade e dos impactos sobre os povos indígenas e coloca-se à disposição para rediscutir as suas diretrizes e assegurar o alinhamento das suas previsões à Constituição de 1988 e a tratados internacionais sobre a matéria.



Ubiratan Cazetta

Presidente