

## **PARECER**

*Deborah Duprat  
Advogada e subprocuradora-geral da República aposentada*

I – Consulta; II – Povos indígenas no Brasil: regimes jurídicos e contextualização histórica; III – Normas e jurisprudências internacionais; IV – Iniciativas legislativas: violação ao regime internacional dos direitos indígenas; V – Conclusão.

### **I - CONSULTA**

1. Em 12 de junho de 2021, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, através do Ofício nº 453, solicitou ao Alto Comissariado das Nações Unidas em Direitos Humanos - ACNUDH opinião sobre o Projeto de Lei 490, de 2007. Com o propósito de oferecer uma análise ampliada sobre os direitos dos povos indígenas e outras iniciativas legislativas em curso, e ainda para subsidiar a atuação do Sistema ONU no Brasil, o ACNUDH contratou a presente consultoria, operacionalizada pelo United Nations Development Programme – UNDP

2. O PL 490, apresentado em 2007 pelo Deputado Homero Pereira, contava com um único dispositivo estabelecendo que “as terras indígenas serão demarcadas por lei”. Posteriormente, foram a ele apensados 13 outros projetos de lei (1.218/2007, 1.606/2015, 3.700/2020, 2.302/2007, 2.311/2007, 3.896/2012, 1.003/2015, 5.386/2020, 5.993/2009, 2.479/2011, 6.818/2013, 1.218/2015, 1.216/2015) tendo por objeto, em alguma medida, a demarcação de terras indígenas. Há, ainda, o Requerimento 1940/2019, para que o Projeto de Lei nº 2.395/2015 e seu apensado tramitem conjuntamente com o PL 490. Em 12/5/2021, foi apresentado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados o substitutivo do Deputado Arthur Oliveira Maia, designado relator e cujo relatório traz a síntese das propostas apensadas:

O Projeto de Lei nº 1.218, de 2007, de autoria do Deputado Valdir Colatto (PMDB-SC), disciplina a demarcação das terras indígenas, e, entre outras providências, determina que seja realizada mediante lei específica.

O Projeto de Lei nº 1.606, de 2015, de autoria do Deputado Nilson Leitão (PSDB-MT), dispõe sobre as zonas mistas de ocupação rural, determinando, em suma, que a propriedade ou a posse de áreas rurais reivindicadas por comunidade indígena ou por remanescentes das comunidades de quilombos continuem a pertencer ao respectivo proprietário ou posseiro, salvo decisão em contrário proferida em ação judicial de discriminação.

O Projeto de Lei nº 3.700, de 2020, de autoria do Deputado Nelson Barbudo, altera a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, de forma a deixar expresso que a inversão da posse somente poderá ocorrer após a conclusão do processo demarcatório.

O PL nº 2.302, de 2007, de autoria do Deputado Zequinha Marinho (PMDB-PA), dispõe sobre a demarcação das terras indígenas e altera o art. 19 da Lei nº 6.001, de 1973, determinando, entre outras providências, que a demarcação de terras indígenas seja feita mediante lei.

O PL nº 2.311, de 2007, de autoria do Deputado Edio Lopes (PMDB- RR), regulamenta a demarcação das terras indígenas, nos termos estabelecidos pelo art. 231, da Constituição Federal, e altera a Lei nº 6.001, de 1973 (Estatuto do Índio), estabelecendo critérios para identificação e delimitação das terras indígenas.

O PL nº 3.896, de 2012, de autoria do Deputado Padre Ton (PT- RO), altera o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 1973), para incluir § 4º no art. 62, dispondo sobre indenização de detentores de títulos.

O PL nº 1.003, de 2015, de autoria do Deputado Edio Lopes (PMDB- RR), estabelece que as desocupações por desapropriações resultantes da demarcação de terras indígenas e quilombolas só serão efetivadas após o pagamento da justa indenização em dinheiro, calculada sobre o valor da terra e benfeitorias, ao seu legítimo proprietário ou a quem detenha a sua posse de boa-fé, atestada por qualquer documento público.

O PL nº 5.993, de 2009, de autoria do Deputado Nelson Barbudo, dispõe sobre “o direito de realocação de não índios ocupantes de terras tradicionalmente ocupadas por índios”.

O PL nº 5.993, de 2009, de autoria do Deputado Felix Mendonça (DEM-BA), insere na Lei nº 6.001 de 1973, Estatuto do Índio, as condicionantes para a demarcação das terras estabelecidas por ocasião do julgamento e apreciação de matéria relativa à demarcação da terra indígena “Raposa Serra do Sol” no Supremo Tribunal Federal.

O PL nº 2.479, de 2011, de autoria do Deputado Alceu Moreira (PMDB-RS), determina que a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será submetida à aprovação do Congresso Nacional, nos termos dos arts. 22, XIV, 49, X e 231 da Constituição Federal.

O PL nº 6.818, de 2013, de autoria do Deputado Geraldo Simões (PT-BA), transplanta o entendimento do STF no julgamento da PET 3.388/RR, em que se discutiu a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, fixou dezenove condicionantes e reafirmou o marco temporal de 05 de outubro de 1988 para caracterização da ocupação tradicional.

Os PLs nº 1.218 e 1.216, de 2015, o primeiro de autoria do Deputado Professor Victório Galli - PSC/MT e o segundo de autoria do Deputado Covatti Filho (PP-RS), buscam regular a demarcação de terras indígenas, nos termos do art. 231 da Constituição Federal.

Em que pese ainda não estar apensado, o Projeto de Lei nº 2.395, de 2015 também almeja modificar a mencionada Lei nº 6.001, de 1973 (Estatuto do Índio), “a fim de permitir às comunidades indígenas praticar atividades agropecuárias e florestais em suas terras, bem como, comercializar aquilo que foi produzido e gerenciar a renda obtida”.

3. O relatório ainda informa que “[o] Projeto de Lei nº 490, de 2007, e seus apensos, tramitam em regime ordinário e foram distribuídos para a manifestação das Comissões de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, de Direitos Humanos e Minorias e de Constituição e Justiça e de Cidadania (mérito e art. 54, RICD). Em razão terem recebido pareceres divergentes, a matéria deverá ser apreciada pelo Plenário”.

4. O substitutivo do relator, apresentado após conclusão, no mérito, pela rejeição dos Projetos de Lei nºs 490/2007 e 2.479/2011 e aprovação dos demais, é do seguinte teor:

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA (CCJC)  
SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 6.818 DE 2013.

Regulamenta o art. 231, da Constituição Federal de 1988, dispondo sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei regulamenta o art. 231 da Constituição Federal, dispondo sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas.

Art. 2º São princípios orientadores desta Lei:

I – o reconhecimento da organização social, costumes, línguas e tradições

indígenas;

II – o respeito às especificidades culturais de cada comunidade indígena e aos respectivos meios de vida, independentemente dos seus graus de interação com os demais membros da sociedade;

III – a liberdade, em especial de consciência, de crença e do exercício de qualquer trabalho, profissão ou atividade econômica;

IV – a igualdade material;

V – a imprescritibilidade, a inalienabilidade e a indisponibilidade dos direitos indígenas.

## CAPÍTULO II

### DO RECONHECIMENTO E DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

#### Seção I

Das modalidades de terras indígenas

Art. 3º São terras indígenas as áreas:

I – tradicionalmente ocupadas pelos índios, nos moldes do art. 231, §1º, Constituição Federal;

II – as áreas reservadas, consideradas as destinadas pela União por outras formas que não a prevista no inciso I;

III – as áreas adquiridas, consideradas as havidas pelas comunidades indígenas pelos meios admissíveis pela legislação, tais como a compra e venda e a doação.

#### Seção II

Das terras indígenas tradicionalmente ocupadas

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

I - por eles habitadas em caráter permanente;

II - utilizadas para suas atividades produtivas;

III - imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;

IV - necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 1º A comprovação dos requisitos a que se referem o caput será devidamente fundamentada e baseada em critérios objetivos.

§ 2º A ausência da comunidade indígena na área pretendida em 05 de outubro de 1988 descaracteriza o enquadramento no inciso I do caput, salvo no caso de renitente esbulho devidamente comprovado.

§ 3º Para os fins desta Lei, considera-se renitente esbulho o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição Federal de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

§ 4º A cessação da posse indígena ocorrida anteriormente a 05 de outubro de 1988, independentemente da causa, inviabiliza o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada, salvo o disposto no §3º.

§5º O procedimento demarcatório será público e seus atos decisórios serão amplamente divulgados, estando disponíveis para a consulta em meio eletrônico.

§ 6º É facultado a qualquer cidadão o acesso a todas as informações relativas à demarcação das terras indígenas, notadamente quanto aos estudos, laudos, suas conclusões e fundamentação, ressalvado o sigilo referente aos dados pessoais, nos moldes da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

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

§ 8º É assegurado às partes interessadas a tradução da linguagem oral ou escrita, por tradutor nomeado pela Funai, da língua indígena própria para o português, ou do português para a língua indígena própria, nos casos em que a comunidade indígena não domine a língua portuguesa.

Art. 5º A demarcação contará obrigatoriamente com a participação dos Estados e Municípios em que se localize a área pretendida e de todas as comunidades diretamente interessadas, sendo franqueada a manifestação de interessados e de entidades da sociedade civil, desde o início do processo administrativo demarcatório, a partir da reivindicação das comunidades indígenas.

Parágrafo único. É assegurado aos entes federados o direito de participação efetiva no processo administrativo de demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

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

Art. 7º As associações de partes interessadas podem representar os associados, desde que autorizadas em assembleias gerais convocadas para esse fim.

Art. 8º O levantamento fundiário da área pretendida será acompanhado de relatório circunstanciado.

Art. 9º Antes de concluído o procedimento demarcatório e indenizadas as benfeitorias de boa-fé, nos termos do art. 231, §6º da Constituição Federal, não haverá qualquer limitação de uso e gozo aos não indígenas que exerçam posse sobre a área, sendo garantida a permanência na área objeto de demarcação.

§1º Consideram-se de boa-fé as benfeitorias realizadas pelos ocupantes até que seja concluído o procedimento de demarcação.

2º A indenização das benfeitorias deve ocorrer após a comprovação e avaliação realizada em vistoria do órgão federal competente.

Art. 10. Aplicam-se aos antropólogos, peritos e outros profissionais especializados, nomeados pelo poder público, cujos trabalhos fundamentem a demarcação, o disposto no art. 148 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016.

Art. 11. Verificando-se a existência de justo título de propriedade ou posse em área tida como necessária à reprodução sociocultural da comunidade indígena, a desocupação da área será indenizável, em razão do erro do Estado, nos moldes do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput às posses legítimas, cuja concessão pelo Estado possa ser documentalmente comprovada.

Art. 12. Para os fins desta Lei, fica a União, através do órgão federal competente, autorizada a ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações, mediante prévia comunicação escrita ao proprietário, preposto ou seu representante, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis.

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

Art. 14. Os processos administrativos de demarcação de terras indígenas ainda não concluídos serão adequados ao disposto nesta Lei.

Art. 15. É nula a demarcação que não atenda aos preceitos estabelecidos nesta Lei.

## Seção II

### Das áreas indígenas reservadas

Art. 16. São áreas indígenas reservadas as destinadas pela União à posse e ocupação por comunidades indígenas, de forma a garantir sua subsistência digna e preservação de sua cultura.

§1º As áreas indígenas reservadas poderão ser formadas por:

I – terras devolutas da União discriminadas para essa finalidade;

II – áreas públicas pertencentes à União;

III - áreas particulares desapropriadas por interesse social.

§2º As reservas, parques ou colônias agrícolas indígenas constituídas nos moldes da Lei nº 6.001, de 19 dezembro de 1973, serão consideradas áreas indígenas reservadas nos moldes desta Lei.

§3º As áreas indígenas reservadas são de propriedade da União, ficando a sua gestão a cargo da comunidade indígena, sob a supervisão da Fundação Nacional do Índio.

§4º Caso, em razão da alteração dos traços culturais da comunidade ou por outros fatores ocasionados pelo decurso do tempo, seja verificado não ser a área indígena reservada essencial para o cumprimento da finalidade mencionada no caput, poderá a União:

I – retomá-la, dando-lhe outra destinação de interesse público ou social;

II – destiná-la ao Programa Nacional de Reforma Agrária, destinando-se os lotes preferencialmente a indígenas que tenham, caso tenham aptidão agrícola e assim desejem.

Art. 17. Às terras indígenas reservadas são aplicáveis o mesmo regime jurídico de uso e gozo aplicáveis às terras indígenas tradicionalmente ocupadas, nos moldes do Capítulo III desta Lei.

## Seção III

### Das áreas indígenas adquiridas

Art. 18. São consideradas áreas indígenas adquiridas as havidas pela comunidade mediante qualquer forma de aquisição permitidas pela legislação civil, tais como a compra e venda ou a doação.

§1º As áreas indígenas adquiridas aplica-se o regime jurídico da propriedade privada.

§2º As Terras de Domínio Indígena constituídas nos moldes da Lei nº 6.001, de 19 dezembro de 1973, serão consideradas áreas indígenas adquiridas nos moldes desta Lei.

## CAPÍTULO III

### DO USO E GESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Art. 19. Cabe às comunidades indígenas, mediante suas próprias formas de tomada de decisão e solução de divergências, escolher a forma de uso e ocupação de suas terras.

Art. 20. O usufruto dos índios não abrange:

I - o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre autorização do Congresso Nacional;

II - a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerão de autorização do Congresso Nacional, assegurando-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

III - a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;

IV - as áreas cuja ocupação atenda a relevante interesse público da União.

Art. 21. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional.

Parágrafo único. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.

Art. 22. Fica assegurada a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal em área indígena, no âmbito de suas atribuições, independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou ao órgão indigenista federal competente.

Art. 23. Ao Poder Público é permitida a instalação em terras indígenas de equipamentos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos, especialmente os de saúde e educação.

Art. 24. O usufruto dos índios em terras indígenas superpostas a unidades de conservação fica sob a responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas, observada a compatibilidade do regime de proteção respectivo.

§ 1º O órgão federal gestor responderá pela administração das áreas das unidades de conservação superpostas a terras indígenas, com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta seus usos, tradições e costumes, podendo, para tanto, contar com a consultoria do órgão indigenista federal competente.

§ 2º O trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação, nos horários e condições estipulados pelo órgão federal gestor.

Art. 25. O ingresso de não indígenas em áreas indígenas poderá ser feito:

I - por particulares autorizados pela comunidade indígena;

II - por agentes públicos justificadamente a serviço de um dos entes federativos;

III - pelos responsáveis pela prestação dos serviços públicos ou pela realização, manutenção ou instalação de obras e equipamentos públicos;

IV - por pesquisadores autorizados pela Fundação Nacional do Índio e pela comunidade indígena;

V - por pessoas em trânsito, no caso da existência de rodovias ou outros meios públicos para passagem.

§ 1º No caso do inciso IV do caput, a autorização será dada por prazo determinado e deverá conter os objetivos da pesquisa, sendo vedado ao pesquisador agir fora dos limites autorizados.

§ 3º No caso do inciso II do caput, o ingresso deverá ser reportado à Fundação Nacional do Índio, sendo informado seus objetivos e sua duração.

§ 4º O ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não podem ser objeto de

cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas.

Art. 26. É vedada a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza ou troca pela utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público em terras indígenas.

Art. 27. É facultado o exercício de atividades econômicas em terras indígenas, desde que pela própria comunidade, admitida a cooperação e contratação de terceiros não indígenas.

§1º As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que elimine a posse direta pela comunidade.

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

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

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

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

IV – os contratos sejam registrados na Fundação Nacional do Índio.

Art. 28. É permitido o turismo em terras indígenas, organizado pela própria comunidade, sendo admitida a celebração de contratos para a captação de investimentos de terceiros, desde que respeitadas as condições estabelecidas no art. 27, §2º.

Parágrafo único. Nas terras indígenas, é vedada a qualquer pessoa estranha às comunidades a prática de caça, pesca, extrativismo ou coleta de frutos, salvo se relacionada ao turismo organizado pelos próprios indígenas, respeitada a legislação específica.

Art. 29. No caso de indígenas isolados, cabe ao Estado e à sociedade civil o absoluto respeito a suas liberdades e meios tradicionais de vida, devendo ser ao máximo evitado o contato, salvo para prestar auxílio médico ou para intermediar ação estatal de utilidade pública.

§1º Todo e qualquer contato com indígenas isolados deve ser realizado por agentes estatais e intermediado pela Fundação Nacional do Índio.

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

#### CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 30. As terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, §3º, da Constituição Federal de 1988, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros.

Art. 31. O art. 1º da Lei nº 11.460, de 21 de março de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º É vedado o cultivo de organismos geneticamente modificados em áreas de unidades de conservação, exceto nas Áreas de Proteção Ambiental.” (NR)

Art. 32. O art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IX:

“Art. 2º .....

.....  
IX – a destinação de áreas às comunidades indígenas que não se encontravam em área de ocupação tradicional em 05 de outubro de 1988, desde que necessárias à reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

.....” (NR)

Art. 33. O art. 2º, IX, Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º .....

.....  
IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição Federal, a posse permanente das terras tradicionalmente ocupadas em 05 de outubro de 1988, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

.....” (NR)

Art. 34. Esta Lei entra em vigor à data de sua publicação.

Deputado Federal Arthur Oliveira Maia (DEM-BA)

## **II – POVOS INDÍGENAS NO BRASIL – REGIMES JURÍDICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA**

5. Todorov<sup>1</sup>, em um estudo clássico sobre a conquista da América, aponta a ambiguidade que marca esse processo: “a alteridade humana se revela e se nega a um só tempo”. Ariza<sup>2</sup>, em análise a esse texto, esclarece:

Não se desconhece a existência do outro, sua presença individual e coletiva é reconhecida. Mas esse reconhecimento não pode implicar a igualdade, assumir que aqueles que são estranhos têm direito ou a possibilidade de reproduzir sua cultura e seu modo de vida. Por isso, a definição, nesse caso, do aborígene americano como um ser inferior que apenas participa dos atributos ideais do ser humano ocidental é essencial para o desenvolvimento da campanha conquistadora”.

---

1 TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América – a questão do outro*, 2ª ed. Trad. Beatriz Perrone Moi. São Paulo: Martins Fontes

2 ARIZA, Libardo José. *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontífica Universidad Javeriana, 2009, p . 40

6. De fato, tanto Cristóvão Colombo como Pero Vaz de Caminha, em suas cartas às respectivas coroas, enalteciam as belezas e as riquezas do novo mundo, ao mesmo tempo em que afirmavam a ausência de marcas de civilização. Os povos aqui encontrados, segundo eles, não tinham organização social, armas e povoados, e é esse vazio epistêmico e civilizatório que vai inaugurar a ideia da América como tábula rasa para a inscrição do projeto colonial e da violência que o acompanha: apropriação territorial, escravidão, aculturação, discriminação e epistemicídio.

7. Essa concepção de incapacidade dos indígenas de fundar e fazer funcionar suas próprias instituições vai justificar a instituição, desde cedo, em seu favor, de um regime de natureza tutelar. O “procurador dos índios” é uma figura mencionada no Alvará de 26.7.1596, na Lei de 9.4.1655 e no Regimento das Missões de 1686, sempre no sentido de ser alguém encarregado de requerer justiça em nome dos indígenas<sup>3</sup>. Mas a noção de capacidade civil relativa, condicionada ao grau de civilização dos índios, e o correlato regime jurídico da tutela vão materializar-se organizadamente no Decreto 5.484<sup>4</sup>, de 27 de junho de 1928. Esse ato normativo, que disciplinava “a situação dos índios nascidos no território nacional”, dispunha em seu art. 6º que “os índios de qualquer categoria não inteiramente adaptados ficam sob a tutela do Estado, que a exercerá segundo o gráo de adaptação de cada um, por intermedio dos inspectores do Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes, sendo facultados aos ditos inspectores requerer ou nomear procurador, para requerer em nome dos mesmos índios, perante as justiças e autoridades, praticando para o referido fim todos os actos permittidos em direito”. O Estatuto do Índio de 1973 (Lei 6.001, de 19 de dezembro) mantém inalterado esse cenário jurídico.: incapacidade relativa, tutela e atribuição ao órgão federal de assistência ao índio da “defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”.

---

3 CUNHA, Manuela Carneiro da (coord). *História dos índios no Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 121

4 Antes, o Código Civil de 1916, previa, em seu art. 6, IV, a incapacidade relativa dos “silvícolas” e estabelecia em seu parágrafo único “os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

8. Em 1967, foi constituída uma comissão para apurar irregularidades no Serviço de Proteção aos Índios, cujas conclusões estão consolidadas em documento que se tornou conhecido como “Relatório Figueiredo”, de autoria do procurador Jader Figueiredo<sup>5</sup>. As investigações, restritas de início aos anos de 1962 e 1963, evidenciaram que “a geral corrupção e a anarquia total foram imperantes no SPI em tôda a sua área como, também, através dos tempos”. Eis alguns importantes trechos:

Nêsse regime de baração e cutelo viveu o SPI muitos anos. A fertilidade de sua cruenta história registra até crucificação, os castigos físicos eram considerados fato natural nos Postos Indígenas.

Os espancamentos, independentes de idade ou sexo, participavam de rotina e só chamavam a atenção quando, aplicados de modo exagerado, ocasionavam a invalidez ou a morte.

Havia alguns que requintavam a perversidade, obrigando pessoas a castigar seus entes queridos. Via-se, então filho espancar mãe, irmão bater em irmã e, assim por diante.

O “tronco” era, todavia, o mais enconrado de todos os castigos, imperando na 7ª Inspetoria. Consistia na trituração do tornozelo da vítima, colocado entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo. As extremidades, ligadas por roldanas, eram aproximadas lenta e continuamente.

Tanto sofreram os índios na peia e no “tronco” que, embora o Código Penal capitule como crime a prisão em cárcere privado, deve-se saudar a adoção dêsse dito como um inegável progresso no exercício da “proteção ao índio”.

Sem ironia pode-se afirmar que os castigos de trabalho forçado e de prisão em cárcere privado representavam a humanização das relações índio-SPI.

Isso porque, de maneira geral, não se respeitava o indígena como pessoa humana, servindo homens e mulheres, como animais de carga, cujo trabalho deve reverter ao funcionário.

(...)

O trabalho escravo não era a única forma de exploração. Muito adotada também era a usurpação do produto do trabalho. Os roçados laboriosamente cultivados, eram sumariamente arrebatados do miserável sem pagamento de indenização ou satisfação prestada.

(...)

A crueldade para com o indígena só era suplantada pela ganância. No primeiro caso nem todos incorreram nos delitos de maus tratos aos índios, mas raros escaparam dos crimes de desvio, e apropriação ou de dilapidação do patrimônio indígena.

9. Ao final, sumariando os inúmeros crimes cometidos contra os indígenas pelo SPI, o relatório expressamente consigna a “doação criminosa de terras” e a “adulteração de

---

5 Esse documento foi encontrado pelo pesquisador Marcelo Zelic e veio a público em abril de 2013, em reportagem de Felipe Canedo, do jornal “Estado de São Paulo”, intitulada “A história que o Brasil escondeu”. Relatório acessível em <http://www.direitosocioambiental.com.br/relatorio-figueiredo/>

documentos oficiais”.

10. O SPI, criado em 1910, é extinto em 1967 e sucedido, no mesmo ano, pela Fundação Nacional do Índio – Funai.

11. A Comissão Nacional da Verdade, no seu relatório final, em capítulo intitulado “violações de direitos humanos dos povos indígenas”, registra que o novo órgão tutor seguiu reproduzindo as práticas de seu antecessor, especialmente a apropriação das terras indígenas e remoções forçadas de povos, alguns para junto de inimigos tradicionais. Consta do documento:

Denúncias de que as transferências forçadas não serviam apenas para viabilizar obras de infraestrutura, mas também para liberar terras indígenas para a implantação de projetos agroindustriais são frequentes na CPI da Funai de 1977. O sertanista Cotrim Neto reforça esse ponto, afirmando que 'seu trabalho na Funai tem se limitado a simples administrador de interesses de grupos econômicos e segmentos nacionais, dada a política de concessão de áreas indígenas pela Funai [...] (*Folha de São Paulo* de 20/5/1972).

12. O quadro normativo nacional sofre uma alteração profunda e significativa com a Constituição de 1988: ela rompe com os paradigmas da assimilação e da tutela, institui e valoriza o direito dos povos indígenas se considerarem diferentes e serem respeitados como tais e reforça as suas instituições, culturas e tradições. É interessante observar que movimento idêntico é reproduzido no plano internacional, em época muito próxima. Vigorava, desde 1957, a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, que em alguma medida encerrava a ideia de assimilação de povos indígenas e tribais à sociedade majoritária. A Convenção 169 da mesma OIT, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989, vai revogá-la expressamente, constando do seu preâmbulo:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram (...)

13. Todos esses textos normativos, por sua vez, têm a terra como elemento essencial ao exercício dos direitos que passam a ser então reconhecidos aos povos indígenas. A

centralidade da terra está exatamente no fato de ser o espaço de intercâmbio simbólico, que, uma vez suprimido, leva ao colapso do mundo da vida coletiva. Essa circunstância foi ressaltada no julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Petição 3.388/RR), em vários votos. Veja-se, por exemplo, aquele proferido pelo ministro Menezes Direito: “[n]ão 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”. (...). É nela e por meio dela que eles se organizam. É na relação com ela que forjam seus costumes e tradições. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. (...) Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as.”

14. A Constituição de 1988, no Capítulo VIII que trata “dos índios”, contém sete normas específicas sobre “terras tradicionalmente ocupadas por índios”. Além de reconhecer os direitos originários sobre as mesmas – direitos, portanto, congênitos e preexistentes à própria Constituição – vai determinar que a sua demarcação se dê de acordo com os usos, costumes e tradições de cada grupo e que contemple (i) “as habitadas em caráter permanente”; (ii) “as utilizadas para suas atividades produtivas”; (iii) “as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar”; e (iv) “as necessárias à sua reprodução física e cultural” (art. 231 e § 1º). Coerente com a noção de que as terras indígenas constituem espaços simbólicos de identidade, produção e reprodução cultural, a Constituição estabelece em favor dos indígenas o “usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (art. 231, § 2º) e traz cláusulas expressas de limitação dos poderes do Estado em relação a elas: apenas mediante lei complementar, que defina o relevante interesse público da União, pode haver, por terceiros, exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 6º), sendo ainda necessária autorização do Congresso Nacional para cada caso, ouvidas as comunidades afetadas (art. 231, § 3º). De resto, veda a remoção dos povos indígenas de suas terras (art. 231, § 5º), terras que são “inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (art. 231, § 4º).

### III – NORMAS E JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAIS

15. A concepção dos povos originários da América como inferiores e a violência do projeto colonial, com morte, desterritorialização e captura de modos de vida, vão alimentar, em larga medida, as teorias raciais do século XIX que culminaram nas grandes violências ocorridas no século XX, em nome de uma suposta “pureza étnica” dos Estados nacionais. Começa o período da expulsão e morte do estrangeiro, do diferente, de que são exemplos a eliminação em massa dos armênios pelos turcos, em 1915, e a expulsão, também pelos turcos, de 1,3 a 1,5 milhão de gregos que viviam na Ásia Menor, ocorrida em 1922. A Segunda Guerra Mundial, com o holocausto dos judeus e a eliminação de incontáveis “diferentes”, representa, a um só tempo, o paroxismo desse sentimento e o início da inflexão do Estado-nação naquilo que é um dos seus pilares fundacionais: a homogeneidade do povo.

16. Em 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, foi promulgada, em Paris, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio. Esse tratado se vale do conceito de genocídio cunhado por Raphael Lemkin<sup>6</sup>, em obra doutrinária de 1944, a qual, referindo-se às técnicas nazistas, inspira-se nas partículas *genos* (raça, tribo) e *cídio* (assassinato). Já em seu art. 1º, a Convenção diz que o genocídio é crime tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, e o define, em seu art. 2º, como a prática de atos cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso. O art. 2º, “c”, contém um comando importante, segundo o qual constitui ato de genocídio “submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial”. Toda essa disciplina sobre o genocídio foi reproduzida no art. 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

17. Nesse mesmo 11 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consigna, em seu preâmbulo, que os direitos humanos são de aplicação

---

<sup>6</sup> LEMKIN, Raphael apud RAMOS, André Carvalho. Curso de Direitos Humanos, São Paulo: Saraiva, 2014, p.165.

universal e reconhecidos a todas as populações existentes nos Estados membros e nos territórios colocados sob a sua jurisdição. Quase vinte anos depois, em 1966, são aprovados dos Pactos Internacionais – o dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais. Esses três documentos vão ser cunhados, na doutrina, como “Carta Internacional de Direitos Humanos” (*International Bill of Rights*), conferindo sistematicidade ao processo de internacionalização dos direitos humanos<sup>7</sup> e estruturando os seus princípios centrais: universalidade, indivisibilidade, interdependência e unidade. A universalidade vem sendo afirmada desde a Declaração Universal de 1948 até os dias atuais, no sentido de que basta a condição humana para a titularidade de direitos essenciais. Quanto à indivisibilidade, interdependência e unidade desses direitos, a Proclamação de Direitos Humanos da ONU realizada em Teerã, em 1968, foi o primeiro texto a reconhecer que “os direitos humanos e as liberdades individuais são indivisíveis; a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível”. Em 1986, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento estabeleceu em seu art. 6º, § 2º, que “todos os direitos humanos e todas as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; a realização, a promoção e a proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais devem se beneficiar de uma atenção igual e ser encaradas com uma urgência igual”.

18. O artigo 1º.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos com idêntica redação, consigna que “todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) interpretou o artigo 1º comum a esses pactos como aplicável aos povos indígenas<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> RAMOS, André Carvalho. Id, p. 151

<sup>8</sup> ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Considerações de relatórios apresentados por Estados Partes conforme os Artigos 16 e 17 do Pacto. Observações Finais sobre a Federação Russa (trigésima primeira sessão)*. UM doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de dezembro de 2003, par. 11, no qual o Comitê expressou preocupação pela “precária situação das comunidades indígenas no Estado Parte, que afetam seu

19. O artigo 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estatui que “[n]os Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua”. O Comitê de Direitos Humanos, em seu comentário geral nº 23<sup>9</sup>, considerou que certos direitos dos indivíduos protegidos por esse artigo – por exemplo, de desfrutar de uma cultura específica – podem consistir em um modo de vida intimamente associado ao território e ao uso de seus recursos, especialmente no caso de membros de comunidades indígenas que constituem uma minoria. Consta ainda desse comentário, no que diz respeito ao exercício dos direitos culturais protegidos no artigo 27, que a cultura se manifesta de várias formas, incluindo um modo de vida particular associado ao uso dos recursos da terra, especialmente no caso dos povos indígenas, e que o gozo desse direito pode exigir medidas positivas de proteção e medidas para assegurar a participação efetiva de membros de comunidades minoritárias nas decisões que os afetam. O Comitê também reconhece que, a despeito de um Estado poder legitimamente tomar medidas para promover o seu desenvolvimento econômico, não pode prejudicar os direitos protegidos pelo artigo 27. Desse modo, se o impacto da medida significa a negação de uma comunidade de desfrutar de sua própria cultura, ela é incompatível com o artigo 27. Ainda estipulou que a admissibilidade de medidas que comprometem substancialmente ou interferem nas atividades econômicas culturalmente significativas de uma minoria ou comunidade indígena depende da sua participação efetiva no processo de tomada de decisões, o que requer não uma mera consulta, mas o consentimento livre, prévio e informado.

20. Outro documento internacional que surge no período, fundamental para esse regime de universalidade de direitos, é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada em 7 de março de 1966. O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, no 51º período de sessões (1997), na

---

direito à autodeterminação segundo o artigo 1 do Pacto”.

<sup>9</sup> Human Rights Committee, general comment nº 23. Também *Poma Poma v Peru*, comm. nº 1457/2006, 27 March 2009 (CCPR/C/95/D/1457/2006).

recomendação nº 23 relativa aos direitos dos povos indígenas, disse estar “consciente de que em muitas regiões do mundo se discriminou e se segue discriminando aos povos indígenas, privando-os de seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais, e, concretamente, que os colonizadores, as empresas comerciais e as empresas de Estado lhes arrebataram suas terras e seus recursos. Em consequência, a conservação de sua cultura e de sua identidade histórica foi e segue sendo ameaçada”. Desse modo, exorta os Estados Partes a que, entre outras providências, “proporcionem aos povos indígenas as condições que lhes permitam um desenvolvimento econômico e social sustentado, compatível com suas características culturais” e que “reconheçam e protejam os direitos dos povos indígenas a possuir, explorar, controlar e utilizar suas terras, territórios e recursos comunais, e, nos casos em que tenham sido privados de suas terras e territórios de que eram tradicionalmente donos, ou ocuparam ou utilizaram essas terras e territórios sem o consentimento livre e informado desses povos, que se adotem medidas para que sejam devolvidos”.

21. Antes de as Nações Unidas aprovarem os dois textos específicos sobre direitos dos povos indígenas – a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas – foi produzido um documento considerado fundacional no moderno regime internacional dos direitos indígenas. Trata-se de estudo elaborado por José Martinez Cobo<sup>10</sup>, que havia sido designado relator especial pela Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias para o tema da discriminação contra as populações indígenas. O relatório final, apresentado durante os anos de 1981 a 1984, abordou um leque enorme de questões sobre direitos dos povos indígenas, mas parte de uma premissa clara: as identidades das pessoas indígenas são inseparáveis de suas terras. Cobo identificou que o traço comum entre os mais diferentes grupos indígenas é que a preservação, o desenvolvimento e a transmissão para as futuras gerações de seus territórios ancestrais e de sua identidade étnica é a base da continuação de sua existência como pessoas.

---

<sup>10</sup> COBO, José R. Martinez. *Study of the Problem of Discrimination Indigenous Populations: Conclusions, Proposals and Recommendations*, v. V (United Nations publication, Sales nº E.86.XIV.3 and E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add4)

22. Em 1993, no contexto da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi aprovada a Declaração e Programa de Ação de Viena, onde consta:

Congratulando-se com a proclamação de 1993 como Ano Internacional dos Povos Indígenas do Mundo, enquanto forma de reafirmação do empenho da comunidade internacional em garantir a estes povos o gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como em respeitar o valor e a diversidade de suas culturas e identidades.

(...)

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece a dignidade inerente e o contributo único dos povos indígenas para o desenvolvimento e o pluralismo da sociedade e reafirma fortemente o empenho da comunidade internacional no seu bem-estar econômico, social e cultural e no seu gozo dos frutos do desenvolvimento sustentável. Os Estados deverão garantir a participação plena e livre dos povos indígenas em todos os aspectos da vida social, particularmente em questões que sejam do seu interesse. Considerando a importância da promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas, bem como a contribuição de tal promoção e proteção para a estabilidade política e social dos Estados onde vivem esses povos, os Estados deverão, em conformidade com o Direito Internacional, adotar medidas positivas e concertadas com vista a garantir o respeito por todos os direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, na base da igualdade e da não-discriminação, bem como reconhecer o valor e a diversidade das suas distintas identidades, culturas e organizações sociais.

23. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra em 27 de junho de 1989 e com vigência internacional em 5 de setembro de 1991, é o primeiro documento temático no âmbito das Nações Unidas. A Convenção 169 segue a linha evolutiva do direito internacional no seu propósito de garantir “a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, com respeito a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições” (artigo 2, 2b). Toda a Parte II da Convenção é voltada ao tema “terras”, sendo o primeiro dispositivo, artigo 13.1, do seguinte teor: “[a]o aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”. Seguem-se as determinações de (i) reconhecimento das terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantia efetiva de seus direitos de propriedade e posse (artigo 14); (ii) direito à utilização, administração e conservação dos recursos naturais existentes

nas suas terras (artigo 15); (iii) absoluta excepcionalidade do traslado e reassentamento desses povos, a depender do consentimento livre, prévio e informado, com direito de retorno a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento (artigo 16). A Convenção 169 estabelece, em seu art. 7º, que “os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento” e, na eventualidade de algum projeto governamental de desenvolvimento incidir em suas terras, são necessários “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”. O mesmo art. 7º ainda acrescenta que “os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas”. Convém ainda recordar que o art. 6º da Convenção 169 dispõe no sentido de que os governos devem “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”.

24. A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, aprovada pela Assembleia Geral em 13 de setembro de 2007, em seu preâmbulo fez constar que “todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos ou que a propugnam aduzindo razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas”. Parte de uma premissa, também enunciada no preâmbulo, de que “se os povos indígenas controlam os acontecimentos que os afetam e a suas terras, territórios e recursos poderão manter e reforçar suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com suas aspirações e necessidades”. Desse modo, a principal ideia que articula toda a Declaração é a de autodeterminação. Consta de seu artigo 3 que “os povos indígenas têm direito à livre determinação. Em virtude desse direito, determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. A própria Declaração, em suas considerações, vai extrair a gênese desse direito

do artigo 1º.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, acima transcrito. No artigo 8, afirma que “os povos e indivíduos indígenas têm direito a não ser submetidos a uma assimilação forçada nem à destruição de sua cultura” e que os Estados devem adotar mecanismos eficazes para a prevenção de todo ato que tenha “por objeto ou consequência despossuí-los de suas terras, territórios ou recursos”. E, em seu artigo 26, assegura aos povos indígenas direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente possuem, bem como a posse, utilização, desenvolvimento e controle dos mesmos, devendo os Estados assegurar-lhes reconhecimento e proteção jurídicos, segundo os costumes, as tradições e os sistemas de posse dos povos indígenas de que se trate. Finalmente, em seu artigo 19, estabelece também o instituto da consulta aos povos indígenas antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas que os afetem, com o propósito de se obter o seu consentimento livre, prévio e informado.

25. Em fevereiro de 2012, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos lançou as Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Região Amazônica, do Grande Chaco e da Região Oriental do Paraguai, que têm como base a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas de 2007, além de outros instrumentos internacionais referidos ao longo dessa consulta. O primeiro direito que se reconhece a esses povos é exatamente o da autodeterminação, que significa o “respeito a suas estratégias de sobrevivência física e cultural, segundo seus usos e costumes, que pode compreender o isolamento, como contatos e formas seletivas de convivência”. Em seguida, os direitos territoriais, considerando a total interdependência que têm com o meio ambiente e que lhes permite manter suas vidas e culturas, “graças aos conhecimentos profundos que têm sobre os usos, aplicações e cuidados de seu entorno”. Daí ser da responsabilidade dos Estados a delimitação de terras dos povos indígenas em isolamento e em contato inicial, que devem ser declaradas de intangibilidade provisória a favor destes povos até que decidam sua titulação de forma voluntária, não devendo ali realizar-se atividades distintas das dos usos e costumes ancestrais dos habitantes indígenas. O documento chama ainda a atenção para o fato de que qualquer contato que se leve a cabo com povos indígenas em

isolamento que não haja partido de sua iniciativa pode constituir ofensa ao artigo 8 da Declaração dos Povos Indígenas, que assegura o direito desses povos de não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura.

26. Como se percebe, os direitos dos povos indígenas, no âmbito das Nações Unidas, têm um desenvolvimento normativo consistente e progressivo, no sentido de assegurar-lhes o pleno domínio da vida coletiva e a eleição permanente de seu destino comum.

27. Também as relatorias especiais sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos indígenas têm tido papel considerável na consolidação desse quadro normativo, orientando os Estados partes a respeito do seu conteúdo. Um importante informe apresentado ao Conselho de Direitos Humanos<sup>11</sup> em 15 de julho de 2009, pelo então Relator Especial James Anaya, tratou do dever de celebrar consultas, considerados dois contextos em especial: o das reformas constitucionais e legislativas relativas à temática indígena e iniciativas de desenvolvimento e extração de recursos naturais. A consulta, lembra o informe, é uma decorrência do direito à livre determinação desses povos e, em consequência, de perseguir livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Mas também um imperativo democrático, baseado no entendimento da marginalidade relativa e das condições desfavoráveis dos povos indígenas em relação aos processos democráticos normais. Segundo o comitê tripartite do Conselho de Administração da OIT<sup>12</sup>, “a consulta prevista no parágrafo 2 do artigo 15 tem lugar a respeito dos recursos de propriedade do Estado que se encontrem nas terras que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma maneira, tenham ou não título de propriedade sobre os mesmos” (destaque acrescido). O Relator Especial observa que “as medidas de reforma constitucional ou legislativa que interessam ou afetam a todos os povos indígenas de um país vão requerer mecanismos consultivos e representativos apropriados que estejam de alguma maneira abertos a todos eles e a seu alcance”.

---

<sup>11</sup> ONU. A/HRC/12/34

<sup>12</sup> Informe do Comitê encarregado de examinar reclamação em que se alega o descumprimento pela Guatemala da Convenção 169 da OIT, apresentada pela Federação de Trabalhadores do Campo e da Cidade (FTCC), par. 48.

28. Outro importante informe foi apresentado em 17 de julho de 2019 pela então Relatora Especial Victoria Tauli-Corpuz<sup>13</sup>, relativo ao exercício do direito dos povos indígenas à livre determinação mediante a autonomia e o autogoverno. Consta no item 19: “O direito à autonomia ou ao autogoverno, assim como o direito às terras e aos recursos, não é só um conceito jurídico para os povos indígenas, mas também uma questão vinculada aos principais aspectos de sua existência como sociedades diferenciadas. O direito à livre determinação se entende como um direito a controlar seu passado, seu presente e seu futuro: o controle do passado, no sentido de desenvolver um relato próprio de sua história; o controle do presente, no que se refere ao poder de manter os elementos que os caracterizam como sociedades distintas; e o controle do futuro, em referência à segurança de saberem que serão capazes de sobreviver como povos diversos conforme às suas próprias condições”. Os elementos transversais para o exercício da autonomia e do autogoverno seriam: controle das terras, territórios e dos recursos naturais; respeito às autoridades e instituições indígenas; meios para que os povos indígenas possam financiar suas funções autônomas e garantir o direito ao seu próprio desenvolvimento.

29. Muito recentemente, o Departamento das Nações Unidas para Assuntos Econômicos e Sociais produziu um robusto estudo intitulado *State of the World's Indigenous Peoples – 5th volume: Rights to Lands, Territories and Resources*, consolidando esse acúmulo de conhecimento sobre os direitos indígenas, em especial a centralidade dos direitos às terras, territórios e recursos como fonte e condição da identidade política, social, cultural e espiritual desses povos. Lembra ainda que os direitos coletivos dos povos indígenas às suas terras, territórios e recursos são importantes não apenas para o seu próprio bem-estar, mas também para enfrentar os maiores desafios globais, como a mudança climática e a degradação ambiental. Proteger e salvaguardar esses direitos constitui uma maneira efetiva de proteger ecossistemas, cursos d'água e a diversidade biológica.

30. Por fim, ainda que situada fora do sistema ONU, uma análise como a presente não

---

<sup>13</sup> ONU. A/74/149

se esgota sem recorrer à consolidada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse repositório de decisões é estratégico por algumas razões. A primeira e mais óbvia é o fato de ser o continente americano aquele que congrega o maior número de povos indígenas. A segunda é que a Convenção 169 da OIT, desde a sua adoção em junho de 1989, foi ratificada por 23 países, sendo 15 latino-americanos. E a terceira é que a Convenção Americana de Direitos Humanos não tem direitos específicos para os povos indígenas, o que levou a Corte IDH, com base na regra contida no art. 29 da Convenção que impede expressamente interpretação restritiva, excludente ou limitada dos efeitos dos direitos por ela tutelados, a incorporar princípios derivados de outros instrumentos internacionais. O fato é que, na atualidade, a Corte IDH é um dos mais ativos atores na definição dos contornos dos direitos indígenas, notadamente no que diz respeito à terra, ao território e aos recursos.

31. Um caso a ser destacado para o objeto dessa consulta consiste no primeiro julgamento da Corte IDH sobre o tema, em 2001 – *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*<sup>14</sup> - quando interpretou o artigo 21 da Convenção, que protege o direito de propriedade, no sentido de compreender os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal. E afirmou na ocasião: “[o]s indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações”.

32. No caso *Saramaka vs. Suriname*<sup>15</sup> a Corte fez referência expressa ao direito à autodeterminação daquele povo, não obstante o Suriname não fosse signatário da Convenção 169 da OIT, com base nos dois Pactos Internacionais – o dos Direitos Civis e

---

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso *Awas Tigni v. Nicarágua*. Sentença de 31 de agosto de 2001

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso *Povo Saramaka v. Suriname*. Sentença de 28 de novembro de 2007

Políticos e o dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais – bem como o direito de ser titular dos recursos naturais que tradicionalmente usa dentro de seu território. Consta da decisão: “[e]sta conexão entre o território e os recursos naturais necessários para a sua sobrevivência física e cultural é exatamente o que é necessário proteger de acordo com o artigo 21 da Convenção, a fim de garantir aos membros dos povos indígenas e tribais o uso e gozo de sua propriedade”. A Corte, com base na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, determinou que o Estado tem o dever de consultar ativamente essa comunidade, segundo seus costumes e tradições, nos projetos de desenvolvimento ou investimento dentro de seu território. E acrescentou que “quando se trate de projetos de desenvolvimento ou de investimento de grande escala que teriam um impacto maior dentro do território Saramaka, o Estado tem a obrigação não apenas de consultar os Saramaka, mas também deve obter o seu consentimento livre, prévio e informado, segundo seus costumes e tradições”.

33. Um último caso de interesse para a presente análise é o da comunidade indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai<sup>16</sup>, onde a Corte faz uma importante observação sobre noções próprias de posse e domínio que os povos indígenas têm a respeito de suas terras: “[e]sta noção de domínio e posse sobre as terras não necessariamente corresponde à concepção clássica de propriedade, mas merece igual proteção do artigo 21 da Convenção. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dados pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma única forma de usar e dispor dos bens, o que, por sua vez, significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas”. Observou a respeito da jurisprudência da Corte IDH sobre a propriedade comunitária das terras indígenas: “1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio que outorga o Estado; 2) a posse tradicional outorga aos indígenas o direito a exigir o reconhecimento oficial da propriedade e seu registro; 3) o Estado deve delimitar, demarcar e outorgar título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 4) os membros dos povos indígenas que por causas alheias à sua vontade hajam saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre as

---

<sup>16</sup> Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai, sentença de 24 de agosto de 2010.

mesmas, mesmo à falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente trasladadas a terceiros de boa-fé; e 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou de obter outras terras de igual extensão e qualidade”. Nesse ponto, faz referência a um outro precedente, o caso das comunidades indígenas de Yakye Axa y Sawhomaxa v. Paraguai, onde se reconheceu o direito dos povos indígenas a solicitar a devolução de suas terras tradicionais perdidas, inclusive quando se encontrem sob domínio privado e não tenham plena posse das mesmas. E acrescenta: “[a] respeito da possibilidade de recuperar as terras tradicionais, em oportunidades anteriores a Corte estabeleceu que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se sustenta principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, razão por que, enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação de ditas terras permanecerá vigente”.

#### **IV – INICIATIVAS LEGISLATIVAS: VIOLAÇÃO AO REGIME INTERNACIONAL DOS DIREITOS INDÍGENAS**

##### **IV.a) Ausência de consulta no decorrer do processo legislativo**

34. Tanto a Convenção 169 da OIT (artigo 6º) quanto a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (artigo 19) estabelecem a necessidade de consulta aos povos indígenas antes da edição de alguma medida legislativa que os afetem. Como ressaltado acima, o Relator Especial James Anaya observou que “as medidas de reforma constitucional ou legislativa que interessam ou afetam a todos os povos indígenas de um país vão requerer mecanismos consultivos e representativos apropriados que estejam de alguma maneira abertos a todos eles e a seu alcance”.

35. Não há registro, na tramitação do PL 490 ou de qualquer de seus apensos, da instituição de providências tendentes a realizar algum tipo de consulta aos povos indígenas brasileiros, apesar de o tema ali tratado ser aquele que mais imediatamente lhes interessa – a demarcação de suas terras.

36. Tampouco foi adotado pelo órgão indigenista brasileiro – a Fundação Nacional do

Índio - FUNAI – qualquer mecanismo que permitisse chegar aos povos indígenas o conteúdo do debate a ser travado no âmbito do Poder Legislativo, de modo a que eles próprios se mobilizassem a respeito.

37. A discussão do PL 490 sem a participação dos povos indígenas afeta o seu direito mais fundamental: a autodeterminação.

38. Há, nesse caso, violação aos artigos 6º da Convenção 169 da OIT; 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; e 1º.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

#### IV.b) O marco temporal

39. O PL 490, assim considerado o substitutivo apresentado pelo Relator, incorpora a chamada “tese do marco temporal”, estabelecida pelo Supremo Tribunal por ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR) e segundo a qual só há que se falar em terras tradicionalmente ocupadas se os indígenas estiverem em sua posse em 5 de outubro de 1988.

40. Além de essa ser uma informação que consta expressamente do relatório do substitutivo<sup>17</sup>, o seu art. 4º, que vai tratar “Das terras tradicionalmente ocupadas”, contém disciplina específica sobre o assunto, como consigna a transcrição acima.

41. Ressalte-se, de início, que não há uma “tese do marco temporal” firmada pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, houve uma decisão nesse sentido, mas que não chegou a configurar um precedente, tanto que a questão é agora objeto do Recurso Extraordinário 1.017.365/SC com repercussão geral, e o respectivo Relator, Ministro Edson Fachin, votou no sentido da inconstitucionalidade da estipulação de um “marco

---

<sup>17</sup> Conforme visto, **o marco temporal da ocupação indígena de 05/10/1988**, definido pelo art. 231 da Constituição Federal, foi interpretado por ocasião do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (PET 3.388/RR) pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A Suprema Corte acolheu a teoria do **fato indígena**, segundo a qual para caracterizar as terras como tradicionalmente ocupadas por índios, é imprescindível aferir a **efetiva e permanente ocupação das terras pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal**. (destaques no original)

temporal” na demarcação de terras indígenas. O julgamento encontra-se suspenso, sem data prevista para a sua retomada.

42. Como largamente exposto no capítulo anterior, as terras indígenas são o suporte material dos direitos humanos mais fundamentais: identidade, cultura, espiritualidade, religião, dignidade, autodeterminação, igualdade e não-discriminação. E, por essa razão, também informados pelos princípios da universalidade, indivisibilidade, interdependência e unidade. Não tem razoabilidade alguma, no direito internacional dos direitos humanos, a estipulação de uma data a partir da qual direitos deixariam de existir. No caso brasileiro, por exemplo, haveria os povos indígenas que estavam de posse de suas terras em 5 de outubro de 1988 e, por isso, com seus direitos humanos preservados, e aqueles que não o estavam e, desse modo, carentes desses mesmos direitos. Ou seja, cria-se uma fissura na universalidade dos direitos humanos.

43. De resto, nenhum, absolutamente nenhum dos inúmeros documentos internacionais arrolados no capítulo anterior, estabelece uma data limite para a reivindicação de direitos territoriais indígenas. Ao contrário, todos contêm determinação expressa para que os Estados nacionais reconheçam e protejam os direitos dos povos indígenas a possuir, explorar, controlar e utilizar suas terras, territórios e recursos comunais. Recorde-se, nesse ponto, o artigo 8 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, segundo o qual “os povos e indivíduos indígenas têm direito a não ser submetidos a uma assimilação forçada nem à destruição de sua cultura” e que os Estados devem adotar mecanismos eficazes para a prevenção de todo ato que tenha “por objeto ou consequência despossuí-los de suas terras, territórios ou recursos”.

44. A Corte IDH, como visto acima no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, tem jurisprudência firmada no sentido de que não há uma vigência temporal para o direito à reivindicação das terras indígenas. Enquanto essas terras se mantiverem como a base material e espiritual da identidade dos povos indígenas, o direito à sua reivindicação permanece vigente.

45. Recentemente, agora em 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

produziu um relatório concernente à “Situação dos direitos humanos no Brasil”<sup>18</sup>, resultado de missão ao país em 2108, que aponta, em seu item 66:

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

46. O PL 490 – assim chamado, reitere-se, o substitutivo do Relator – tampouco contém qualquer disposição que determine ao Estado brasileiro a adoção de providências caso haja povo indígena “sem terra”, ou seja, sem ocupação de suas terras em 5 de outubro de 1988. Após tratar das terras indígenas tradicionalmente ocupadas e sua respectiva demarcação (artigos 4º a 15), o PL estabelece duas outras modalidades de áreas indígenas: as reservadas (artigos 16 e 17) e as adquiridas (art. 18). Mas não há, em relação a estas, especialmente as reservadas, determinação alguma para que a União adote providências específicas, como a discriminação e a desapropriação. Elas existem apenas como categorias, sem previsão dos procedimentos respectivos.

47. Desse modo, o PL 490 abre a possibilidade de haver povos indígenas sem terras e, portanto, sem direitos existenciais mínimos e sujeitos a processos de assimilação forçada. As ofensas ao arcabouço jurídico internacional sobre direitos dos povos indígenas são inúmeras, especialmente ao seu espírito, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Mais concretamente, há violação aos artigos 1º.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; 2, 2b, 13, 14, 15 e 16 da Convenção 169 da OIT; 3º, 8 e 26 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. E também ofensa a todos os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no tema, desde o caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua até os dias atuais.

---

<sup>18</sup> <http://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/050.asp>

#### IV.c) O renitente esbulho

48. O substitutivo apresentado pelo Relator contém uma única hipótese capaz de afastar a tese do marco temporal: o renitente esbulho devidamente comprovado (art. 4º, §2º), assim considerado “o efetivo conflito possessório, iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição Federal de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada” (art. 4º, §3º).

49. Decorrem da autodeterminação dos povos indígenas as normas internacionais segundo as quais a definição de suas terras se dá de acordo com os usos, costumes e tradições do povo indígena a que concernem. Trata-se de um processo endógeno, ou seja, os limites de uma terra indígena são concebidos a partir da organização espacial do grupo, e não por um dado externo. Como consequência necessária, noções como “ocupação”, “posse” e “resistência” também devem ser compreendidas no contexto do povo indígena respectivo, e não por categorias colhidas no direito que regula a sociedade majoritária, como faz o substitutivo. É por isso que o artigo 8.1 da Convenção 169-OIT determina que “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

50. Tal qual observou a Corte IDH no caso *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, é preciso estar atento para as noções próprias de posse e domínio que os povos indígenas têm a respeito de suas terras: “[e]sta noção de domínio e posse sobre as terras não necessariamente corresponde à concepção clássica de propriedade, mas merece igual proteção do artigo 21 da Convenção. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dados pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que só existe uma única forma de usar e dispor dos bens, o que, por sua vez, significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas”.

51. O substitutivo, com as exigências pertinentes ao “renitente esbulho”, além de homologar apenas a visão majoritária de posse, cria um ônus de prova absurdo para os povos indígenas, com ofensa aos princípios centrais da igualdade e não-discriminação.

Primeiro, com a figura da “controvérsia possessória judicializada”, pois, como já demonstrado em capítulo anterior, desde a colônia até a Constituição de 1988, os indígenas brasileiros não tinham acesso, por si próprios, ao sistema de Justiça, dependendo dos órgãos tutelares, que permaneciam intencionalmente inertes na defesa de seus territórios. Segundo, com a noção de conflito de fato, diante de vários fatores, a começar pela inegável desproporção de força e poder entre os indígenas e aqueles que vinham ocupar as suas terras. Estes contavam com o total apoio do Estado, inclusive dos órgãos tutelares. O Serviço de Proteção aos Índios, por exemplo, dispôs dos Decretos nºs 10.652, de 16 de outubro de 1942, e 52.668, de 11 de outubro de 1963, que previam prisão de até 5 anos para os indígenas considerados “prejudiciais às populações vizinhas<sup>19</sup>”. De modo que, nesse tipo de disputa, os ganhos eram irreais, ao passo que a derrota e o massacre eram, mais do que certos, reais. Também carece de razoabilidade a conclusão de que o reconhecimento de um direito fique a depender de que o seu titular, previamente, tenha feito ou tentado fazer “justiça pelas próprias mãos”. Tal entendimento encerra ainda uma eficácia simbólica perigosa. Como certamente ainda se alongarão no tempo as disputas relativas às suas terras, os indígenas podem ser levados a crer que a resistência física é um elemento importante no reconhecimento de seus direitos. Recorde-se que, a teor do artigo 7.2 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, estes têm o direito coletivo a viver em liberdade, paz e segurança como povos distintos.

52. Há ainda nesse caso uma ofensa direta aos princípios centrais do direito internacional dos direitos humanos, os da igualdade e não-discriminação, presentes em todos os documentos internacionais arrolados em capítulo próprio, ao se criar para os

---

19 Respectivamente:

art. 9º - e) propor ao diretor, mediante requisição do chefe do Inspetoria competente, o recolhimento à colônia disciplinar ou, na sua falta, ao Posto Indígena designado pelo diretor, e pelo tempo que este determinar, nunca excedente a 5 anos, de índio que, por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, for considerado prejudicial à comunidade indígena a que pertencer ou mesmo às populações vizinhas, indígenas ou civilizadas;

Art. 8, X - propor o recolhimento a colônia disciplinar ou, na sua falta, ao Posto Indígena que fôr designada pelo Diretor do SPI, pelo tempo que êste determinar, nunca excedente a cinco anos, do índio que, por infração ou mau procedimento, agindo com discernimento, fôr considerado prejudicial à comunidade indígena a que pertencer, ou mesmo as populações vizinhas, indígenas ou civilizadas.

povos indígenas ônus de prova impossível de ser produzida. Mas muito especificamente a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, adotada em 7 de março de 1966, com ênfase na recomendação nº 23 relativa aos direitos dos povos indígenas do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial.

53. Também o princípio da autodeterminação é afetado, pois os povos indígenas são constrangidos a contar, sobre si, uma história que lhes é alheia. Como lembra a Relatora Especial Victoria Tauli-Corpuz, no Informe acima identificado, o direito à livre determinação se entende como um direito ao controle do passado, do presente e do futuro de cada grupo, e o controle do passado envolve a possibilidade de desenvolver um relato próprio de sua história.

54. Há violação aos artigos 1º.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; 2, 3, 8.1, 13, 14, 15 e 16 da Convenção 169 da OIT; 2, 3, 7.2, 8 e 26 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

#### IV.d) Ampliação de terras indígenas já demarcadas

55. O substitutivo ao PL 490 e apensos traz, em seu art. 13, a vedação de “ampliação de terras indígenas já demarcadas”. Essa proibição, de uma forma geral, não faz sentido, uma vez que, como os direitos territoriais são a base e pressuposto do exercício de outros tantos direitos humanos, se houver erro no processo de sua definição ele precisa ser corrigido a qualquer tempo.

56. Mas, além dessa hipótese mais remota, há casos concretos de demarcações que foram realizadas antes da Constituição de 1988, sob o paradigma da assimilação. Ou seja, territórios precários, tendentes ao desaparecimento quando o seu povo deixasse de existir enquanto tal. Tampouco essa demarcação era feita a partir da organização social de cada grupo, mas revelava, antes, o poder de estabelecimento de fronteiras pelo Estado, criando uma exterioridade ao restante da sociedade nacional, a qual abrigava corpos até a sua completa regeneração, normalização e inclusão no mundo civil.

57. A impossibilidade de revisão dessas demarcações significa o endosso da noção de assimilação, que é correlata à da supremacia racial. Como já exposto anteriormente, as Nações Unidas têm a sua gênese exatamente a partir da compreensão de que é preciso um esforço mundial para vencer essas ideias, consistente num regime robusto de direitos humanos universais, indivisíveis e interdependentes entre si. Além das normas internacionais arroladas nos itens anteriores de análise desse substitutivo, é preciso recorrer também à Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, muito especificamente ao seu artigo 2º, “c”, da Convenção, e ao artigo 6º, “c”, do Estatuto de Roma, acima transcritos. Neles se compreende que se mata um povo quando lhe são impostas condições de vida capazes de levar à sua destruição física. Seus membros morrem ou aqueles que sobrevivem se submetem a um processo de integração da cultura dominante, assimilando a linguagem e o sistema de valores do colonizador. O povo preexistente deixa de existir. Foi o que aconteceu com vários povos indígenas ao longo do projeto colonial.

#### IV.e) Uso e gestão das terras indígenas

58. O substitutivo do Relator, nos artigos 19 a 28, cria uma série de restrições aos povos indígenas quanto ao usufruto dos recursos naturais existentes em suas terras, bem como à eleição de seus projetos de desenvolvimento. Como esses dispositivos foram anteriormente transcritos, chama-se a atenção para os aspectos centrais: (i) a intervenção do Poder Público sobre essas terras, que deveria ser excepcional, passa a ser a regra, abrindo-se um conjunto de obras e atividades que ali podem ser realizadas, inclusive sem consulta aos povos atingidos, como é o caso dos artigos 21 e 23; (ii) em caso de superposição com unidades de conservação, o usufruto indígena passa a ser responsabilidade do órgão federal gestor das áreas protegidas (art. 24); (iii) a permissão de turismo em terras indígenas (art. 28).

59. Com o risco antecipado de ser bastante repetitiva, a definição das terras e do território, bem como o usufruto dos recursos naturais ali existentes, constituem a base para a realização de todos os direitos humanos dos povos indígenas, coletiva e individualmente considerados. A interferência de terceiros sobre esse território é de

natureza absolutamente residual e excepcional, pois, do contrário, os povos indígenas estariam sujeitos a decisões que lhes são exteriores, com o comprometimento de seu direito à autodeterminação e à concepção de projetos próprios de desenvolvimento.

60. Como já exposto exaustivamente, todos os documentos internacionais, os respectivos órgãos de monitoramento, estudos produzidos no âmbito das Nações Unidas, assim como suas relatorias especiais sobre direitos dos povos indígenas, e a jurisprudência que a Corte IDH vem produzindo desde 2001, convergem nesse sentido. A propósito desse último aspecto, recorde-se que, no caso *Saramaka vs. Suriname*, houve uma análise longa sobre o usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes nas terras indígenas e o dever dos Estados nacionais em promover a consulta quando seus projetos de desenvolvimento incidam sobre essas áreas.

61. Mais uma vez recorde-se que tanto a Convenção 169 da OIT (artigos 6, 7 e 15) quanto a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (8, 19 e 26) tratam detalhadamente desse tema, e o substitutivo apresentado pelo Relator ao PL 490, no capítulo destinado ao “uso e gestão das terras indígenas”, está na contramão dessa disciplina.

#### IV.f) Os índios isolados e de contato recente

62. Como já referido, em fevereiro de 2012, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos lançou as Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial da Região Amazônica, do Grande Chaco e da Região Oriental do Paraguai, com preocupação, como o nome sugere, com estratégias de sobrevivência física e cultural de povos que, segundo seus usos e costumes, fazem opção pelo isolamento ou por contatos e formas seletivas de convivência.

63. No relatório produzido pela CIDH antes referido<sup>20</sup>, consta do seu item 81:

Durante sua visita, a CIDH ainda expressou sua preocupação sobre a situação dos direitos humanos dos povos indígenas em isolamento voluntário ou de contato inicial. A CIDH reitera a extrema vulnerabilidade a que esses povos amazônicos

---

<sup>20</sup> <http://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/050.asp>

estão expostos, resultado da presença de pessoas e atividades externas relacionadas à indústria extrativa que alteram seus sistemas de vida, visão de mundo e representação sociocultural, além de aumentar o risco de propagação de doenças comuns em pessoas sem imunidade. Nesse sentido, recebeu-se informação que demonstra, por exemplo, a situação urgente de saúde que afeta as comunidades indígenas Yanomami que vivem no sul da Venezuela e no norte do Brasil, resultado de surtos descontrolados de sarampo. A falta de prestação de serviços médicos culturalmente adequados a esses casos coloca em risco não apenas a vida de cada pessoa, mas também a sobrevivência física e cultural de suas comunidades.

64. O substitutivo apresentado pelo Relator trata de forma absolutamente insuficiente o tema. Todo ele se encerra no art. 29, o qual contempla apenas os povos isolados, e não os de contato recente. Tampouco há previsão de qualquer proteção territorial para assegurar que não se realize o contato indesejado, o qual, recorde-se, pode configurar ofensa ao artigo 8 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que assegura o direito desses povos a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. Mas há algo pior. O §2º do art. 29 abre a possibilidade para que entidades particulares, nacionais ou internacionais, contratadas pelo Estado para “prestar auxílio médico ou para intermediar ação estatal de utilidade pública”, possam atuar junto a esses povos. Ora, o princípio da máxima contenção do contato impõe ao poder público a exclusividade dessa atividade, por meio de sua agência especializada, que conta com servidores treinados ao longo do tempo para saberem se comportar nessas situações. De resto, a expressão “ação estatal de utilidade pública” abre enormemente o espaço de possibilidades para todo o tipo de presença nessas áreas, como seria o caso, por exemplo, das missões religiosas. A esse respeito, o Decreto 10.282/2020, que, no contexto da Covid-19, define os serviços públicos e as atividades essenciais, além de conferir uma amplitude enorme a esses conceitos num cenário de pandemia, qualifica como tais as “atividades religiosas de qualquer natureza” (art. 3º, §1º, XXXIX). E a Lei 14.021/2020, que dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas, ao tratar dos índios isolados ou de recente contato, permite, em seu art. 13, §1º, que as missões religiosas que ali estejam possam permanecer mediante aval do médico responsável. A ênfase sobre as missões religiosas decorre do fato de que o seu propósito específico é a conversão das almas, com o afastamento das crenças tradicionais e a incorporação da religião que se transmite. Não

há hipótese mais característica de assimilação do que essa, razão por que ela habita o coração do projeto colonial.

65. É preciso reforçar que as Diretrizes de Proteção para os Povos Indígenas em Isolamento e em Contato Inicial têm amparo em toda essa disciplina internacional, notadamente os dois Pactos Internacionais (art. 1º.1), a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, e suas ideias centrais de autodeterminação, terras, territórios e usufruto dos recursos.

66. O substitutivo ao PL 490, também no ponto específico, viola esse conjunto de normas.

## V - CONCLUSÃO

67. O PL 490, seus apensos e o substitutivo do Relator estão no contexto de uma agenda parlamentar anti-indígena. O relatório da CIDH<sup>21</sup>, nos itens 56 e 57, consignou:

Apesar dos avanços registrados na legislação, a CIDH vê como grave e preocupante a situação dos povos e comunidades indígenas do Brasil. Aos registros de ameaça e invasão aos seus territórios por não indígenas, somam-se profundos desafios quanto à titulação e proteção de suas terras e, em inúmeros casos, os povos e comunidades indígenas se veem sem a necessária proteção do Estado. Nesse âmbito, a Comissão manifesta sua grande preocupação a respeito do processo de revisão das políticas indigenistas e ambientais do país, o que tem favorecido as ocupações ilegais das terras ancestrais, encorajado atos de violência contra suas lideranças e comunidades indígenas, e autorizado a destruição ambiental de seus territórios.

Soma-se aos problemas apresentados, a emergência de agendas parlamentares que visam minar os avanços no âmbito das políticas indigenistas. A esse respeito, a Comissão recebeu informações de que, no final de 2018, havia mais de 100 projetos de lei tramitando no Congresso Nacional que objetivavam a restrição de direitos indígenas, especialmente em matéria de demarcação de terras.

68. A presente análise ficou centrada no substitutivo do Relator porque ele incorporou as principais formulações constantes dos apensos. E, apesar de ter destacado os pontos mais obviamente contrários à disciplina e à jurisprudência internacional, esse substitutivo, no seu conjunto, é uma evidente tentativa de neutralizar o artigo 231 da Constituição

---

<sup>21</sup> *Id, ib.*

brasileira, cujo conteúdo está totalmente alinhado aos parâmetros internacionais apresentados.

69. Uma outra observação fundamental é que, a despeito de se apontar a violação a normas específicas inscritas em documentos internacionais, o substitutivo do Relator ao PL 490 é contrário a todo o espírito que os anima: autodeterminação dos povos indígenas e segurança de seus territórios, bem como o usufruto exclusivo dos recursos naturais ali existentes, de modo a lhes viabilizar o gozo de todos os demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais.

70. Para finalizar, uma lembrança oportuna. A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural faz constar, em seu preâmbulo, que “a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças” e que “a cultura se encontra no centro dos debates contemporâneos sobre a identidade, a coesão social e o desenvolvimento de uma economia fundada no saber”.

71. A ausência da consulta aos povos interessados mostra o quanto se está distante desse propósito. Há, na atualidade, um campo de estudo organizado em torno do conceito “epistemologias da ignorância”<sup>22</sup>, que analisa, dentre outros aspectos, as estratégias que produzem e perpetuam ignorância como forma de controle dos sujeitos e dos seus imaginários. O PL 490 – aqui incluídos todos os apensos e o substitutivo do relator – insiste na forma mais colonial de exploração e controle do “outro”, mediante a sua negação, a ausência de reconhecimento de que seja produtor de saber, e não mero consumidor.

Brasília, 29 de setembro de 2021.

Deborah Duprat  
OAB-DF 65.698

---

<sup>22</sup> Martin Alcoff, Linda. “Epistemologies of Ignorance”. Shannon Sullivan y Nancy Tuana (eds.), *Race and Epistemologies of Ignorance*. Albany: State University of New York Press, 2007, p. 39-57

