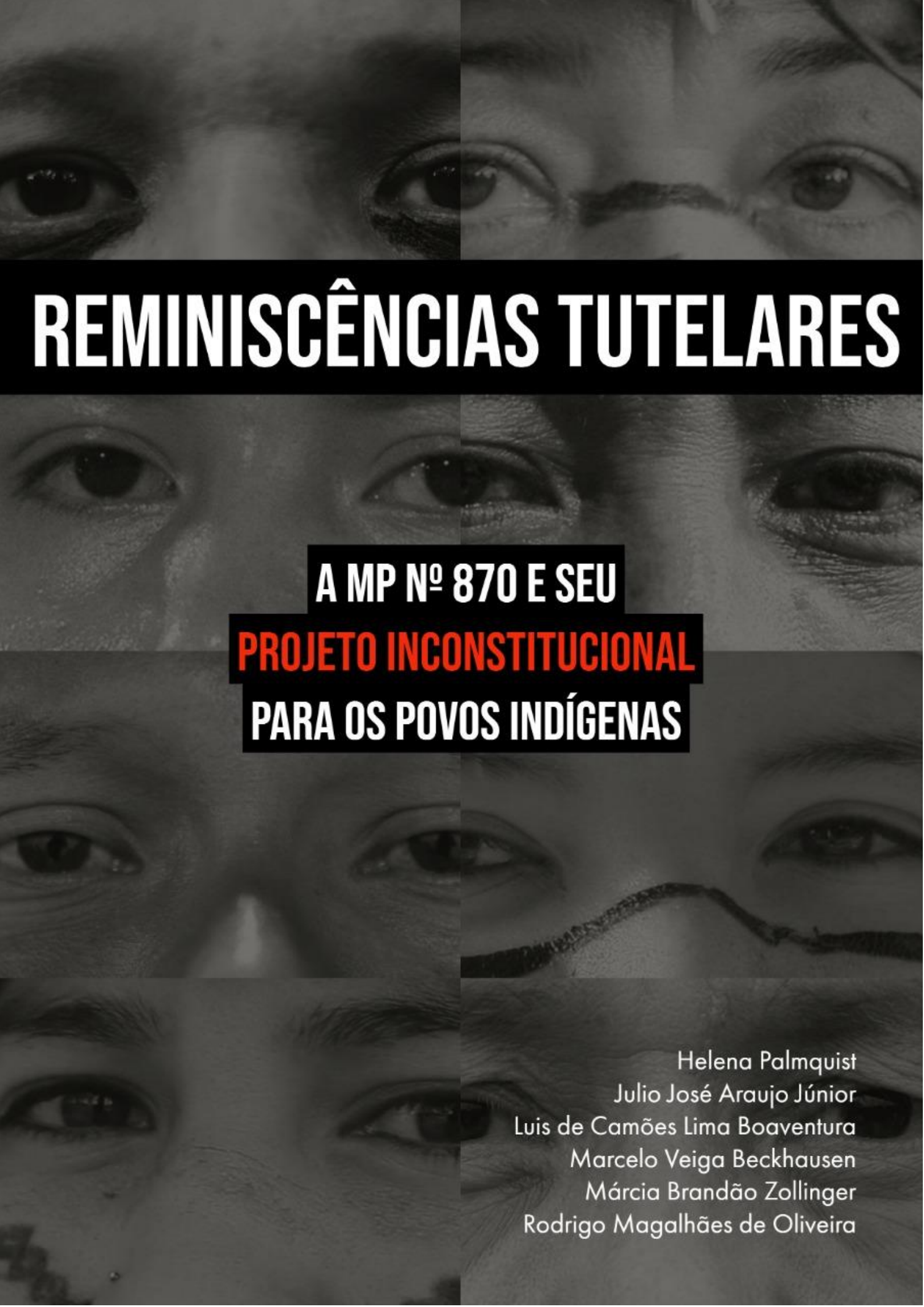




REMINISCÊNCIAS TUTELARES

**A MP Nº 870 E SEU
PROJETO INCONSTITUCIONAL
PARA OS POVOS INDÍGENAS**

Helena Palmquist
Julio José Araujo Júnior
Luis de Camões Lima Boaventura
Marcelo Veiga Beckhausen
Márcia Brandão Zollinger
Rodrigo Magalhães de Oliveira

Reminiscências tutelares: A MP 870/2019 e seu projeto inconstitucional para os povos indígenas

Helena Palmquist

Assessora de comunicação do MPF/PA
Mestra em Antropologia Social pela UFPA

Julio José Araujo Junior

Procurador da República em São João de Meriti (RJ)
Mestre em Direito Público pela UERJ

Luis de Camões Lima Boaventura

Procurador da República em Santarém (PA)
Especialista em Direito Público pela ESMPU

Marcelo Veiga Beckhausen

Procurador Regional da República na 4ª Região
Mestre em Direito pela Unisinos

Márcia Brandão Zollinger

Procuradora da República no Distrito Federal
Mestra em Direito pela UFPR

Rodrigo Magalhães de Oliveira

Assessor jurídico do MPF/PA
Mestre em Direitos Humanos pela UFPA

Arte da capa:
Murilo Hildebrand de Abreu

Brasil, 2019

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos jurídicos da Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019, e a sua repercussão sobre os direitos dos povos indígenas.

Com o alegado fim de estabelecer a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, o governo federal editou, em 1º de janeiro de 2019, a Medida Provisória nº 870/2019, publicada em edição especial do Diário Oficial da União no mesmo dia.

O art. 21, XIV da MP estabeleceu as áreas de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), atribuindo-lhe as atividades de identificação, delimitação, demarcação e registro de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, nos seguintes termos:

Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento

Art. 21. Constituem áreas de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento:

XIV - reforma agrária, regularização fundiária de áreas rurais, Amazônia Legal, terras indígenas e quilombolas;

§ 2º. A competência de que trata o inciso XIV do caput, compreende:

I - a identificação, a delimitação, a demarcação e os registros de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas;

Em complemento à MP nº 870/2019, o Decreto nº 9.667, de 2 de janeiro de 2019, que organiza as funções e cargos no referido Ministério, incumbiu à Secretaria Especial de Assuntos Fundiários a competência para a identificação, demarcação e registro das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, bem como do licenciamento ambiental de projetos que afetem terras quilombolas e indígenas. O decreto criou, ainda, o Departamento de Identificação, Demarcação e Licenciamento, com competência nessas matérias, como se depreende dos artigos 11 e 14 do ato infralegal:

Art. 11. À Secretaria Especial de Assuntos Fundiários compete:

I - formular, coordenar e supervisionar as ações e diretrizes sobre:

(...)

f) identificação, delimitação, demarcação e registro das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas;

g) licenciamento ambiental nas terras quilombolas e indígenas, em conjunto com os órgãos competentes;
(...)

Art. 14. Ao Departamento de Identificação, Demarcação e Licenciamento compete:

I - coordenar, implementar, normatizar e traçar diretrizes acerca da identificação e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas e de terras remanescentes de quilombos;

II - coordenar a formação de Grupos Técnicos Especializados para realizar o estudo de identificação e demarcação de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas;

III - manifestar-se em todo e qualquer licenciamento que afete direta ou indiretamente as terras indígenas e quilombolas; e

IV - celebrar contratos, convênios e termos necessários ao cumprimento das metas e objetivos da Secretaria de Assuntos Fundiários.

O artigo 43 da MP nº 870/2019 também transferiu a supervisão ministerial da Funai, do Ministério da Justiça (MJ) ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o que veio a ser confirmado pela edição do Decreto nº 9.673/2019 (Anexo I, art. 2º, IV).

O art. 66, ainda do Decreto nº 9.667/2019, transferiu do MJ para o MAPA a competência descrita no art. 2º, §10º do Decreto nº 1.775/96, que disciplina o processo administrativo de demarcação de terras indígenas¹.

Em síntese, o governo federal promoveu uma mudança profunda na política indigenista, mediante as seguintes alterações institucionais:

- Transferiu a supervisão ministerial da Funai do Ministério da Justiça para o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos;
- Transferiu a competência para realizar a identificação e delimitação das terras indígenas à Secretaria Especial de Assuntos Fundiários do MAPA, subtraindo-a da Funai;
- Transferiu do MJ para o MAPA a competência para expedir portaria declaratória das terras indígenas;
- Transferiu a competência para se manifestar como interveniente em processos de licenciamento ambiental que afetem povos indígenas da Funai para Secretaria Especial de Assuntos Fundiários do MAPA;

1 “I - declarar, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação; II - prescrever todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; III - desaprovar a identificação e retornar os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes”.

Além das mudanças contidas nos atos normativos, representantes do governo afirmaram, em seminário promovido pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF), que ficarão a cargo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) – agora vinculado ao MAPA – as atividades relativas à identificação, delimitação, demarcação e titulação de terras indígenas². As decisões sobre demarcação de terras indígenas serão tomadas por um órgão colegiado, composto pelos Ministérios da Mulher, Família e Direitos Humanos, da Agricultura, do Meio Ambiente, Gabinete de Segurança Institucional, da Defesa e da Casa Civil. Na mesma ocasião, os representantes disseram que o governo planeja promover alterações no Decreto nº 1.775/96, para adequar o processo administrativo de demarcação ao novo quadro institucional.

Tanto a MP como os decretos padecem de vícios de constitucionalidade e convencionalidade (sistema do duplo controle dos atos e normas)³, colocando em risco o exercício dos direitos fundamentais pelos povos indígenas, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho, levando em consideração aspectos formais e materiais.

Após uma breve contextualização sobre a consagração dos direitos indígenas na Constituição de 1988, serão abordados os aspectos formais atinentes ao processo de elaboração da medida provisória, os quais abrangem o exame da observância dos requisitos para a edição da medida provisória e a omissão estatal acerca do cumprimento da exigência da consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (doravante, Convenção nº 169/OIT). Em seguida, o conteúdo da MP será analisado à luz dos direitos fundamentais dos povos indígenas, com especial atenção – mas não apenas – às previsões contidas no art. 231 do texto constitucional e suas múltiplas dimensões; bem como em face do dever estatal de prevenir o genocídio, à luz da legislação internacional que cuida do tema.

2 Estas mudanças foram antecipadas pela representante do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos no seminário “Diálogo: Perspectivas dos Direitos Constitucionais Indígenas”, promovido pela 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em Brasília, no dia 23 de janeiro de 2019.

3 Segundo André de Carvalho Ramos, “todo ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles [controle de constitucionalidade e convencionalidade – isto é, a conformidade dos atos e normas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados no Brasil], para que sejam respeitados os direitos no Brasil” (RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.).

1. Contextualização histórica dos direitos dos povos indígenas

Historicamente, o Estado brasileiro despendeu aos povos indígenas políticas de viés racista e discriminatório. Desde o período colonial, foram realizados diversos projetos com vistas a fazer desaparecer o elemento indígena, ou ao menos torná-lo resquício de um passado de fundação da nação⁴. De forma resumida, cabe rememorar alguns dos marcos do colonialismo na relação estabelecida com esses povos, os quais ainda perduram, a despeito das mudanças normativas e das conquistas propiciadas pela luta dos povos indígenas.

O questionamento da condição humana⁵, a atribuição de primitivismo e a imputação do atraso civilizatório aos indígenas⁶ conduziram as políticas oficiais a oscilarem entre a “pacificação” e o extermínio⁷, ambos capazes de detonar violências materiais e imateriais sobre esses grupos étnicos, caracterizando faces distintas, porém igualmente destrutivas, porque complementares entre si, do genocídio brasileiro. Em diferentes momentos do período colonial, as guerras “justas”, as políticas de aldeamento e a exploração do trabalho forçado contribuíram para o projeto estatal de expansão do território nacional, mediante o confinamento e a catequese dos indígenas⁸.

As políticas coloniais adotadas para os índios não se limitavam a enfrentamentos, abrangendo também a assimilação forçada e a tentativa “pacífica”⁹ de mistura à massa nacional, como forma de negação da identidade. Nesse sentido, o Diretório dos Índios (1755), estendido ao país pela Carta Régia de 1758, transformou os antigos aldeamentos em

4 BERTA, Ribeiro. *O índio na história do Brasil*. São Paulo: Global Editora, 2009.

5 Sobre isso, veja-se: LAS CASAS, Frei Bartolomé de. *O paraíso destruído: A sangrenta história da conquista da América*. Tradução de Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L&PM, 2001.

6 “Sob a pressão moral e técnica da cultura adiantada, esparrama-se a do povo atrasado. Perde o indígena a capacidade de desenvolver-se autonomamente tanto quanto a de elevar-se de repente, por imitação natural ou forçada, aos padrões que lhe propõe o imperialismo colonizador. Mesmo que se salvem formas ou acessórios de cultura, perde-se o que Pitt-Rivers considera o *potencial*, isto é, a capacidade construtora da cultura, o seu eia, o seu ritmo”. FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 51ª ed. rev. São Paulo: Global, 2006, p. 157.

7 Sobre o tema, veja-se: OLIVEIRA, João Pacheco de. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.

8 Cf. ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfoses indígenas: Identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 88.

9 O caráter “pacífico” da política indigenista durante o período colonial limitava-se ao campo do discurso, pois a violência contra os indígenas foi a tônica das práticas estatais. Os procedimentos “brandos e suasórios” resultaram na morte de enormes contingentes populacionais. Sobre o tema, conferir: PACHECO DE OLIVEIRA, João. “Pacificação e tutela militar na gestão das populações e territórios”. *MANA* 20(1): 125-161, 2014.

vilas e estimulou os casamentos interétnicos, além de promover a abolição do uso da língua geral. Os indígenas passaram então a ser tratados como súditos, misturando-se ao restante da população, afastando-se qualquer tratamento diferenciado. As preocupações oficiais, em meados do século XVIII, dirigiam-se aos “índios bravos”, ou seja, aqueles que estavam nos sertões e não haviam se imiscuído na comunidade nacional¹⁰.

Com a independência do país (1822) e a instituição formal da propriedade privada, pela Lei de Terras (Lei nº 601/1850), conferiu-se cidadania aos indígenas, mas uma cidadania mitigada¹¹. Em outras palavras, havia igualdade formal, porém tais populações eram tidas como invisíveis, sem protagonismo ou relevância política. Enquanto os chamados “índios bravos” eram tratados como indígenas, mas não cidadãos, os “índios mansos”, “misturados” ao restante da população, deixavam de ostentar tal condição identitária para serem cidadãos¹².

No documento “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil” (1823), de José Bonifácio de Andrada e Silva, pode-se notar claramente tal distinção, bem como a defesa de um projeto civilizatório que oferecesse as condições para que todos os indígenas fossem integrados à sociedade nacional. Propunha-se o aperfeiçoamento dos métodos jesuítas e o aldeamento de “índios bravos”, por meio da brandura e da concessão de benefícios. Além disso, Bonifácio defendia a agricultura de gêneros alimentícios e a criação de gados¹³. Tal programa inspiraria o indigenismo republicano.

10 Em contraponto a isso, o Alvará de 1º de abril de 1680, ao tratar da regulação do abastecimento de trabalhadores para a cultura das chamadas drogas do sertão no Maranhão, reconhecia o respeito aos direitos dos índios sobre suas terras, tratando-os como “primários e naturais senhores dela”. Essa previsão, repetida em documentos posteriores, subsidiaria a formulação da teoria do indigenato, já no século XX, por João Mendes Júnior, e que inspiraria o art. 231 da Constituição de 1988. Veja-se: “destas se reservaria sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos índios primários e naturais senhores dela” (atualização ortográfica). Cf. PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na Legislação Colonial. *Revista De Direito da USP*, v. 95, 2000, p. 115.

11 Sobre o uso do termo, com uma abordagem sobre países vizinhos ao Brasil, mas com trajetórias semelhantes em relação aos povos indígenas, veja-se: Cf. ESCOBAR OHMSTEDE, Antonio. Ciudadanías diferenciadas em los procesos de conformación de las naciones y los estados em el siglo XIX (México, Bolivia, Colombia). In: DE JONG, Ingrid. *Las poblaciones indígenas em la conformación de las naciones y los Estados em la América Latina decimonónica*. Ciudad de México: El Colégio de México, CIESAS, Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán, 2016, p. 73.

12 ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Metamorfoses indígenas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 25.

13 Outras propostas de Bonifácio eram a abertura de comércio, o favorecimento de casamentos interétnicos, a criação de colégios de missionários, o estabelecimento de presídios militares em distâncias necessárias e adequadas – para garantir que os missionários fossem respeitados pelos índios –, a realização de

Após a Lei de Terras, desencadeou-se um processo de espoliação, com forte pressão sobre os “índios bravos”. Segundo Manuela Carneiro da Cunha, trata-se de um processo de duas faces: em primeiro lugar, realizam-se aldeamentos das chamadas “hordas selvagens”, liberando as áreas de expansão e encorajando o povoamento destas por não indígenas; em seguida, extinguem-se aldeias a pretexto de que os índios se acham “confundidos com a massa da população”¹⁴.

O indigenismo republicano, de natureza positivista, defendia que os indígenas estavam na etapa “fetichista” do desenvolvimento humano, de modo que o seu desenvolvimento dependia do oferecimento de certas condições, por meio de um convencimento não violento em favor da “civilização”. Em vez da catequese, defendia-se o amparo social e a proteção contra o extermínio¹⁵. Para liberar os sertões, são estabelecidos os chamados “cercos de paz”, com controle e disciplina das populações indígenas, garantindo-se, após o Código Civil de 1916 e a Lei nº 5.484/1928, o poder tutelar¹⁶.

Não surpreende, pois, que a ação estatal dirigida aos indígenas tenha sido alocada, no início do período republicano, no Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, no qual havia a meta de sedentarização daqueles grupos e a sua transformação em trabalhadores nacionais, com vistas a viabilizar o desenvolvimento econômico no interior do país. Cabia ao Ministério a imigração, a colonização, catequese e civilização dos índios (art. 2º, 1º, b, do Decreto nº 1.606, de 29 de dezembro de 1906). Em 1910, surge o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que passou a ser unicamente SPI em 1918, com o propósito de dirigir a política indigenista para garantir a “integração”. O papel do SPI consistia em assegurar que os povos indígenas não representassem um obstáculo ao desenvolvimento nacional. Para tanto, foi necessário reservar alguns espaços, muitas vezes diminutos, para que os grupos ficassem confinados e fossem preparados à integração.

bandeiras para buscar novos índios bravos a serem aldeados e a atuação para impedir a introdução da bebida cachaça nas aldeias. Cf. ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *Legislação indigenista no século XIX*. São Paulo: Edusp, 1992, p. 347-360.

14 Cf. CUNHA, Manuela Carneiro da (org.) *Legislação Indigenista no Século XIX*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992, p. 23.

15 Cf. RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 155.

16 LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995, p. 129.

Enquanto não integrados, os indígenas se submeteriam à tutela estatal, por meio do SPI e de seus inspetores¹⁷.

Essa perspectiva esteve presente durante todo o século XX, vigorando até a promulgação da Constituição de 1988. O tratamento constitucional da matéria indígena, desde 1934, permitiu a elaboração gradual de uma noção diferenciada das terras ocupadas pelos índios, como mostra a associação ao termo *habitat*, feita pelo Supremo Tribunal Federal durante a vigência da Constituição de 1946¹⁸. Contudo, persistia em políticas oficiais do Estado e nos anseios da sociedade nacional a compreensão de que esses povos estavam fadados a não mais existirem, em razão da evolução da humanidade e da perda de sua identidade, era uma tendência que se verificava nos textos normativos e nas políticas oficiais do Estado brasileiro¹⁹. É o que se identificava também nas Constituições do período da ditadura civil-militar (1967 e 1969) e no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973). Este último estabelecia a classificação dos indígenas conforme o grau de integração e conferia ao poder tutelar do Estado as diretrizes, por meio da Funai, para a definição dos destinos de cada indivíduo ou grupo.

Importante recordar que, em 1967, foi extinto o SPI e criada a Funai, após diversas denúncias de violências praticadas contra indígenas, cometidas por funcionários do SPI, o que motivou a criação de duas Comissões Parlamentares de Inquérito e o chamado Relatório Figueiredo, que constatou ocorrência de genocídio contra os povos indígenas, mediante uma

17 Em 1930, o órgão migra do Ministério da Agricultura para o do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 1934, para o Ministério da Guerra, criado por Getúlio Vargas. Em 1939, o SPI volta a estar vinculado ao Ministério da Agricultura, permanecendo assim até a sua extinção, em 1966. Em 1967, o SPI foi extinto. As violações praticadas pelo SPI foram registradas no Relatório Figueiredo, que contribuiu para a extinção do órgão e a criação da Funai (Disponível em <<http://midia.pgr.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2016).

18 Nesse sentido, cabe citar o voto clássico do ministro Victor Nunes Leal: “Se os índios, na data da Constituição Federal, ocupavam determinado território, porque desse território tiravam seus recursos alimentícios, embora sem terem construções ou obras permanentes que testemunhassem posse de acordo com o nosso conceito, essa área, na qual e da qual vivem, era necessária à sua subsistência. Essa área, existente na data da Constituição Federal, é que se mandou respeitar. Se ela foi reduzida por lei posterior; se o Estado a diminuiu de dez mil hectares, amanhã a reduziria em outros dez, depois, mais dez, e poderia acabar confinando os índios a um pequeno trato, até ao terreiro da aldeia, porque ali é que a 'posse' estaria materializada nas malocas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 44.585, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ribeiro da Costa, julg. 30.08.1961, p. 471-472.

19 Para Celso Bastos, por exemplo, seriam silvícolas tão somente os indígenas “ainda não aculturados à nossa civilização”: “Como esta é uma situação eventualmente transitória, em face da possibilidade de sua integração paulatina nos padrões culturais da Nação brasileira, o constituinte quis deixar campo aberto à alienação dessas terras, uma vez desocupadas em razão da ocorrência do processo de assimilação cultural”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 110.

série de práticas, de chacinas e sevícias a roubo de terras e patrimônios e trabalhos forçados²⁰.

Nos anos 1970 e 1980, a resistência a projetos e políticas da ditadura, como a da emancipação²¹ e as de atração e contato, e o horror causado pelas violações de direitos desses povos, como a construção da rodovia BR-174, que causou a morte de milhares de indígenas da etnia Waimiri-Atroari na Amazônia²²; da BR-163, que levou à beira da extinção a etnia Panará; ou da usina de Tucuruí, que alagou territórios ancestrais e expulsou os Gavião Parkatejê, entre outros episódios, levaram à progressiva organização do movimento indígena e seu engajamento na participação e na formulação de pautas na Constituinte de 1987/1988, o que viabilizou, de forma inovadora, um texto constitucional que rompe com a visão tutelar antes vigente, conforme detalhado a seguir.

Ao enfatizar a autonomia dos povos indígenas, a Constituição de 1988 rejeita o projeto integracionista de Constituições anteriores e exige o respeito pelos modos de vida, costumes e tradições dos povos indígenas, mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam²³. São reconhecidos aos indígenas o direito de serem como quiserem e de terem sua organização social e costumes respeitados. Afastam-se a inferioridade e a incapacidade civil, e realça-se o caráter diferenciado de tais grupos, em igualdade de condições com os grupos dominantes. Passou-se a assegurar aos povos

20 FIGUEIREDO, Jader. Relatório Figueiredo. 1967.

21 O projeto da “emancipação” consistia na pretensão da ditadura de “emancipar” de forma coletiva os chamados indígenas “aculturados”. O termo “emancipar” era utilizado com o sentido previsto no Código Civil, ou seja, o de afastar a incapacidade absoluta e o regime tutelar. A proposta buscava, de fato, excluir a condição indígena de determinado grupo e, por conseguinte, afastar o direito à terra na forma prevista no art. 198 da Constituição, já que esta só eventualmente poderia ser doada à comunidade. Sobre o tema, ver: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. A questão da emancipação. *Cadernos da Comissão Pró-Índio*, v. 1 (São Paulo), ago, 1979; Conselho Indigenista Missionário - CIMI. *Outros 500: Construindo uma nova história*. São Paulo: Salesiana, 2001, p. 121; CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 114.

22 Em 1980, a realização do IV Tribunal Russell, em Roterdã, um tribunal popular que denunciava a prática de crimes de guerra e contra a humanidade, expôs ao mundo, em edição temática, os genocídios praticados contra os índios em várias partes da América do Sul, inclusive no Brasil. Problemas vivenciados por povos do rio Negro com missões salesianas, os impactos da construção da Rodovia BR-174 sobre o povo Waimiri-Atroari, a expropriação sistemática de terras do povo Nhambiquara, a influência de missões salesianas sobre os modos de vida dos povos do Rio Negro e os ataques sofridos pelos povos Kaingang, no Paraná, e Yanomami, em Roraima, foram destacados. Cf. VERMEER, Ben (ed.). *Archive of the Fourth Russell Tribunal: on the rights of the Indians of the Americas*. Amsterdam: Brill, 1999. *Informe del Cuarto Tribunal Russell sobre los Derechos de los pueblos indígenas de las Américas: conclusiones*. Novembro, 1980.

23 A esse respeito, cabe citar: SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

indígenas o direito de viverem como desejarem.

A Constituição permite uma clara associação do pluralismo à própria construção da democracia. O pluralismo político, associado às diversas formas de participação popular, sobretudo no que tange aos grupos marginalizados, densifica e efetiva a democracia. Quanto mais compreensível ou mais acessível se torna o alcance aos instrumentos que compõem os processos decisórios estabelecidos pela Constituição, mais legítimo se torna o Estado Democrático de Direito.

Outra faceta dessa concepção plural diz respeito ao fato de que o próprio ordenamento jurídico, como um todo, deve ser encarado à luz das interpretações que os diversos grupos formadores da sociedade brasileira dele fazem. Por exemplo, a ideia de propriedade, contida no art. 5º, XXII, não se resume à propriedade privada, devendo englobar as diferentes concepções de uso da terra, abrangendo os modos de ocupação dos povos tradicionais. Da mesma forma, a noção de supremacia do interesse público não pode ser pensada de forma abstrata, estando sujeita ao crivo dos direitos fundamentais dessas comunidades²⁴.

O reconhecimento exposto no art. 231 conferiu, explicitamente, aos diferentes grupos étnicos indígenas no nosso país o direito à diversidade cultural. E trata-se de direito fundamental, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo no que se refere ao direito fundamental ao reconhecimento²⁵, garantindo-se uma interpretação a mais extensiva possível em favor de sua concretização²⁶.

O art. 231 revela uma dimensão sociocultural que é a essência do diálogo

24 Nesse sentido, veja-se: SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 97-143.

25 Sobre a relação da dignidade da pessoa humana com o direito ao reconhecimento, veja-se: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

26 “Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos etc. Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade.”. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p.108.

intercultural e da territorialidade²⁷. Isso importa uma mudança do próprio papel da Funai, que passa a ser redimensionado na direção do novo texto. Em vez de exercer o poder tutelar, incumbe à autarquia dirigir a política indigenista para assegurar o exercício da autonomia aos povos indígenas e a efetivação dos direitos territoriais previstos na Constituição. Seu papel é o de instituidora, garantidora, fomentadora e articuladora dos direitos fundamentais dos povos indígenas, e não mais de tutora.

A política indigenista deve observar essa compreensão, afastando o risco de que, na persistência de práticas administrativas do regime tutelar, acabe por prevalecer uma hierarquização dos grupos que compõem a sociedade nacional; ou ainda da instrumentalização dos povos indígenas para projetos de “interesse nacional”. Qualquer ação legislativa ou administrativa que subordine a existência dos direitos indígenas a outros interesses ou condicione a sua concretização à instrumentalização de outras políticas merece análise crítica, a ponto de colocar em xeque a própria presunção de constitucionalidade dos atos.

Após três décadas de vigência da Constituição de 1988, os direitos indígenas sofrem constantes ameaças, sobretudo os territoriais, vide a quantidade de iniciativas legislativas que tentam suprimir ou esvaziar concretamente estes direitos²⁸. O esforço inconstitucional de argumentar que demarcar terras não é necessário reforça, na maioria dos casos, uma percepção de que os indígenas não devem ser ouvidos. É como se o Estado ainda detivesse o poder para dizer o que os indígenas efetivamente querem. Mas o texto constitucional indica justamente o contrário, no que é acompanhado pela Convenção nº 169/OIT.

Muitas das violências que os indígenas sofreram no passado seguem atuais, vide as constatações do Relatório Final da Relatora Especial das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, em visita ao Brasil, em março de 2016²⁹. As pressões contemporâneas sobre

27 Na lição de Julio José Araujo Junior: “Sobre o termo “tradicional”, contido na expressão “terras tradicionalmente ocupadas”, a expressão é amplamente tratada como modo de ocupação. O significado do termo não remete a uma permanência física em um local em determinado momento histórico, que exija o recuo temporal a uma época passada. O modo tradicional de ocupação guarda relação com a maneira como os índios se relacionam com a terra e desenvolvem seus usos e costumes, nos termos do art. 231.” ARAUJO JUNIOR, Júlio José. *Direitos territoriais indígenas – uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p.215.

28 ROJAS GARZON, Biviany; YAMADA, Erika; OLIVEIRA, Rodrigo. *O direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. Washington/São Paulo: DPLF & RCA, 2016, p. 27.

29 “Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on her mission to Brazil”

as terras indígenas, o desejo de exploração dos recursos naturais dessas terras e a omissão estatal na proteção dos direitos indígenas são temas que afligem de forma cotidiana esses povos. Em adição, os indígenas convivem com discursos de ódio, estigmatizações e racismo institucional que lhes delegam um tratamento inferiorizante, mediante um questionamento da identidade que não atenda a uma essência preconcebida³⁰. No presente, há, contudo, uma diferença fundamental. Em oposição às percepções e políticas do passado, existe hoje um amplo arcabouço jurídico – nacional e internacional – que garante aos povos indígenas o reconhecimento de sua autonomia e do desenvolvimento de modos próprios de vida, impondo aos Estados e aos particulares o dever de observá-los.

Em vez de mera reorganização administrativa, a MP nº 870/2019 apresenta indicações claras de revisitação do projeto tutelar para os povos indígenas. A começar pela exposição de motivos da medida, que aponta a necessidade de o novo governo ter condições de iniciar, de imediato, “a implantação das medidas de ordem administrativa que entende necessárias”. Considerando que as medidas administrativas que o Chefe do Poder Executivo e sua equipe vêm anunciando em discursos possuem um declarado viés integracionista e de não implementação dos direitos desses povos, pode-se inferir que a MP nº 870/2019 almeja esvaziar ou enfraquecer o conjunto de direitos que o ordenamento jurídico assegura aos povos indígenas. Os exemplos a seguir confirmam essa constatação:

- No dia 5 de novembro de 2018, já como presidente eleito, Jair Bolsonaro declarou, em entrevista ao Programa Brasil Urgente: “No que depender de mim, não tem mais demarcação de terra indígena”³¹;
- No dia 14 de novembro de 2018, o presidente eleito declarou: “Se não tivesse problemas ambientais e indigenistas, tinha tudo para ser Estado mais rico do Brasil [Roraima]. Esse é um problema que temos que resolver. O índio quer ser o que nós somos, o índio quer o que nós queremos. Se temos na Bolívia um presidente índio, por que aqui o índio tem que ficar confinado numa reserva?”³²;
- No dia 2 de janeiro de 2019, o presidente Jair Bolsonaro publicou em sua

(A/HRC/33/42/Add.5). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

30 “Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples on her mission to Brazil” (A/HRC/33/42/Add.5). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/relatora-especial-da-onu-sobre-povos-indigenas-divulga-comunicado-final-apos-visita-ao-brasil/>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

31 Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/11/no-que-depender-de-mim-nao-tem-mais-demarcacao-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-a-tv.shtml>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

32 Disponível em: <<https://istoe.com.br/bolsonaro-sem-problemas-ambientais-rr-tinha-tudo-para-ser-estado-mais-rico/>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

conta do *twitter*: “Mais de 15% do território nacional é demarcado como terra indígena e quilombolas (*sic*). Menos de um milhão de pessoas vivem nestes lugares, isolados do Brasil de verdade, exploradas e manipuladas por ONGs. Vamos juntos integrar a estes cidadãos e valorizar a todos os brasileiros”;

- No dia 2 de janeiro de 2019, o General Augusto Heleno, Ministro do Gabinete de Segurança Institucional do atual governo, em entrevista à Globo News, afirmou: “Se esses índios tiverem protegidos pela Funai. Isso é uma mentira, porque a Funai não faz com que esse índio se sinta um cidadão brasileiro. E a demarcação de terras que aconteceu no Brasil, muitas dela, foram em cima de laudos fraudulentos (*sic*). A maior parte demarcada em cima de terra da fronteira, riquíssimas em minério (*sic*)”³³;
- Em 4 de janeiro de 2019, Luiz Nabhan Garcia, Secretário Especial de Assuntos Fundiários – órgão do MAPA incumbido da demarcação de terras indígenas pelo Decreto nº 9.667/2019 – afirmou ao jornal O Globo que o governo pretende rever terras indígenas demarcadas: “O departamento jurídico que vai determinar, a própria AGU, se houver uma falha grave, uma fraude processual, um laudo que foi falsificado. Com constatação de falsificação, pode-se anular qualquer processo. Tem centenas de processos em andamento. É uma coisa muito grande. As decisões judiciais precisam ser respeitadas, mas é preciso convencer os juízes, seja na primeira instância ou na Corte Suprema, a rever uma decisão que foi equivocada. Se não houve decisão judicial, a demarcação pode ser revista de cara pelo próprio Executivo, não precisa nem passar pelo crivo judicial, caso se constate um erro inadmissível”³⁴;

As declarações – proferidas por autoridades que, segundo a MP nº 870/2019, passaram a estar encarregadas da demarcação de terras indígenas – revelam um consenso dentro do governo quanto à necessidade de paralisar e rever a demarcação de terras indígenas, bem como de ressuscitar as políticas integracionistas, em evidente afronta à Constituição de 1988 e à Convenção nº 169/OIT.

Em consonância com tais declarações, as mudanças promovidas pela MP nº 870/2019, de maneira inconstitucional, suprimem a eficácia, por via administrativa, da norma prevista no ar. 231 da Constituição de 1988, por carregarem forte viés integracionista, e por isso importarem em irremediável prejuízo à política de demarcação de terras indígenas, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

33 Disponível em: <https://twitter.com/gregory_barros/status/1080645776861204485?s=12>. Acesso em: 3 fev. 2019.

34 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/governo-prepara-revisao-de-demarcacoes-de-terras-indigenas-quilombolas-pode-anular-atos-anteriores-23345776>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

Serão abordados especificamente, a seguir, os vícios da nova política indigenista do Governo Federal.

2. Aspectos formais e procedimentais

A MP nº 870/2019 contém vícios que a impregnam de nulidade, tendo em vista a não observância dos requisitos constitucionais para a sua edição (relevância e urgência), o tratamento de matéria vedada pela Constituição, a limitação material implícita e o desrespeito à exigência da consulta prévia, livre e informada, prevista na Convenção nº 169/OIT.

2.1. Ausência dos requisitos para a edição de medida provisória

O art. 62 da Constituição da República exige, como pressupostos inafastáveis para a edição de medidas provisórias, os requisitos da *urgência* e da *relevância*³⁵. Além disso, segundo o art. 62, § 1º, I, da Constituição, é vedada a edição de medidas provisórias que tratem de determinadas matérias, como nacionalidade, cidadania, direitos políticos, direito penal, direito civil, entre outros temas relacionados no dispositivo³⁶.

Embora a urgência e a relevância possam ser considerados conceitos indeterminados ou fluidos, eles demandam análise acurada, sob pena de haver abuso do poder legislativo por parte da Presidência da República. Para tanto deve-se, de início, avaliar a alegação de presença desses requisitos na exposição de motivos da referida MP, mais precisamente em seu item 5, que diz:

5. A urgência e relevância decorrem da necessidade de o novo Governo ter condições de iniciar, de imediato, a implantação das medidas de ordem administrativa que entende necessárias.

Não há, pois, a urgência e a relevância alegadas. O caráter urgente deve ser justificado pelo conteúdo do próprio ato legislativo, não sendo suprido apenas pelo desejo

35 Art. 62 Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

36 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

do Chefe do Poder Executivo em ver seu projeto implementado. A exposição de motivos não esclarece qual seria a urgência específica em se promover mudanças significativas nas instituições e políticas indigenistas.

Além disso, o atual formato do processo administrativo de demarcação, inclusive quanto à distribuição de competências, é resultado de um longo acúmulo histórico e institucional, cujo termo inicial remonta aos princípios do século XX, e chega ao atual consubstanciado com a edição do Decreto nº 1.775 em 1996. Inexistem fatos novos ou relevantes que justifiquem uma alteração significativa da sistemática do processo administrativo de demarcação, sobretudo por uma via sumária

Ao contrário, considerando as declarações supracitadas, bem como outros aspectos jurídicos e concretos que serão discutidos na sequência, a necessidade e urgência da MP nº 870/2019 relaciona-se à implementação de um programa governamental que não resiste ao crivo constitucional e convencional, pois, na prática, vulnerabiliza direitos indígenas e acirra conflitos sociais.

2.2. Limitações materiais explícitas à adoção de medida provisória

A forma e a natureza das medidas provisórias justificam que certas matérias sejam peremptoriamente excluídas do seu alcance pelo texto constitucional, consideradas as notas de transitoriedade e precariedade que qualificam esta modalidade de medida legislativa (art. 62, §3º), bem como a celeridade do procedimento para sua conversão em lei, comparativamente ao rito pertinente à aprovação das leis ordinárias e complementares (art. 62, §6º). Por essa razão, o art. 62, §1º da Constituição veda a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas a “a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos partidos políticos e direito eleitoral”.

Embora esse rol seja exemplificativo, o Supremo Tribunal Federal (STF) entende que tais requisitos possuem indiscutível densificação normativa, o que justifica seu controle. Este deve ser exercido nas hipóteses em que o Executivo tenta alargar o seu projeto governamental, imiscuindo-se em temas que são exclusivos do Congresso Nacional ou que sequer podem ser abolidos ou modificados pelas Casas Legislativas, albergados pelas

limitações do poder reformador, explicitadas no texto constitucional. O tema foi devidamente abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.213, relatada pelo Ministro Celso de Mello³⁷:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material – investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

Neste caso, a situação é ainda mais grave: o Poder Executivo tenta desconstruir, sob o véu de uma reorganização administrativa, direitos fundamentais consagrados no art. 231 da Constituição de 1988, moldando-os conforme o seu projeto governamental.

Os direitos originários e o direito à diversidade cultural compõem a cidadania dos povos indígenas. Conforme Vicente de Paulo Barreto, a concepção de cidadania congrega dimensões políticas, civis e sociais³⁸. Ou seja, para o Constituinte, a cidadania como vedação inclui barreiras que estão além das limitações de ordem política, mas também em outros direitos civis e sociais, direitos humanos de um modo geral, todos com estatura de normas fundamentais.

Em se tratando de povos indígenas, a dimensão social da cidadania está diretamente ligada aos direitos previstos no art. 231, da Constituição Federal, relacionados à diversidade cultural, que repercutem em todas políticas públicas confeccionadas para o atendimento do cidadão indígena; e direitos originários, que tratam do vínculo ancestral dos povos indígenas com suas terras tradicionalmente ocupadas, e geram uma obrigação positiva para a União, de demarcá-las e protegê-las. Nesse sentido, diz-se que a Constituição reconhece a

37 Supremo Tribunal Federal, ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello.

38 BARRETO, Vicente de Paulo(RDA 192/29) “O conceito moderno de cidadania”; APUD, PASSOS. J.J.Camon de. “Cidadania tutelada”, Revista do Processo, São Paulo, v. 18, nº72.

etnocracia dos povos indígenas³⁹.

Logo, resta configurada a inconstitucionalidade formal, uma vez que a MP nº 870/2019 desrespeita a vedação expressa no art. 62, § 1º, I, que impede a edição de medidas provisórias versando sobre matéria relativa à cidadania, que não pode ser confundida com a cidadania política e deve ser compreendida de forma ampla, abrangendo os direitos fundamentais de minorias étnicas.

2.3. Limitações materiais implícitas à edição de medida provisória

Além das limitações materiais, fruto das vedações correspondentes à cidadania, a MP nº 870/2019 em comento atenta contra as chamadas limitações materiais implícitas, ligadas à competência normativa primária do Presidente da República.

A Emenda Constitucional nº 32/2001 explicitou as limitações materiais para adoção de medidas provisórias, mas a doutrina reconhece no art. 62, § 1º, um rol não exaustivo, constituído de outras matérias que não podem ser tratadas via tal espécie normativa⁴⁰. Qualquer medida provisória que importe em redução desarrazoada da proteção aos povos indígenas, como é a presente, dispõe de potencial de acarretar prejuízos irreversíveis a esses grupos.

Ao analisar a Medida Provisória nº 558/2012⁴¹, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a proteção ao meio ambiente é um limite material implícito à edição de medidas provisórias, ainda que não conste do rol de limitações contidas no art. 62, § 1º, da Constituição (ADI nº 4717). Por essa razão, a Corte ressaltou que a diminuição da proteção do meio ambiente depende de lei formal (princípio da reserva legal), com amplo debate no Parlamento e intensa participação da sociedade civil e dos órgãos e instituições envolvidas na

39 BACKHAUSEN, Marcelo. "Etnocracia, direitos originários e a inconstitucionalidade do poder tutelar" In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, op. cit., pp. 525-588.

40 Para Clève, "A EC 32/2001, apesar dos avanços, ficou aquém das expectativas. Ao vedar a veiculação de determinadas matérias por medidas provisórias, permitiu, conseqüentemente, que as matérias não contidas no rol fossem veiculadas por tal ato. Todavia, em consonância com a interpretação sistemática da Constituição, afirma-se continuar existindo limites implícitos à edição de medidas provisórias. O rol de vedações trazido pela Emenda é apenas exemplificativo. As limitações materiais, portanto, não param por aí." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. São Paulo: ed Revista dos Tribunais, 2010. p.127).

41 Alterou limites de Unidades de Conservação na Amazônia.

temática, de modo a evitar que medidas provisórias causem prejuízos socioambientais irreversíveis, em caso de não conversão em lei. O STF concluiu que a redução de unidades de conservação não poderia ser concretizada mediante edição de medida provisória.

Tal como as unidades de conservação, as terras indígenas também são áreas especialmente protegidas e possuem grande relevância socioambiental. O parágrafo 1º do art. 231 da Constituição abrange, na categoria de terras tradicionalmente ocupadas, as áreas imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos povos indígenas (parágrafo 1º). À propósito, o parágrafo 2º confere aos indígenas o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais presentes em suas terras.

Soma-se, à conexão jurídica, a constatação prática de que os povos indígenas são fundamentais para a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No julgamento da Pet. 3388 (Caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol), o STF destacou a “relação de pertinência entre as terras indígenas e a proteção do meio ambiente”. A Organização das Nações Unidas tem chamado atenção para a importância dos povos indígenas no combate às mudanças climáticas⁴².

Em 2015, o Ministério do Meio Ambiente publicou o especial “Terras Indígenas na Amazônia Brasileira: do orçamento à mitigação da mudança climática” em que destaca o papel crucial das áreas indígenas na contenção do avanço do desmatamento sobre a região amazônica. O Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) também sobreleva a relevância dos indígenas para o combate ao desmatamento e à emissão de gases de efeito estufa⁴³. Dados divulgados pela Funai explicitam que o índice de desmatamento nas terras indígenas da Amazônia é inferior até ao das unidades de conservação⁴⁴.

As referências supracitadas corroboram a assertiva de que o reconhecimento de uma terra indígena é fator crucial para a preservação ambiental de determinados espaços. Embora tenha como o escopo principal a garantia de direitos humanos aos povos indígenas, a demarcação também se constitui como um meio eficaz de promoção de um meio ambiente

42 Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/climate-change.html>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

43 Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/noticias/noticia/terras-indigenas-combatem-desmatamento>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

44 Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/2914-terras-indigenas-apresentam-o-menor-indice-de-desmatamento-na-amazonia-legal>>. Acesso em: 5 fev. 2019.

ecologicamente equilibrado, o que é reconhecido pelo próprio Estado, conforme visto no parágrafo anterior.

Ao mudar a sistemática de demarcação de terras indígenas – inviabilizando, na prática, a sua concretização – a MP nº 870/2019 acarreta retrocesso ambiental, uma vez que a não demarcação também implica manter áreas desprotegidas do ponto de vista ambiental, por esse motivo ultrapassando a limitação constitucional material implícita à edição de medidas provisórias, em consonância com o entendimento do STF fixado na ADI nº 4717.

A MP nº 870/2019 também causa retrocesso ambiental quando retira da Funai e confere ao MAPA a competência de intervir em processos de licenciamento ambiental de projetos que afetam terras indígenas. Consoante será detalhado adiante, o MAPA não dispõe de independência e de capacidade técnica específica para o desempenho desta atribuição. A adequada proteção dos direitos socioambientais dos povos indígenas exige constantes decisões técnicas que contrariam os interesses da agropecuária, o que torna evidentemente incompatível a transferência de tal competência a uma pasta que, essencialmente, está encarregada da promoção de tais interesses. Nesse sentido, a MP fragiliza o licenciamento ambiental e pode resultar em prejuízos irreversíveis aos povos indígenas e ao meio ambiente.

Em suma, a matéria relacionada aos povos indígenas na MP nº 870/2019 incide diretamente na vedação implícita relacionada a proibição de edição de medidas provisórias que impliquem retrocesso ambiental, em razão do princípio da reserva legal, caracterizando inconstitucionalidade formal, nos termos da ADI nº 4717.

2.4. O direito à consulta prévia, livre e informada

A MP nº 870/2019, no que diz respeito à política indigenista, tampouco observou o dever básico de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas, previsto na Convenção nº 169/OIT. Trata-se de etapa obrigatória no procedimento de sua edição, cuja inobservância enseja a nulidade da medida, naquilo que afeta os povos indígenas.

A Convenção nº 169/OIT foi ratificada pelo Brasil em 20 de junho de 2002 (Decreto Legislativo nº 143/2002), tendo entrado em vigor em 25 de julho de 2003 (art. 38) e

promulgada pelo Decreto Executivo nº 5.051/2004. Na condição de tratado internacional de direitos humanos, a Convenção nº 169/OIT possui, no mínimo, status normativo supralegal⁴⁵, nos termos da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal. Cabe ressaltar, todavia, que este trabalho defende o status constitucional da referida convenção, e não apenas supralegal. Nesse ponto, vale mencionar o voto do ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 3239, que sublinha o *status* constitucional da Convenção nº 169/OIT, em consonância com o entendimento da doutrina majoritária no campo dos tratados internacionais de direitos humanos:

A Convenção nº 169/OIT, por versar sobre direitos humanos e direitos fundamentais, desfruta, segundo entendo, na ordem jurídica nacional, de uma clara posição hierárquica que lhe confere natureza constitucional, para além da própria noção de supralegalidade. [...] Os tratados internacionais de direitos humanos, como é a Convenção nº 169/OIT, se revestem, na ordem positiva interna brasileira, de qualificação constitucional, acentuando ainda que estas convenções internacionais, como a Convenção nº 169/OIT, em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil, como sucedeu no caso, assumem caráter materialmente constitucional, compondo sob tal perspectiva a própria noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

Independentemente do posicionamento adotado, o STF ressaltou, no julgamento da mesma ADI 3239, a importância da referida convenção para o autorreconhecimento da identidade, de modo que o Estado não pode negar a identidade a um povo que se reconheça como grupo tradicional:

7. Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal⁴⁶.

Considerando a validade da convenção e o efeito paralisante que promove sobre a legislação constitucional⁴⁷, bem como o fato de tratar de direitos fundamentais dos povos e comunidades tradicionais, a aplicação de suas regras e princípios é de eficácia imediata,

45 RE 466343. Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008

46 STF, ADI 3239, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, DJ 01/02/2019.

47 Cf. voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466343.

independendo de norma administrativa ou legislativa integradora. Nesse ponto, a fim de garantir a efetividade desses direitos, vale ressaltar a importância do controle de convencionalidade, já reconhecido pela jurisprudência do STF, podendo a Convenção nº 169/OIT servir de parâmetro de controle, notadamente no que se refere à observância do direito à consulta prévia, livre e informada, quando da adoção de medidas administrativas ou legislativas.

A Convenção nº 169/OIT dispõe, em seu artigo 6º, “1.a” e “2”, que governos deverão consultar os povos indígenas “cada vez que forem previstas medidas administrativas ou legislativas suscetíveis de afetá-los diretamente”, de boa fé, mediante procedimentos apropriados, e através de suas próprias instituições representativas, tratando-se do chamado direito à consulta prévia, livre e informada.

A Convenção ainda prevê que os povos indígenas e tribais “deverão ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento” e de controlar “o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural” (artigo 7.1). A Convenção nº 169/OIT rompe com a tutela vigente na doutrina integracionista e desloca do Estado para os próprios povos indígenas e tribais a possibilidade de decidir sobre suas vidas, sua forma de desenvolvimento e sobre as políticas públicas a eles dirigidas.

Diante disso, será nula toda medida administrativa ou legislativa que afete diretamente os povos indígenas e não tenha sido submetida à consulta prévia, livre e informada desses grupos, por incompatibilidade vertical com a Convenção nº 169/OIT, devendo ser declarada inconvencional.

A expressão ampla “medidas administrativas ou legislativas” abriga uma extensa gama de objetos que devem ser submetidos à consulta prévia, tudo no intuito de inaugurar uma nova relação, menos arbitrária e violenta e mais respeitosa, entre os Estados e grupos étnicos, aos quais é garantida autonomia para decidir sobre políticas que os envolvam/afetem. Na expressão, inserem-se desde empreendimentos a alterações legislativas e institucionais⁴⁸ que atinjam de maneira específica o tratamento dispensado aos

48 A Corte Constitucional da Colômbia – órgão que desenvolveu a mais vasta e desenvolvida jurisprudência sobre consulta prévia em nível mundial – afirma que deve ser consultada aquela medida administrativa ou legislativa que “altere o status jurídico de uma pessoa ou comunidade, bem seja porque lhe impõe restrições ou gravames, ou, pelo contrário, lhe confira benefícios” (C-030/2008). A consulta também precisa ser respeitada “quando a matéria do projeto está relacionada com aspectos que possuem uma

povos indígenas. Ademais, os próprios marcos institucionais (composto por medidas legislativas e/ou administrativas) também devem ser objeto de consulta⁴⁹.

A OIT já reconheceu que “parte dos problemas enfrentados pelos povos indígenas e tribais em todo o mundo se devia a sua exclusão do processo de tomada de decisões sobre o modelo de desenvolvimento”. Por essa razão, ela entende que “[...] o espírito de consulta e participação constituem a pedra angular da Convenção nº 169, na qual se fundamentam todas as suas disposições”⁵⁰.

A consulta prévia, livre e informada é um direito essencial na singular relação que a Convenção nº 169/OIT busca promover entre Estados nacionais e os povos indígenas, em sintonia com a própria Constituição Federal de 1988. Tais documentos rompem com o integracionismo, inaugurando uma relação mais simétrica e positiva entre estados e povos indígenas, tendo como pressuposto o respeito à diversidade.

No caso *Saramaka vs. Suriname*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) esclareceu que os governos precisam garantir o caráter “culturalmente apropriado” das consultas, de acordo “com os costumes e tradições” dos grupos consultados⁵¹, sobretudo no que diz respeito aos seus métodos tradicionais de tomada de decisão⁵², cabendo aos próprios grupos a decisão sobre como se farão representar, jamais ao Estado⁵³. No caso *Kichwa de Sarayaku vs. Equador*, por sua vez, a Corte IDH alçou a consulta prévia à condição

vinculação intrínseca com a definição da identidade étnica de ditos grupos” (C-175/2011), dentre os quais o direito de decidir as prioridades de seu processo de desenvolvimento, de manter suas práticas tradicionais e a relação especial e coletiva com o território, dentre outras.

49 ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc ONU A/HRC/12/34, de 15 de julho de 2009.

50 OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). *Observación Individual sobre el Convenio 169 Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oitinformes/informes169/634-ceacr-argentina-c169.html>>. Acesso em: 5 de fev. de 2019

51 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia Serie C Nº 172 del 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>. Acesso em: 1 ago. de 2013, p. 42-43.

52 “165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados” (Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia Serie C Nº 245 del 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>, p. 49. Acesso em: 5 de fev. de 2019.

53 Corte IDH, 2007, op.cit. p. 2-3.

de “princípio geral do direito internacional”.

A Corte IDH também determina que os Estados deverão ajustar suas normas e instituições para consultar os “povos indígenas e tribais” de maneira efetiva, sempre em conformidade com os padrões internacionais acerca da matéria, a fim de gerar canais efetivos e confiáveis de diálogos com esses grupos⁵⁴.

Na ADI nº 3239, a ministra Rosa Weber, que proferiu o voto condutor do acórdão, afirmou que o direito à consulta, inclusive, “visa a assegurar, assim, a participação das populações tradicionais afetadas nos procedimentos necessários à determinação das terras por eles ocupadas, garantindo efetiva proteção a seus direitos de propriedade e posse”.

No caso Raposa Serra do Sol, quando do julgamento dos embargos de declaração ao acórdão prolatado na Pet. 3388, o ministro Luís Roberto Barroso enfatizou a necessidade de participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem seus interesses e direitos, sendo “a consulta um elemento central da Convenção nº 169”. O ministro reforçou que: “os índios devem ser ouvidos e seus interesses devem ser honesta e seriamente considerados”.

Nesse sentido, as mudanças na política indigenista promovidas pela MP nº 870/2019, pelos Decretos nº 9.673/2019 e nº 9.667/2019, ao afetarem diretamente direitos coletivos indígenas – conforme demonstrado ao longo deste trabalho – deveriam ter sido precedidas de consulta prévia aos povos indígenas do país.

Não há que se falar em discricionariedade política e/ou administrativa para afastar a aplicação do direito à consulta prévia. Mesmo os atos puramente políticos e discricionários encontram baliza nos dispositivos constitucionais, convencionais e legais, quanto ao mandamento de respeito aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos, têm como uma de suas características o fato de serem oponíveis à maioria, a dizer, aos grupos sociais, econômicos, culturais, demográficos e politicamente dominantes. O regime democrático, embora represente um governo do povo, não autoriza que os grupos políticos dominantes imponham, arbitrariamente, suas vontades aos grupos minoritários, tampouco que suprimam seus direitos fundamentais.

54 Corte IDH, 2012, op. cit., p. 49.

A democracia possui uma dimensão contramajoritária que consiste justamente na imposição de limites à atuação das maiorias políticas. Os direitos fundamentais representam um núcleo de direitos indisponíveis, que não podem ser suprimidos mesmo que por vontade da maioria, daí a previsão constitucional das chamadas cláusulas pétreas, que impedem, por exemplo, a deliberação de emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV).

Se antes, no âmbito das funções políticas, administrativas e legislativas, os grupos dominantes estavam autorizados a tomar decisões que afetassem os grupos etnicamente minoritários, sem que a estes fosse reconhecida qualquer possibilidade de participação institucional (inclusive quanto a medidas legislativas e marcos institucionais que reduziam sua esfera de proteção jurídica), exige-se hoje a consulta prévia como condição de validade dessas decisões. Busca-se superar o regime no qual os grupos políticos dominantes podiam impor suas vontades aos grupos minoritários. Nessa ótica, o direito à consulta prévia também se constitui como uma garantia de não deterioração dos direitos coletivos dos povos indígenas, que não podem estar puramente sujeitos ao arbítrio das maiorias.

Por fim, o direito à consulta decorre do reconhecimento das sociedades como pluralistas, multiculturais e democráticas⁵⁵. É, por excelência, um espaço de concretização do pluralismo político, na medida em que propicia que diferentes visões de mundo se confrontem na arena pública, possibilitando a emergência de visões e perspectivas diversas acerca das medidas administrativas e/ou legislativas previstas.

Posto isso, ao não terem sido precedidos de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas afetados, os artigos 21, inciso XIV e §2º, inciso I; e 43, I, “i” da MP nº 870/2019 são inconventionais. No mesmo sentido, os artigos 11, I, “f” e “g”; 14, caput e incisos I, II e III; e 66 do Anexo I do Decreto nº 9.667/2019 e o artigo 2, IV do Anexo I do Decreto nº 9.673/2019.

⁵⁵ Corte IDH, 2012, op. Cit., p. 42.

3. A MP e a violação dos direitos fundamentais dos povos indígenas em múltiplas dimensões

A MP nº 870/2019 não viola apenas os requisitos formais e procedimentais para a sua edição. Ela incide em inconstitucionalidade e inconvenionalidade material, ao atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos povos indígenas, pois aponta, de forma não proporcional, para a desestruturação da política capaz de efetivá-los. Essa afirmação pode ser extraída do projeto apresentado, formal ou informalmente, pelo Chefe do Poder Executivo e da própria natureza da pasta a que estará submetida a demarcação de terras indígenas.

A indicação de que a decisão sobre as demarcações deverá ser tomada por um conselho de ministros torna a inconstitucionalidade ainda mais evidente. Afinal, busca-se politizar excessivamente definições que constituem, em verdade, atos administrativos vinculados da Administração Pública. Essas questões serão abordadas a seguir.

3.1. A dimensão organizacional e procedimental do art. 231 e as capacidades institucionais

Como se afirmou acima, a Constituição impõe uma leitura que leve em conta uma perspectiva intercultural. Isso significa que os conceitos e institutos nela contidos devem ser interpretados não apenas à luz das visões dominantes, mas também à luz dos diversos grupos que compõem a sociedade brasileira.

Como consequência, certos conceitos como “propriedade”, “patrimônio”, “bens” e outros devem ser analisados e pensados em claro respeito às diversas compreensões existentes em uma sociedade plural. Em outras palavras, a definição de um termo não pode ser pensada sob as lentes de uma única compreensão, sob pena de excluir, de maneira discriminatória, outras concepções.

Esta premissa é importante para entender que os direitos indígenas podem ser analisados e extraídos de todo o texto constitucional. É lógico que o capítulo específico da Constituição é uma conquista desses grupos, mas não pode jamais significar que o texto só lhes diz respeito naquele trecho e em outros dispositivos, como os artigos 215 e 216. Pensar dessa forma implica favorecer a ideia de que existe uma Constituição dos não indígenas, com

meras acomodações e concessões aos indígenas em pontos específicos.

Feita essa observação, e considerando o método de interpretação sistemático, é necessário compreender que o art. 231 deve ser lido em conjunto com outros artigos da Constituição, como o próprio art. 5º, XXII, que trata do direito de propriedade. A conformação do direito ao território indígena, feita pelo art. 231, § 6º, pressupõe uma predominância desse direito em relação a qualquer propriedade privada. Há um reconhecimento constitucional do respeito aos territórios, cuja proteção é garantida independentemente da demarcação formal.

Os procedimentos de identificação, delimitação e demarcação continuam, porém, imprescindíveis, pois representam a formalização desses territórios, permitindo o estabelecimento, com segurança jurídica, dos limites da propriedade privada com um outro tipo de compreensão de “propriedade”, que goza do mesmo *status* constitucional e, no sopesamento realizado pelo art. 231, § 6º, tem precedência sobre a primeira.

Essa formalização depende de uma atuação positiva do Estado. Na qualidade de tradutor intercultural, o Estado deve adotar as medidas necessárias para garantir que o território indígena, na forma mais aproximada daquela entendida por tais povos, seja assegurado. Para tanto, devem ser constituídos grupos técnicos, com a participação de antropólogos dotados de expertise para analisar a reivindicação. Tal procedimento, atualmente previsto no Decreto nº 1.775/1996, está sujeito também à contestação e impugnação, observando-se o devido contraditório.

Assim, é necessário reconhecer que o art. 231 da Constituição impõe dimensões além da própria declaração nele contida. A densificação da proteção territorial dos direitos territoriais indígenas não pode prescindir dos mecanismos de efetivação, sob pena de o Estado incorrer em omissão inconstitucional, decorrente da proteção deficiente desses direitos.

O art. 231 abrange dimensões de defesa e de prestação do direito fundamental em tela. A dimensão de defesa orienta a necessidade de abstenção estatal quanto ao usufruto constitucional pelos indígenas de suas terras. A dimensão de prestação, por sua vez, prescreve medidas que efetivamente garantam a realização desse direito. Nesse contexto, inserem-se não apenas a demarcação das terras, mas também as devidas ações de

fiscalização e proteção territorial.

Cabe mencionar, ainda, a dimensão organizacional e procedimental da terra indígena. Não basta reconhecer os direitos, é necessário também torná-los efetivos, estáveis e respaldados pelo ordenamento. Para tanto, o art. 231 impõe, por decorrência lógica, que o Estado adote certos procedimentos e organizações, sob pena de os direitos territoriais indígenas não serem efetivados⁵⁶. Tais providências são fundamentais, dado o seu caráter contramajoritário e o histórico assédio, tanto privado quanto estatal, sobre as terras indígenas. Trata-se, em suma, de um dever de proteção pelo Estado, abrangendo a estruturação de órgãos responsáveis pela demarcação de terras indígenas, com recursos adequados e suficientes, e a adoção de procedimentos de identificação e delimitação, bem como o estabelecimento de regras e mecanismos administrativos e judiciais que afastem qualquer violação do direito.

Em resumo, o art. 231 reconhece os territórios indígenas, mas impõe também o dever de demarcar. Este consiste justamente em estabelecer o regime jurídico-formal da terra indígena e adotar os atos materiais necessários à sua consolidação. Em razão do art. 231, § 6º, a Constituição estabeleceu uma restrição constitucional direta⁵⁷ do direito de propriedade privada dos particulares em favor do direito territorial indígena, impondo-se aos órgãos estatais a formalização dessa prevalência por meio da demarcação.

O atual formato do processo administrativo de demarcação é resultado de uma longa construção histórica e de amadurecimento institucional, que remonta aos princípios do século XX. À época, o reconhecimento da “posse indígena” se limitava às áreas de habitação, e seu regime jurídico confundia-se com os institutos dos direitos reais civilistas, o que não garantia, obviamente, a reprodução física e cultural dos povos indígenas.

A Constituição de 1988, em seu art. 231, consolidou o regime jurídico-constitucional das terras indígenas pelo reconhecimento da categoria “terras tradicionalmente ocupadas” para se referir àquelas terras habitadas “em caráter permanente, as utilizadas para suas

56 SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 338.

57 Restrições diretamente constitucionais são aquelas que decorrem, de forma implícita ou explícita, de normas com hierarquia constitucional. Nesse sentido, veja-se: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo III.

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” (parágrafo 1º).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, pronunciou-se em diversas oportunidades sobre o direito à "propriedade comunal" dos povos indígenas, reconhecendo, dentre outros aspectos: (i) seu caráter coletivo; (ii) o fundamento na ocupação tradicional de um território, e não no reconhecimento do Estado; (iii) a prescindibilidade de título formal outorgado pelo Estado; (iv) o dever de considerar formas e modalidades variadas e específicas de controle, posse, uso e usufruto dos territórios e recursos naturais; (v) a necessidade de estudos técnicos e administrativos para a delimitação; e (vi) a possibilidade de se expressar por diversas maneiras, a depender do povo indígena e das circunstâncias concretas, devendo incluir o uso e a ocupação tradicional, que pode abranger laços espirituais ou cerimoniais, assentamentos, cultivos permanentes ou esporádicos; caça, pesca, coleta, plantação sedentária ou nômade, uso de recursos naturais ligados a seus costumes e qualquer outro elemento característico de sua cultura⁵⁸.

Diante disso, considerando o marco jurídico contemporâneo, a demarcação das terras indígenas demanda conhecimentos técnicos específicos, sobretudo do campo antropológico. Embora se trate de um direito originário – e, portanto, a demarcação tenha natureza meramente declaratória, não constitutiva, como já se abordou – a demarcação concretiza-se mediante um processo administrativo de rito específico, atualmente disciplinado pelo Decreto nº 1.775/96, que estabelece uma sucessão de estudos técnicos e atos administrativos de natureza essencialmente vinculada.

Nesse diapasão, a partir da categoria “terras tradicionalmente ocupadas”, o Decreto nº 1.775/96 garante a imprescindível interlocução com a expertise antropológica, uma vez que o ato administrativo que inaugura o processo é a publicação de portaria de constituição de Grupo de Trabalho multidisciplinar que, sob a coordenação de um antropólogo de qualificação reconhecida, irá elaborar os estudos de “identificação e delimitação”⁵⁹. Os

58 Comunidade Moiwana vs. Suriname, nº. 124, 2005; Yakye Axa vs. Paraguai, nº. 125, 2005; Yatama vs. Nicaragua, nº. 127, 2005; Sawhoyamaya vs. Paraguai, nº. 146, 2006; Saramaka vs. Suriname, nº. 172, 2007; Xámok Kásek vs. Paraguai, nº. 214, 2010, Kichwa de Sarayaku vs. Equador, 2012.

59 Decreto nº 1.775/96, art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em

estudos de identificação e delimitação serão elaborados e apreciados de acordo com os critérios técnicos estabelecidos pela Portaria nº 14/96 do Ministério da Justiça. Esta formatação não surgiu do acaso, mas sim de um acúmulo institucional e histórico, que busca garantir, na maior medida possível, que a área delimitada contemple plenamente o território tradicionalmente ocupado, necessário à reprodução física e cultural dos indígenas.

Nesse contexto, a Funai foi estruturada – sobretudo à luz do novo estatuto jurídico dos povos indígenas promovido pela Constituição de 1988 – para desempenhar um papel de natureza técnica de análise das reivindicações por demarcação, por meio da interação entre diversos campos de conhecimento e da tradução intercultural das demandas indígenas. O procedimento de demarcação depende das capacidades institucionais próprias de órgãos do Executivo e pressupõe uma análise primordialmente técnica, voltada a uma decisão controlável que esteja vinculada ao estudo da terra indígena, e não submetida a decisões pautadas por um debate excessivamente político. Afinal, o processo de demarcação é composto por uma sucessão de manifestações técnicas e atos administrativos de natureza vinculada que buscam formalizar direitos reconhecidos pelo próprio Constituinte⁶⁰.

A Funai, até então responsável pelas etapas de identificação e delimitação, desempenhava as seguintes atividades, dentre outras: (i) análise e sistematização de informações disponíveis relativas ao registro da reivindicação fundiária indígena; (ii) formação dos autos do processo administrativo de identificação e delimitação da terra indígena; (iii) busca de profissionais externos de qualificação reconhecida, e aptos a compor o Grupo de Trabalho na condição de colaboradores; (iv) realização de reuniões preparatórias com os colaboradores; (v) reuniões de esclarecimento junto a lideranças indígenas, órgãos, entidades e outros interessados, ao longo de todo o processo administrativo; (vi) orientação na elaboração do Plano de Estudo dos Grupos Técnicos, contendo proposta e cronograma

prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

60 Colocar a garantia territorial das minorias étnicas no Congresso Nacional representaria o mesmo que esvaziar o núcleo essencial do art. 231 da Constituição. Sobre o tema, veja-se: SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: *a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas*. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em: 10 jun. de 2016.

para o trabalho de campo, atividades de gabinetes e entrega de peças técnicas; (vii) realização de pesquisa bibliográfica sobre o povo indígena em estudo; (viii) fornecimento de dados técnicos solicitados pelo Grupo Técnico; (ix) análise das minutas parciais do Relatório de Identificação e Delimitação, mediante avaliação de sua conformidade aos critérios da Portaria nº 14/96 do MJ; (x) coordenar o levantamento fundiário na terra indígena; (xi) acompanhar a elaboração do mapa e memorial descritivo da terra indígena; (xii) elaboração de parecer técnico sobre a versão final do Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação; (xiii) análise das contestações administrativas; (xiv) elaboração de subsídios técnicos para atuação da Procuradoria Federal Especializada, dentre outros.

As atividades acima enumeradas demandam conhecimentos técnicos bastante específicos, que a Funai desenvolveu ao longo de cinco décadas coordenando a política indigenista. Isto não significa desconhecer a necessidade de aperfeiçoamentos no procedimento, mas impõe observar que as mudanças devem considerar o aprendizado histórico, assim como contar com participação ativa dos setores envolvidos (servidores indigenistas especializados, associações de antropólogos etc.), sem deixar de mencionar o requisito de validade da consulta prévia, livre e informada dos indígenas.

As mudanças ora analisadas não observaram nenhuma das condições, pois: (i) retiraram a competência de identificação e delimitação da Funai, ente que detém capacidade institucional para tanto; (ii) indicam a atribuição a um Conselho Interministerial da competência para decidir sobre demarcação de terras indígenas, ressuscitando metodologia instituída durante a ditadura militar⁶¹, que provocou uma politização indevida e resultou na paralisação das demarcações; (iii) conferem a um órgão colegiado (Conselho Interministerial) a competência para expedir ato administrativo de natureza essencialmente vinculada, politizando indevidamente a demarcação de terras indígenas; (iv) foram gestadas unilateralmente pelo governo, notadamente pelo setor agropecuário, à revelia da participação dos servidores da Funai e do Ministério da Justiça; (v) foram implementadas,

61 Decreto nº 88.118, de 23 de Fevereiro de 1983, art. 2º. A demarcação das terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se refere o artigo 17, item I, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, será precedida de reconhecimento e delimitação das áreas. § 1º A FUNAI, através dos seus técnicos e especialistas, procederá os levantamentos e estudos sobre a identificação e delimitação das áreas indígenas. § 3º A proposta da FUNAI será examinada por um Grupo de Trabalho, composto de representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio e de outros órgãos federais ou estaduais julgados convenientes, que emitirá parecer conclusivo encaminhando o assunto a decisão final dos Ministros de Estado do Interior e Extraordinário para Assuntos Fundiários.

sem que tenham sido objeto de consulta prévia, livre e informada aos povos indígenas do Brasil, nos termos da Convenção nº 169/OIT.

No mesmo sentido, a intervenção em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos que afetam terras indígenas é constituída por atividades de cunho eminentemente técnico, que também envolvem profunda interlocução com a expertise antropológica e com os próprios indígenas que serão atingidos, e abrange, dentre outras atividades: (i) a elaboração de termo de referência, com indicação dos itens que deverão ser contemplados nos estudos de impacto ambiental, e até mesmo a metodologia para a sua realização; (ii) a condução de reuniões de esclarecimento e de coleta de dados junto aos povos indígenas; (iii) a análise dos estudos de impacto ambiental; (iv) a análise do plano de mitigação e compensação previsto no Plano Básico Ambiental; (v) o acompanhamento da implementação do Plano Básico Ambiental; (vi) a avaliação da eficácia do Plano Básico Ambiental na mitigação dos impactos sobre os povos indígenas; e (vii) a constante interlocução com os setores de proteção territorial e de gestão ambiental das terras indígenas, com propósito de resguardar a integridade territorial e ambiental das terras indígenas.

Conclui-se que falta capacidade institucional aos órgãos aos quais foram atribuídas as competências anteriormente conferidas à Funai, em especial no que diz respeito ao acúmulo técnico na produção e avaliação de estudos de identificação e delimitação de terras indígenas⁶², bem como à intervenção em processos de licenciamento ambiental de empreendimentos que afetem terras indígenas.

A falta de capacidade institucional não se refere somente à capacidade técnica, mas também à falta de independência técnica. Transferir a demarcação do Ministério da Justiça para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento é retirar a competência de um órgão que tem a missão institucional de realizar a mediação de interesses e a defesa do patrimônio da União (Ministério da Justiça) e transferi-la para um órgão que tem por escopo a promoção de interesses bem específicos – como o fomento à agricultura – que muitas vezes colidem com os direitos dos povos indígenas, dada a forte contestação (administrativa e judicial) que setores ligados à referida pasta apresentam às demarcações de terras

62 O STF abordou a "teoria das capacidades insitucionais", aplicando-a à demarcação de terras indígenas, no julgamento das Ações Cíveis Originárias nº 362 e nº 366.

indígenas e quilombolas.

No caso, a MP nº 870/2019 desestrutura a política e prepara uma atuação do MAPA voltada a subsidiar a decisão de um conselho de ministros. Com isso, busca-se viabilizar, sem o crivo do Congresso, os objetivos da inconstitucional PEC nº 215, que almeja transferir ao Legislativo a competência para as demarcações, colocando-se a definição formal de terras indígenas no campo exclusivamente político-ideológico, em detrimento dos direitos de minorias étnicas.

O MAPA tampouco possui independência ou expertise técnica para intervir nos processos de licenciamento ambiental. Grande parte dos projetos que estão sendo licenciados com a intervenção da Funai por afetar terras indígenas corresponde a obras de infraestrutura, de interesse dos setores representados pelo MAPA (construção de estradas, ferrovias, portos, dentre outros). Diante das declarações de representantes do governo acima mencionadas, a mudança visa “destravar” a execução de obras consideradas prioritárias, à revelia do rigor e da isenção que deve caracterizar o licenciamento ambiental e em detrimento dos direitos indígenas, inclusive com possibilidade de consequências gravíssimas, como o genocídio destes grupos.

Nesse ponto, a MP nº 870/2019 contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que a jurisprudência da Corte IDH no Caso Saramaka vs. Suriname determina que os projetos que afetem direitos coletivos dos povos indígenas e tribais devem ser precedidos de consulta prévia e de estudos ambientais conduzidos por órgãos independentes e com capacidade técnica, atributos que faltam ao MAPA para executar tal atribuição.

A solução da MP nº 870/2019 enfraquece os direitos contidos no art. 231 e favorece um cenário de permanente omissão quanto ao dever de demarcar. A violação do princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da proteção deficiente, apresenta-se com todo o vigor, pois estão sendo criadas uma estrutura e uma organização para justamente não efetivar os direitos territoriais indígenas.

Nesse ponto, a argumentação deste trabalho converge com os argumentos contidos na ADI nº 6062, que questiona a medida provisória em questão. Na ação, ressalta-se que a MP nº 870/2019 não resiste ao teste de proporcionalidade. Considerando os subprincípios da

adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, é possível identificar com clareza as inconstitucionalidades da medida.

Quanto ao teste de adequação, demonstrou-se ao longo de todo este texto a finalidade de causar prejuízo aos direitos fundamentais dos povos indígenas. Não existe uma finalidade de promoção desses direitos, mas sim o objetivo de inviabilizá-los. Mesmo que houvesse mera intenção de reorganização administrativa, esta não atende ao propósito buscado, já que torna ainda mais difícil a concretização dos direitos territoriais de minorias étnicas.

Revela-se, ainda, inadequada a separação das políticas sociais das políticas territoriais: as primeiras ficariam a cargo da Funai no Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, ao passo que as segundas estariam a cargo da Secretaria de Assuntos Fundiários do MAPA. O governo deixou de apresentar qualquer justificativa técnica para tanto. Uma das principais características dos direitos de minoria étnicas consiste justamente em sua dimensão relacional e holística. Em se tratando de política indigenista, é um equívoco técnico e de política pública cindir políticas de saúde e educação, por exemplo, das políticas territoriais. Por isso se diz que as políticas educacionais e sanitárias desses grupos devem ser pensadas de forma territorializada.

Tal compreensão holística e relacional está presente no *caput* do art. 231, que promove “os usos, costumes e tradições” dos povos indígenas, ao tempo que reconhece “os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas”. Nesse sentido, o principal escopo da Funai, desde a sua criação em 1967, mas ressignificada após 1988, é justamente executar a política de reconhecimento, proteção e gestão territorial. Em geral, as políticas sociais são acompanhadas pela autarquia, ainda que executadas por outros órgãos e entes, como a Secretaria Especial de Saúde Indígena, e os municípios e estados, no caso da educação. O acompanhamento da Funai é feito mediante a interlocução com os órgãos executantes e tem como elemento transversal o território. Portanto, a MP nº 870/2019 retira a espinha dorsal da autarquia.

A associação de servidores da Funai – Indigenistas Associados (INA) – ressaltou que os processos demarcatórios e de licenciamento ambiental exigem que os diversos ramos da autarquia “estejam em constante diálogo entre si, com as coordenações regionais do órgão e

com os povos indígenas, em todas as etapas do processo”⁶³.

Também se mostra inadequada do ponto de vista jurídico, com grande potencial de produzir ações ineficientes, a separação da demarcação das políticas de gestão territorial e ambiental, já que estas permanecem sob atribuição da Funai. Esta cisão tampouco considera a indissociável relação entre as dimensões territorial e ambiental para os povos indígenas.

No que se refere ao teste de necessidade, existem meios menos gravosos e outras maneiras de reorganizar a política indigenista, respeitando-se a autonomia dos povos indígenas e blindando o processo administrativo de demarcação das terras indígenas de ingerências políticas, ideológicas e econômicas.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, cabe ressaltar que está em jogo a existência desses povos, em detrimento da mera reorganização administrativa do Estado. É necessário levar em conta o grau de vulneração que será provocado aos povos indígenas com tal medida.

Pode-se dizer que a reforma administrativa promovida pela MP nº 870/2019 tem efeitos discriminatórios sobre os povos indígenas, ao lhes causar impactos desproporcionais, violando o princípio da igualdade. A esse respeito, conforme a “teoria do impacto desproporcional” (*disparate impact*), já reconhecida em julgamento do STF, determinadas normas podem ser declaradas inconstitucionais em razão de impactos desproporcionais sobre grupos específicos, especialmente aqueles historicamente vulnerabilizados. Assim, na dicção do voto do ministro Luis Roberto Barroso na ADPF nº 291, práticas pretensamente neutras podem gerar efeitos concretos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade.

Em síntese, a MP nº 870/2019 é materialmente inconstitucional, por ação, por violar a dimensão organizacional e procedimental do art. 231, ao atribuir a competência de demarcação e de intervenção em processos de licenciamento ambiental a órgão que não detém capacidade institucional para tanto, seja do ponto de vista da competência ou da independência técnica.

Caso leve adiante a proposta, por enquanto mencionada em discursos públicos, de

63 Disponível em: <<https://indigenistasassociados.org.br/2019/01/07/por-uma-politica-indigenista-com-respeito-a-constituicao-federal/>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

atribuir a um Conselho Interministerial a competência para deliberar sobre demarcação de terras indígenas, o governo também violará a dimensão procedimental do art. 231, ao retirar a natureza técnica do processo administrativo de demarcação – caráter que lhe é atribuído pela própria Constituição, conforme visto acima – até então composto por uma sucessão de pareceres técnicos e atos administrativos vinculados, passando a lhe conferir natureza política, pautada em juízos de conveniência e oportunidade dos diversos Ministérios que integrarão o Conselho, o que viola a norma constitucional.

A MP nº 870/2019 também é materialmente inconstitucional, por omissão, ao criar uma estrutura e uma organização que, na prática, impedem a efetivação dos direitos territoriais indígenas, resultando em proteção deficiente e na consagração da omissão estatal na matéria.

Destaque-se, por oportuna relevância, que ao menos 232 processos administrativos de demarcação em curso serão prejudicados pelas reformas inauguradas pelo governo⁶⁴, assim como 481 reivindicações cujo processo administrativo não foi sequer iniciado. Também serão prejudicados cerca de 7 mil processos de licenciamento ambiental, nos quais a Funai atuava como órgão interveniente⁶⁵. Estes dados revelam a gravidade da violação dos direitos indígenas e a extensão dos irremediáveis danos decorrentes das reformas introduzidas pela MP nº 870/2019.

3.2. O direito à diversidade cultural e a ruptura com o paradigma integracionista: a proibição do retrocesso sociocultural

Foi dito anteriormente que a Constituição de 1988, ao enfatizar a autonomia dos povos indígenas, rejeita o projeto integracionista de Constituições anteriores e exige o respeito pelos modos de vida, costumes e tradições dos povos indígenas, mediante o reconhecimento das terras que tradicionalmente ocupam⁶⁶.

64 Atualmente, há 44 terras indígenas delimitadas, 73 declaradas e 115 em estudo.

65 Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,funai-para-processos-de-licenciamento-ambiental,70002679561>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

66 A esse respeito, cabe citar: SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1993.

Importante contextualizar essa ruptura precipitada pela Constituição de 1988 em termos de uma discussão mais ampla, em nível internacional, acerca do que seria um tratamento digno conferido aos povos indígenas, sobretudo considerando a necessidade premente de romper e reparar um longo histórico de violências.

O chamado “constitucionalismo social”, inaugurado pelas Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), em que pese ter reconhecido os povos indígenas como sujeitos coletivos de direito, não lhes reconhecia o direito à diversidade⁶⁷, e conferia aos Estados o papel de formular políticas integracionistas para os indígenas, inserindo-os na economia de mercado, com acesso a bens de consumo, sem qualquer recorte étnico. Daí a pesquisadora Raquel Yrigoyen Fajardo falar em “constitucionalismo social integracionista”⁶⁸.

A ideologia que subjaz ao integracionismo é de que os indígenas não seriam povos culturalmente diversos, mas atrasados na escala do evolucionismo social, e por isso precisariam, aos poucos, “deixar de ser indígena” para se transformarem em trabalhadores rurais ou urbanos, com o apagamento completo de sua identidade étnica. O monismo não admitia a coexistência de diversas culturas em um mesmo Estado-nação. Os diferentes modos de “criar, fazer e viver” deveriam ceder ao modo de vida dominante, o único reconhecido e promovido pelo Estado.

O integracionismo foi o mote de diversos diplomas jurídicos ao longo do século XX. Cita-se, a nível internacional, a Convenção nº 107 da OIT. Em nível nacional, o SPI, cujo nome original dava a tônica da política indigenista de “Localização de Trabalhadores Nacionais”; e o próprio Estatuto do Índio, que estabelecia a classificação dos indígenas conforme o grau de integração e conferia ao poder tutelar do Estado as diretrizes, por meio da Funai, para a definição dos destinos de cada indivíduo ou grupo.

Com o crescimento e aprofundamento de áreas do conhecimento como a Antropologia e a História, o evolucionismo social foi definitivamente refutado enquanto teoria científica e, conseqüentemente, as políticas integracionistas passaram a ser questionadas, sobretudo diante de seus resultados concretos de perpetuação das

67 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización” In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. El derecho em América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-160.

68 YRIGOYEN FAJARDO, 2011, op. cit.

desigualdades e das violências contra os povos indígenas.

Esse giro começou a surtir efeito no campo jurídico e institucional a partir da década de 1980. Por pressão dos povos indígenas, a Organização das Nações Unidas, por meio de sua “Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção de Minorias”, confeccionou um amplo estudo sobre discriminação contra os povos indígenas e recomendou medidas nacionais e internacionais para reverter este quadro, dando origem ao Estudo Martínez Cobo⁶⁹. Em 1989, a Organização Internacional do Trabalho promulgou a Convenção nº 169. Em 2007, a ONU aprovou sua Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas.

Esta pequena digressão demonstra que a Constituição de 1988, no que diz respeito aos direitos indígenas, dialogou com fontes heterônomas do direito internacional (outras Constituições nacionais, o Estudo Martínez Cobo, e a própria Convenção nº 169/OIT, que à época ainda estava sendo elaborada), mas sobretudo incorporou um novo imperativo ético de tratamento digno aos povos indígenas.

Para os povos indígenas, o constitucionalismo moderno, ou “constitucionalismo pluralista”, em contraposição ao projeto integracionista, está assentado sobre um tripé: (i) reconhecimento de sua condição de povos culturalmente diversos, não inferiores, com a devida proteção jurídica e institucional de seus “usos, costumes e tradições”; (ii) reconhecimento e proteção de seus direitos territoriais, imprescindíveis à própria reprodução física e cultural; (iii) reconhecimento de sua autonomia, isto é, de que os povos indígenas falam por si, prescindindo da tutela estatal, hoje compreendida como uma forma de violência, não mais de garantia de direitos⁷⁰.

Este tripé foi incorporado tanto pela Constituição de 1988, em seus artigos 231 e 232, quanto pela própria Convenção nº 169/OIT, de forma transversal. Portanto, a política indigenista brasileira deve observar esse paradigma jurídico, independentemente do governo vigente, sob pena de uma inconstitucionalidade disfarçada, amparada por premissas administrativas, econômicas, políticas, ideológicas ou orçamentárias.

No entanto, a MP nº 870/2019 apresenta indicações claras de revisitação do projeto

69 BURGER, Julian. “La protección de los pueblos indígenas em el sistema internacional” In BELTRÃO, Jane Felipe; BRILHO FILHO, José Claudio Monteiro; GÓMEZ Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZUÑIGA, Yanira. *Manual Derechos Humanos de Los Grupos Vulnerables*. DHES: 2014, p. 213.

70 YRIGOYEN FAJARDO, 2011, op. cit.

integracionista para os povos indígenas, em afronta direta à Constituição de 1988 e à Convenção nº 169/OIT. Primeiro, não foi objeto de consulta prévia, livre e informada (item 3.4), ou seja, não reconheceu o direito de os indígenas falarem por si. Segundo, porque cria uma estrutura que na prática inviabiliza a concretização dos direitos territoriais, conforme demonstrado no item anterior.

Terceiro, no que diz respeito especificamente ao presente tópico, não respeita o direito à diversidade. A MP nº 870/2019 deu substância às declarações referidas acima de que os indígenas “querem viver como nós” e de que “precisam ser integrados”, ao atribuir ao MAPA a competência para conduzir a espinha dorsal da política indigenista (a demarcação das terras indígenas) e explicitar uma visão sobre os indígenas como “trabalhadores rurais”, em apagamento de sua condição identitária.

As atribuições do MAPA, elencadas pela MP, não guardam afinidade temática ou técnica com a política indigenista – aquelas relacionadas ao fomento à agricultura comercial – inclusive a competência para demarcar “terras indígenas” é citada no mesmo inciso que “reforma agrária” e a “regularização fundiária de áreas rurais” (MP nº 870/2019, art. 21, XIV), que possuem lógica, fundamento e natureza bastante diversas das terras indígenas.

Recorda-se que, no início do século XX, sob a égide de uma ordem constitucional absolutamente distinta, a política indigenista esteve sob a atribuição do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (Decreto nº 1.606/1906), com o mote justamente de tratar os indígenas como trabalhadores rurais.

A MP nº 870/2018 também fere o princípio da vedação ao retrocesso social (ou, mais precisamente, retrocesso “sociocultural”). Na ADI nº 3.105 (relatada pelo ministro Cezar Peluso, com julgamento em 18/08/2004), o ministro Celso de Mello ressaltou que “a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos”.

Na ADI nº 4.350, por sua vez, o STF assentou que “o princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das

garantias sociais⁷¹”. Ocorre que as mudanças promovidas pela MP nº 870/2019 ferem o núcleo essencial do art. 231 da Constituição Federal, conforme demonstrado, incidindo em retrocesso sociocultural inconstitucional, pois deve ser garantida a segurança aos povos indígenas, de que, independentemente dos mandatários de momento, serão tratados com dignidade, e não mais como grupos em estágios atrasados de desenvolvimento, que precisam ser convertidos em “trabalhadores rurais”, sem atenção à sua condição culturalmente diversa.

Em suma, a MP nº 870/2019 também é materialmente inconstitucional, por ação, por violar o direito à diversidade cultural dos povos indígenas, e representar retrocesso sociocultural.

3.3. O dever estatal de prevenir o genocídio

A MP nº 870/2019 suscita também a necessidade de compreender o papel do Estado no dever de prevenir o genocídio. Este não se resume a atrocidades em massa, devendo ser encarados com seriedade processos e formas de supressão da identidade e da autonomia no exercício de certos modos de vida.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas estabelece, em seu art. 7.2, que os povos indígenas não serão submetidos a nenhum ato de genocídio nem a outro ato de violência, incluindo a remoção forçada de um grupo. Além disso, segundo o art. 8.1, tais povos têm o direito a não sofrer a assimilação forçada nem a destruição da sua cultura.

Cabe aos Estados, nos termos do art. 8.2 da declaração, estabelecer mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de: (i) todo ato que tenha por objeto ou consequência privá-los de sua integridade como povos distintos ou de seus valores culturais, ou sua identidade étnica; (ii) todo o ato que tenha por objeto ou consequência alienar-lhes suas terras ou recursos; (iii) toda forma de transferência forçada da população, que tenha por objetivo ou consequência a violação e o menosprezo de qualquer de seus direitos; (iv) toda a

71 ADI 4.350, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 3.12.2014

forma de assimilação e integração forçada; (v) toda a forma de propaganda que tenha com finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles.

Fernanda Frizzo Baragato observa que o genocídio é um crime internacional que pode ser praticado de várias maneiras, desde que haja o elemento intencional de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Não é necessário matar membros de um grupo para cometer o genocídio, podendo este ganhar outras formas, como prevê o art. II da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, assinada em 1948 e ratificada pelo Brasil em 1952: (i) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; (ii) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; (iii) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo; e (iv) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

É necessário não apenas reprimir o genocídio, mas preveni-lo⁷². O tratamento conferido aos povos indígenas no Brasil ao longo dos séculos indica que o Estado nem sempre optou por violências físicas diretas, mas por medidas que tentavam subtrair a identidade desses grupos, bem como os seus costumes e tradições. O chamado genocídio cultural, ou etnocídio, é uma forma de violência que atinge o modo de vida e a constituição das pessoas indígenas e integra o que se pode chamar de complexo genocida, que combina violações materiais e imateriais, sempre com intenção de destruir, objetivo também alcançado pela via da assimilação. A interrupção de rituais pela presença de missionários, a proibição de falar em línguas maternas por uma educação escolar não específica, a obrigação de aprender hábitos estrangeiros, são métodos que, de acordo com a literatura, podem estar relacionados a epidemias de suicídio, alcoolismo e drogadição.

Os registros históricos de genocídio e etnocídio ocorridos no país contra comunidades indígenas mostram também a centralidade da desterritorialização como estratégia de eliminação ou assimilação desses povos. Historicamente, a negativa de acesso à terra, a decretação de terras como “livres de indígenas”, a remoção de povos de suas terras para dar lugar a projetos de desenvolvimento são ações estatais que estimularam e reconheceram o

72 Sobre o tema, veja-se: BARAGATO, Fernanda Frizzo. *Os caminhos do genocídio indígena na atual política brasileira*. Disponível em: <https://emporiodireito.com.br/leitura/os-caminhos-do-genocidio-indigena-na-atual-politica-brasileira?fbclid=IwAR1acR-FADeskwqYcU4s9EUMydpFJVnG7RP_c1BWq58ra4F7YVqaksxQpuc> Acesso em: 01 fev. 2019.

roubo de terras, a invasão de terras e o esbulho possessório contra os índios no Brasil.

As obras e projetos de desenvolvimento, sejam agropecuários, minerários, de exploração hídrica ou florestal, que provocaram os mais graves processos genocidas e etnocidas até a ditadura militar brasileira têm em comum a ausência de licenciamento ambiental e a falta de controle social. Ao prever a participação da sociedade e o controle do estado sobre tais projetos, a Constituição de 1988 pretendeu evitar ou minimizar danos, o que nem sempre foi alcançado, justamente pela persistência de discursos de flexibilização normativa e de práticas recorrentes de burla a essas normas, ou mais simplesmente, corrupção.

O Brasil tem experimentado os piores desastres socioambientais de sua história em decorrência da disposição de agentes públicos e privados em fragilizar o licenciamento ambiental. As catástrofes com intolerável custo em vidas humanas que ocorreram em Mariana e Brumadinho (MG) são as consequências extremas de projetos econômicos que negligenciam questões sociais e ambientais, sempre precedidos por anos ou décadas de violações contra os territórios e os direitos de comunidades indígenas e tradicionais. Antes da catástrofe, rios, animais e matas são poluídos e destruídos, agredindo modos de vida humana que se consubstanciam às outras formas de vida com que coexistem e que, por esse motivo, as preservam e enriquecem.

Se a interveniência da Funai em licenciamentos ambientais não foi capaz de evitar tais violações, isso não prova sua ineficácia para justificar sua extinção, antes pelo contrário, é prova de que os mecanismos de controle, participação e decisão dos povos indígenas sobre o que lhe afeta, tais como a Funai antes da MP em comento, precisam ser aprofundados.

Nesse sentido, as mudanças promovidas pela MP nº 870/2019, ao retirarem da Funai e conferirem ao MAPA a competência para atividades de demarcação e para intervenção em licenciamentos ambientais de empreendimentos que afetam terras indígenas, vão na contramão do dever de o Estado brasileiro prevenir o genocídio.

Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível apresentar as seguintes conclusões:

1. O art. 231 da Constituição estabeleceu direitos fundamentais aos povos indígenas, os quais se relacionam com o pluralismo e o respeito à diversidade e à identidade cultural. Esses direitos devem repercutir no desenho e na execução de todas as políticas públicas confeccionadas para o atendimento desses povos. Os direitos territoriais – na condição de direitos originários, que consideram o vínculo ancestral dos povos indígenas com suas terras tradicionalmente ocupadas – geram uma obrigação improrrogável e irrevogável da União Federal em demarcá-las e protegê-las;

2. Tais garantias não podem ser abolidas, por configurarem cláusula pétrea, sendo que a Constituição oferece salvaguardas, justamente nessas duas proteções, de ordem sociocultural e territorial, para que o ambiente exterior não desrespeite a ordem sociocultural instaurada em 1988 e potencializada pela Convenção nº 169/OIT. Assim, o art. 231 revela uma dimensão sociocultural que é a essência da pluralidade cultural e da territorialidade tradicional;

3. Uma proposta legislativa que determine a inclusão dos processos demarcatórios no Ministério da Agricultura, palco de conflitos e tensões sociais entre os interesses do agronegócio e os direitos dos povos indígenas, fragilizando os direitos originários, não pode gerar qualquer eficácia social;

4. Ao editar a MP nº 870/2019, além de não cumprir os requisitos de urgência e relevância, o governo federal desrespeitou a vedação expressa no artigo 62, §1º, inciso I, que impede a edição de atos legislativos em matéria de cidadania, que não pode ser confundida com cidadania política, devendo ser compreendida de forma mais aberta, apta a limitar o avanço do executivo em temas de etnocidadania, direitos originários e diversidade sociocultural;

5. No que se refere ao cabimento da edição de medida provisória, a MP nº 870/2019 atenta também contra as chamadas limitações materiais implícitas. Medida Provisória que importe redução desarrazoada da proteção aos povos indígenas, como é a presente, dispõe

de evidente potencial de acarretar prejuízos irreversíveis a estes grupos, como já ressaltou o STF quanto à proteção ambiental;

6. Impende sublinhar, também, a não observância da consulta prévia, livre e informada, prevista no art. 6º da Convenção nº 169/OIT. É nula toda medida administrativa ou legislativa que afete diretamente os povos indígenas e não tenha sido submetida à consulta prévia, livre e informada desses grupos, por incompatibilidade vertical com a Convenção nº 169, devendo ser declarada inconvencional;

7. O direito à consulta decorre do reconhecimento das sociedades como pluralistas, multiculturais e democráticas⁷³. É, por excelência, um espaço de concretização do pluralismo político, na medida em que propicia que diferentes visões de mundo se confrontem na arena pública, possibilitando a emergência de visões e perspectivas diversas acerca das medidas administrativas e/ou legislativas previstas;

8. A MP nº 870/2019 também é materialmente inconstitucional, por ação, por violar o direito à diversidade cultural dos povos indígenas e seus “usos, costumes e tradições” (Constituição de 1988, art. 231), e representar retrocesso sociocultural, ao explicitar uma visão sobre os indígenas como “trabalhadores rurais”, em apagamento de sua condição identitária;

9. A MP nº 870/2019 também viola a dimensão organizacional e procedimental do art. 231 da Constituição. A densificação da proteção territorial dos direitos territoriais indígenas não pode prescindir dos mecanismos de efetivação, sob pena de o Estado incorrer em omissão inconstitucional, decorrente da proteção deficiente desses direitos;

10. Viola igualmente a dimensão organizacional e procedimental do art. 231 a atribuição de a competência de demarcação e de intervenção em processos de licenciamento ambiental a órgão que não detém capacidade institucional para tanto, seja do ponto de vista da competência ou da independência técnica;

11. As atribuições do MAPA, elencadas pela MP, não guardam afinidade temática ou técnica com a política indigenista – aquelas relacionadas ao fomento à agricultura comercial -, inclusive a competência para demarcar “terras indígenas” é citada no mesmo inciso que “reforma agrária” e a “regularização fundiária de áreas rurais” (MP nº 870/2019, art. 21, XIV),

73 Corte IDH, 2012, op. Cit., p. 42.

que possuem lógica, fundamento e natureza bastante diversos das terras indígenas;

12. Caso leve adiante a proposta de atribuir a um Conselho Interministerial a competência para deliberar sobre demarcação de terras indígenas, o governo também violará a dimensão procedimental do art. 231, ao retirar a natureza técnica do processo administrativo de demarcação – caráter que lhe é atribuído pela própria Constituição, conforme visto acima – até então composto por uma sucessão de pareceres técnicos e atos administrativos vinculados, passando a lhe conferir natureza política, pautada em juízos de conveniência e oportunidade dos diversos Ministérios que integrarão o Conselho;

13. A MP nº 870/2019 também é materialmente inconstitucional, por omissão, ao criar uma estrutura e uma organização que, na prática, impedem a efetivação dos direitos territoriais indígenas. Verifica-se claramente a proteção deficiente e a consagração da omissão estatal na matéria;

14. Como ressaltou a ADI 6062, a violação do princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da proteção deficiente, apresenta-se com todo o vigor, pois está sendo criada uma estrutura e uma organização para justamente não efetivar os direitos territoriais indígenas. A medida provisória não observa os subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito;

15. Ademais, é necessário compreender o papel do Estado à luz do seu dever de prevenir o genocídio. Este não se resume a atrocidades em massa, devendo ser encarados com seriedade processos e formas de supressão da identidade e da autonomia no exercício de certos modos de vida;

16. Conclui-se, assim, que os artigos 21, inciso XIV e §2º, inciso I; e 43, I, “i” da MP nº 870/2019 são inconstitucionais e inconvenientes. Por arrastamento, os artigos 11, I, “f” e “g”; 14, caput e incisos I, II e III; e 66 do Anexo I do Decreto nº 9.667/2019 e o artigo 2, IV do Anexo I do Decreto nº 9.673/2019 incorrem nos mesmos vícios.