



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

NOTA TÉCNICA N. 04/2024 - AJUR/APIB

Assunto: Decisão proferida na data de 22 de abril de 2024 pelo Min. Rel. Gilmar Mendes nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 87/DF.

Decisão Conjunta ADC 87, ADI 7.582, ADI 7.583, ADI 7.586 e ADO 86

Brasília, 02 de maio de 2024

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB), organização indígena de representação e defesa dos Direitos dos Povos Indígenas no Brasil, por intermédio de sua assessoria jurídica, vem apresentar a Nota Técnica sobre a decisão conjunta constante nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 87/DF, a qual se configura como uma das mais graves ameaças aos Direitos Ambientais, acirrando, assim, a crise climática que aflige a humanidade. Ademais, vilipendia os Direitos territoriais dos Povos Indígenas ao contrariar o entendimento firmado pelo próprio tribunal, pois como precificou o Ministro Edson Fachin trata-se de cláusulas pétreas.

1. DO GRAVE CONTEXTO DE AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS.

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na defesa dos Direitos dos Povos Indígenas do Brasil. Alçou os direitos sócio-territoriais das populações indígenas à condição de Direitos Fundamentais, imperativo de um quadro jurídico-normativo que reflete a máxima importância dos territórios e dos elementos nestes contidos à reprodução material e cultural desses povos. Em harmonia com a Constituição Cidadã, o Brasil se tornou signatário de diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o que revela não apenas



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

um compromisso civilizacional com a proteção do postulado da Dignidade Humana, mas também uma atenção sensível à premência das questões climáticas.

Com esse pano de fundo, malgrado o conteúdo da decisão ora guerreada, destaca-se que o Exmo. Ministro Gilmar Mendes, nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 87/DF, informou que:

Do exame preambular da Lei 14.701/2023, como é de costume em sede de apreciação cautelar, **verifico que, aparentemente, diversos de seus dispositivos podem ser lidos em sentido contrário ao entendimento a que chegou o Plenário desta Corte no julgamento do RE 1.017.365/SC** (tema 1031 da repercussão geral). - *Grifos nossos*

Em adição, sustentou que os dispositivos constantes na Lei 14.701/2023 “podem ser interpretados de modo a contrariar parte das teses fixadas no referido julgamento”. Além de reputar incompatibilidade do texto legal com o entendimento constitucional sobre o “*estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no art. 231 da Constituição*”, também destacou que “*De igual modo, situação semelhante se verifica, dentre outros, em relação aos seguintes dispositivos: (i) art. 9º (possível conflito com a quinta e a décima teses fixadas); (ii) arts. 11 e 23 (possível conflito com a décima tese fixada)*”, isto é, asseverou a existência de conflito entre a hipótese de exploração econômica do território com o entendimento de que aos Povos Indígenas assegura-se “*o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes*”, conforme estabelece a tese X do RE 1.017.365/SC.

Em que pese tenha ponderado as informações supracitadas, consignou que:

Nada obstante, a definição dos limites constitucionais dessa margem de conformação caracteriza-se como questão constitucional de primeira grandeza, a ser enfrentada por esta Corte nas ações de controle concentrado propostas contra o diploma legislativo por meio do qual exercida a referida competência, ora apreciadas conjuntamente.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

Todavia, enquanto a Corte não conclui a apreciação meritória de tais ações, preocupa-me sobremaneira a possibilidade de que a persistência de sinais aparentemente contraditórios (teses fixadas no julgamento do RE 1.017.365/SC e ditames da Lei 14.701/2023) possa gerar situação de severa insegurança jurídica.

Preocupa-me, em especial, a situação dos processos judiciais que discutem a constitucionalidade da Lei 14.701/2023, pois a indefinição quanto à adequada interpretação constitucional acerca do tema pode levar à prolação de decisões judiciais cuja eventual depuração do ordenamento jurídico, após pronunciamento futuro do Supremo Tribunal Federal, venha a se mostrar impossível, com graves prejuízos às partes envolvidas (comunidades indígenas, entes federativos ou particulares).

No particular, chamo a atenção ao exíguo lapso temporal transcorrido entre o julgamento do RE 1.017.365/SC, concluído em 27.9.2023, e a edição da Lei 14.701/2023, de 23.10.2023, cujas partes vetadas foram promulgadas em 27.12.2023.

Nesse curto período de tempo, não houve alteração na norma constitucional de parâmetro que justificasse eventual rediscussão do entendimento a que chegou o Supremo Tribunal Federal a seu respeito, sendo certo que a única alteração jurídica relevante a legitimar a rediscussão do tema recém-pacificado é justamente o exercício, pelo Congresso Nacional, de sua competência de conformação legal da norma contida no art. 231 da Constituição (Lei 14.701/2023) – exercício cuja constitucionalidade é discutida nas ações de controle concentrado ora apreciadas. - *Grifos nossos.*

Conforme destacado pelo próprio Ilmo. Ministro Relator, há um exíguo lapso temporal entre “o julgamento do RE 1.017.365/SC, concluído em 27.9.2023, e a edição da Lei 14.701/2023, de 23.10.2023”, o que decerto torna pouquíssimo efetivo “a imediata suspensão, na forma do art. 21 da Lei 9.868/1999, de todos os processos judiciais que discutam, no âmbito dos demais órgãos do Poder Judiciário, a constitucionalidade da Lei 14.701/2023”, uma vez que os efeitos da Lei do



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA –
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

Genocídio Indígena se projetam também para a atuação do Executivo nos processos de demarcação e homologação das Terras Indígenas.

É evidente, portanto, que o efeito deletério à segurança jurídica se evidencia na justa manutenção da vigência da Lei 14.701/2023, na medida que expõe os procedimentos administrativos de demarcação de Terras Indígenas à vigência de uma lei cuja tese que a sustenta já foi refutada pelo entendimento firmado pela Suprema Corte.

De mais a mais, o fato da suspensão se direcionar aos processos judiciais que discutam a constitucionalidade incidental da Lei 14.701/2023, não obsta que esta lei seja aplicada a todos os processos judiciais em curso, tendo em vista que o efeito suspensivo está condicionado ao questionamento da constitucionalidade do instrumento legal. Dessa forma, a pretexto de uma suposta segurança jurídica, permitir-se-á, com a decisão ora analisada, que os Tribunais inferiores apliquem um regramento legal contrário ao entendimento constitucional firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Noutra perspectiva, é de relevante preocupação o fato de que os Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas do Brasil tenham sido transformados em moeda de troca para a pacificação da disputa travada entre os Poderes da República. Segundo a decisão, busca-se contornar os ruídos do *“canal usual dos diálogos institucionais entre os Poderes”* através de *“uma governança colaborativa do conflito, intermediado pelo Supremo Tribunal Federal”*.

Data vênia o posicionamento do Ilmo. Ministro Relator, ao argumentar que a conduta adotada na condução do julgamento da ADPF 984/DF e da ADI 7.191/DF poderia, em qualquer sentido, ser aplicado também ao debate travado no contexto ora analisado, mostra-se absolutamente equivocado. Afinal, ao supor que as questões relacionadas à precificação de combustíveis se assemelham ao Direito à Vida, à Saúde, à Segurança e à Existência Digna dos Povos Indígenas do Brasil determina-se, em última análise, a inadmissível precificação dos Direitos Fundamentais, uma vez que conforme a dogmática



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

constitucional, são **inegociáveis**, ante suas características de indisponibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade.

O STF, assim, se esquivava de sua prerrogativa constitucional de protetor dos Direitos e Garantias Fundamentais - como poder contramajoritário -, auxiliando no vilipêndio dos Direitos Existenciais das populações indígenas ao decidir que a criação de uma Comissão Especial que terá por finalidade, “entre outras atribuições a serem definidas posteriormente: (ii) propor aperfeiçoamentos legislativos para a Lei 14.701/2023, sem prejuízo de outras medidas legislativas que se fizerem necessárias, voltados à superação do impasse e novo diálogo institucional.”.

Ora, é preciso minimamente estabelecer o parâmetro do que seria o referido aperfeiçoamento, uma vez que não cabe melhorar algo que se impõe pela força, em absoluto desrespeito ao entendimento constitucional consolidado pela Suprema Corte. O Ministro Relator Gilmar Mendes considera:

[...] importante registrar que, para sentar-se à mesa, é necessário disposição política e vontade de reabrir os flancos de negociação, despendo-se de certezas estratificadas, de sorte a ser imperioso novo olhar e procedimentalização sobre os conflitos entre os Poderes, evitando-se que o efeito *backlash* seja a tônica no tema envolvendo a questão do marco temporal.

O que se pede, à luz do proposto, é que os Povos Indígenas sentem-se à mesa para informar, após anos de violação dos seus Direitos Humanos com a participação ou omissão estatal, **se vão aceitar ou se serão obrigados a aceitar**, à **custa de mais sangue derramado e perpetuidade da lógica colonial, as condições impostas pelo anseio dos agentes econômicos em promover a exploração econômica e predatória dos territórios ancestrais**. Não se está debatendo, portanto, a constituição ou o pacto social e histórico que foi firmado almejando alcançar o patamar civilizacional compreendido no Estado Democrático de Direito.

A Suprema Corte, em vasto acervo jurisprudencial, já se manifestou sobre o direito ao “*usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;*” pelos povos indígenas. Já rejeitou objetivamente a tese do marco



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

temporal. Por inúmeras vezes, decidiu sobre o caráter destrutivo ao meio ambiente e à segurança e dignidade das populações indígenas provocado pelo garimpo em Terras Indígenas. Assumiu, assertivamente, o compromisso histórico de conduzir a atuação do poder judiciário de modo sensível à emergência imposta pelas questões climáticas.

Em suma, o STF se manifestou ao longo dos últimos anos em defesa não apenas do cumprimento da racionalidade constitucional, mas também na vanguarda da proteção de direitos humanitários. Contudo, no presente, corre o risco de se tornar subserviente ao poder dos agentes econômicos que, na ganância de violentar as terras sagradas dos Povos Indígenas, transformam este Poder da República em verdadeiro porta-voz de seu arbítrio.

Tudo isso, em nome de uma suposta estabilidade democrática e pacificação institucional.

2. DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB-88), os Direitos Fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Dada a sua importância para garantir o primado da Dignidade Humana, **constituem Cláusula Pétreia da Constituição**, sendo, portanto, insuscetíveis de serem flexibilizados ou piorados, em respeito ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social¹, segundo o qual não é possível retroceder em matérias de Direitos e Garantias Fundamentais duramente conquistados.

De acordo com o Art. 231, §1º da Constituição Federal:

¹ Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB-88)
Título IV. Da Organização Dos Poderes. Capítulo I. Do Poder Legislativo.
Seção VIII. Do Processo Legislativo. Subseção II. Da Emenda À Constituição

Art. 60, §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, **as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.** - *Grifo nosso*

Conforme se extrai do dispositivo constitucional acima transcrito, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas afiguram-se enquanto a principal condição da manutenção de sua sobrevivência física e cultural, de modo que, para os Povos Indígenas, não existe Dignidade Humana sem a garantia de suas Terras, que é a espacialidade onde estão os recursos necessários ao desenvolvimento econômico das comunidades indígenas e onde poderão expressar suas culturas, tradições e espiritualidade com dignidade.

Em outras palavras, a reformulação do sistema de estruturação de Terras Indígenas com o fito de dificultar o processo demarcatório compromete as condições mínimas de existência e dignidade das comunidades indígenas.

Outrossim, é importante destacar que a regularização da situação fundiária das Terras Indígenas através dos procedimentos demarcatórios viabiliza a implementação de serviços essenciais como por exemplo a saúde, a educação e o transporte.

O entendimento constitucional de que o Direito dos Povos Indígenas às Terras que tradicionalmente ocupam constituem-se enquanto Direitos Fundamentais - vez que são imprescindíveis ao bem estar e à manutenção dos usos, costumes e tradições dos Povos Indígenas - foi reafirmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC, que rechaçou a malfadada tese do marco temporal. Naquele julgamento, restou estabelecido que os Direitos Fundamentais são insuscetíveis de serem flexibilizados ou piorados. Assim se manifestou o Ministro Relator Edson Fachin:

Em primeiro lugar, incide sobre o disposto no artigo 231 do texto constitucional a previsão do artigo 60, §4º da Carta Magna, consistindo, pois, cláusula pétrea à atuação do



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

constituente reformador, que resta impedido de promover modificações tendentes a abolir ou dificultar o exercício dos direitos individuais e coletivos emanados do comando constitucional do artigo citado. [...]

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

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

Comungando do mesmo entendimento, o também Ministro do STF Roberto Barroso² defende que: "*Como a cultura integra a personalidade humana e suas múltiplas manifestações compõem o patrimônio nacional dos brasileiros (CF/88, arts. 215 e 216), parece plenamente justificada a inclusão do direito dos índios à terra entre os direitos fundamentais tutelados pelo art. 60, § 4o, IV, da Constituição*". (Grifo nosso)

Ademais, "*As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes*"³.

² Supremo Tribunal Federal. MS nº 32.262 MC/DF. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24.09.2013

³ Art. 231, §2º, CF.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

Assim, temos que os indígenas possuem o direito de ocupar totalmente as terras demarcadas em caráter permanente, cabendo-lhes o Usufruto Exclusivo dos recursos nelas presentes. **Portanto, esse direito também restará violado nos casos em que for possível a execução de obras, empreendimentos e arrendamentos para exploração da terra por terceiros.** É o que se verifica nos autos do RE 1.017.365/SC, conforme a seguinte redação:

Daí se desvela a importância do julgamento que ora se levará a efeito, o qual ressalta o legítimo exercício da função contramajoritária do Poder Judiciário, na tutela de direito fundamental de minorias, a influir decisivamente na interpretação e no estabelecimento do estatuto jurídico constitucional das relações possessórias das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Por um lado, se **é certo que as graves temáticas imbricadas no tratamento legal e administrativo conferidos aos indígenas não se esgota em assegurar a posse desses territórios – haja vista os riscos de invasões, garimpos, retiradas ilegais de madeiras, além da sempre complexa prestação de serviços públicos básicos às comunidades em terras já regularizadas – de outra parte é preciso ressaltar que a proteção possessória converte-se no patamar mínimo para a tutela dos direitos fundamentais dos índios e de suas comunidades.** (*Grifo nosso*)

Por outro lado, importa destacar que buscando proteger a qualidade de vida, a dignidade e o bem-estar social, a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história, consagrou um capítulo específico ao meio ambiente, possibilitando ao Poder Público e à coletividade os meios necessários para a tutela desse bem comum dos povos, e deliberando princípios e regras a serem seguidos, dentre eles, conforme dispõe o *caput* do artigo 225, o Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e Essencial à Sadia Qualidade de Vida.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Salientamos que, quando se fala em meio ambiente em um sentido mais amplo, entende-se como sendo *“tanto o meio ambiente natural, quanto o cultural e, ainda, o urbano (ou artificial)”*⁴. Neste sentido, para se deliberar a respeito de políticas territoriais e/ou exploração econômica em território brasileiro, necessariamente deve-se considerar a existência de povos, comunidades e assentamentos que coexistem nessas localidades, considerando também que esses povos costumam ter uma ligação intrínseca de existência cultural e física relacionada ao meio ambiente.

Nessa toada, resta consignar que os Povos Indígenas possuem uma relação de coexistência com seus territórios e, por esse motivo, o estado brasileiro, ao eleger políticas de cunho extrativista em benefício de empreendimentos que irão apenas atender aos interesses do capital financeiro, tende a vilipendiar os Direitos Culturais preceituados no art. 215 da Constituição, ao passo em que reduz drasticamente a perspectiva de vida desses povos, além de lesar a Dignidade Humana das comunidades indígenas, conforme temos observado diante do cenário que se desenrola nos últimos anos relacionado à flexibilização de Direitos Originários e Ambientais.

Nesta toada, importa frisar que a exploração dos recursos minerais possuem impactos ambientais extremamente prejudiciais para os Povos Indígenas que estão em torno dos empreendimentos. Os impactos ambientais podem interferir na dinâmica cultural desses povos e, por esse motivo, permitir grandes empreendimentos em Terras Indígenas exige

⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos de Direito Ambiental no Brasil. In: CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental: e questões relevantes. Campinas: Millennium Editora, 2005.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

necessariamente um amplo debate sobre a real vontade dos povos que nelas residem.

Para qualquer possível regulamentação de mineração, deve ser considerado, em primeiro lugar, o bem-estar e sobrevivência dos Povos Indígenas e preservação de suas Terras Tradicionais. O art. 174 da Constituição Federal trata da mineração econômica no Brasil:

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

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

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. - Grifos nossos

Por sua vez, o § 7º do art. 231, CF é taxativo ao estabelecer que o art. 174, §§ 3º e 4º não é aplicável nas Terras Indígenas. Portanto, na Constituição Federal não existe nada que permita a mineração comercial e industrial em Terras Indígenas.

Flexibilizar conceitos basilares da política indigenista esvazia o conteúdo do art. 231 da Constituição Federal, inclusive da dimensão sistêmica do ordenamento constitucional, incluindo todo o regramento dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos integrados ao sistema jurídico pátrio, de modo que provoca graves retrocessos aos Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas, afigurando-se, portanto, inconstitucional.

A Constituição de 1988 reconheceu o Direito Originário dos Povos Indígenas sobre a Terra, assim como a posse coletiva decorrente da



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

tradicionalidade das Terras Indígenas e o Usufruto Exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. As Terras Indígenas pertencem à União, mas são de Usufruto Exclusivo dos Povos Indígenas, nos termos do art. 20, inciso XII da Carta Maior:

Art. 20. São bens da União:

(...)

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Ademais, a extração das riquezas minerais em Terras Indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional. Até o momento, apesar das várias investidas dos interessados na exploração, o Congresso ainda não regulamentou a extração. Portanto, a exploração dessas riquezas em territórios de povos originários no Brasil é proibida, ainda que ocorra de maneira irregular em várias localidades do país. Se em algum momento a exploração vier a ocorrer, as comunidades afetadas deverão ser previamente ouvidas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da extração, na forma da lei, conforme art. 231 § 3º.

A mineração em Terras Indígenas é em si mesma uma prática violadora dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas. Os impactos negativos, ocasionados pela extração dos minérios, deixam uma onda de devastação nos territórios, o que representa ameaça inequívoca aos territórios tradicionais entendidos como *“espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais”* (artigo 3º, II, Decreto 6.040/07).

3. DA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE CONSULTA DOS POVOS INDÍGENAS OCASIONADA PELA AUSÊNCIA DE AMPLA REPRESENTATIVIDADE NO CONTEXTO DAS NEGOCIAÇÕES

Além das violações aos Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas já expostas, a negociação imposta pelo Ilmo. Ministro Relator aos Povos Indígenas viola Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

que foram assinados voluntariamente pelo Brasil, notadamente a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.051/2004 e consolidada na Lei nº 10.088/2019⁵, cujos artigos 6º e 15º dispõem, em síntese, sobre a obrigatoriedade de consulta aos Povos Indígenas na hipótese de realização de projetos de exploração dos recursos existentes em suas Terras. Em mesma direção, estabelece o art. 7º do referido instrumento Convencional que:

Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente. - *Grifo nosso*

Desta feita, a manutenção da decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes importa na continuidade de uma prática deletéria aos Direitos Constitucionais dos Povos Indígenas, onde não indígenas decidem sobre seus futuros à portas fechadas. Além do mais, a arbitrariedade de qualquer decisão sem a ampla participação dos Povos Indígenas conflita também com o art. 8º da mencionada Convenção, senão vejamos:

1. Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração.

Nesse ínterim, é importante salientar que os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos, uma vez ratificados pelo Brasil, podem adquirir *status* de norma constitucional, graças à cláusula de abertura

⁵ BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

constitucional insculpida no § 2º do art. 5º da CF/88, a qual possibilita a ampliação do catálogo de Direitos Fundamentais materiais, incluindo outros que não se encontram topograficamente localizados no Título II da Constituição Federal, tal como os que derivam de Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶ - ao julgar o caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador - a consulta deve ser realizada de maneira prévia e portanto, deveria ocorrer *“em todas as fases de planejamento e desde as primeiras etapas”*, ou seja, antes mesmo de ter sido concedida a licença prévia do empreendimento. Ademais, a consulta prévia é de responsabilidade do poder público, não podendo ser delegada para empresas privadas, *“muito menos à interessada na extração dos recursos”*.

Comungando o mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento da Reclamação nº 17.224, asseverou a necessidade de consulta prévia. Nos exatos termos do Ministro Relator Félix Fischer: *“Ressalve-se, no entanto, a necessidade de que o Governo Federal persista em sua tarefa de realizar ampla e prévia consulta a todos os povos indígenas e tribais potencialmente afetados pelo empreendimento energético que se pretende implantar, sem a qual restará inviabilizada a licença ambiental.”*⁷. (Grifo nosso)

No estágio em que se encontra a controvérsia sob análise da Suprema Corte, os Povos Originários encontram-se absolutamente tolhidos de capacidade material objetiva de fazer suas visões de mundo ecoarem no processo “negocial” imposto pela decisão do Ministro Relator Gilmar Mendes.

⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caderno de Jurisprudências. Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C Nº 245. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2022_port.pdf

⁷ STJ, Reclamação nº. 17.224/PA, Relator Ministro Félix Fischer, 8 de maio de 2014



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

4. DO EMINENTE RISCO DE AGRAVAMENTO DA EMERGÊNCIA CLIMÁTICA DIANTE DA MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO MINISTRO GILMAR MENDES

No contexto da crise climática associada ao aquecimento global, as terras tradicionalmente ocupadas pelos Povos Indígenas afiguram-se fundamentais para a proteção da biodiversidade, das florestas e das águas, contribuindo de forma substancial para o equilíbrio climático, graças à relação harmoniosa que os Povos Indígenas mantêm com a Natureza da qual são parte integrante e indissociável.

Cada vez mais, despontam estudos científicos comprovando os relevantes serviços ambientais oferecidos pelos Povos Indígenas. Nesse sentido é o estudo inédito publicado pela Organização Mapbiomas Brasil, que atesta que ao longo de 30 anos a Terras Indígenas perderam apenas 1% de toda a vegetação nativa, causado em grande medida pela invasão desses territórios por grileiros, madeireiros, garimpeiros e mineradores. Já nas áreas privadas, a perda de vegetação nativa foi de 20,6%⁸.

No mesmo sentido, os dados da Organização das Nações Unidas/ONU demonstram que os territórios tradicionais indígenas abrangem 28% da superfície terrestre do mundo, mas abrigam 80% de toda a biodiversidade planetária⁹.

O desmatamento é um dos mais graves problemas ambientais da atualidade, pois além de devastar as florestas e os recursos naturais, compromete o equilíbrio do planeta em seus diversos aspectos. Desde o

⁸ **Fatos sobre o papel das Terras Indígenas na proteção das Florestas.** Mapbiomas Brasil. 2022. Disponível em: https://mapbiomas-br-site.s3.amazonaws.com/downloads/Colecction%206/Fatos_sobre_o_Papel_das_Terras_Ind%C3%ADgenas_18.04.pdf

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



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

período colonial a economia brasileira é marcada por ciclos caracterizados pela exploração intensiva de determinados recursos naturais¹⁰.

Outrossim, os serviços ambientais prestados pelos Povos Indígenas com a conservação das vegetações nativas, tem consequências diretas no regime de chuvas, que é um fator essencial para a manutenção da capacidade produtiva do país. Dessa maneira, a não demarcação de Terras Indígenas têm o efeito de acelerar as mudanças climáticas, pondo em risco a soberania alimentar e nutricional de todos os brasileiros.

Por outro lado, a abertura das Terras Indígenas para empreendimentos nacionais e internacionais como a mineração, garimpo e pecuária, representam um retrocesso ambiental, na medida em que, dentre outras formas de degradação ambiental, poluem a água, aumentam o desmatamento e a emissão de gases de efeito estufa, prejudicando o cumprimento das metas assumidas pelo Brasil no âmbito dos Tratados Internacionais, em especial o Acordo de Paris, que pretende reverter as mudanças climáticas em caráter de urgência.

Com relação aos Povos Indígenas, esses empreendimentos têm o condão de afetar-lhes diretamente a saúde e o bem-estar, pondo em risco a própria existência desses povos.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 conta com um capítulo próprio para tratar da proteção ao meio ambiente, dispondo que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se constitui enquanto um fator essencial para a sadia qualidade de vida.

A tutela constitucional do meio ambiente e o conseqüente imperativo de preservar os recursos naturais para as futuras gerações, diz respeito à sobrevivência humana e da mãe Terra, tratando-se, portanto, de um Direito Fundamental, vez que está intrinsecamente vinculado ao Direito à Vida (art. 5º,

¹⁰ FURTADO, Celso, **Formação Econômica do Brasil**, Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1959.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

caput, CF)

Dessa maneira, a proteção constitucional ao meio ambiente também não pode sofrer alteração legislativa que importe em diminuição ou flexibilização do Direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. É o que se chama de “Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental”, como bem explicado na lição de Alexandra Aragão¹¹, *in verbis*:

No âmbito interno, **o princípio da proibição do retrocesso ecológico, espécie de cláusula rebus sic stantibus, significa que, a menos que as circunstâncias de fato se alterem significativamente, não é de admitir o recuo para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados.** Nesta vertente, o princípio põe limites à adoção de legislação de revisão ou revogatória. As circunstâncias de fato às quais nos referimos são, por exemplo, o afastamento do perigo de extinção antropogênica, isto é, a efetiva recuperação ecológica do bem cuja proteção era regulada pela lei vigente, desde que cientificamente comprovada; ou a confirmação científica de que a lei vigente não era a forma mais adequada de proteção do bem natural carecido de proteção. **Internamente, o princípio do retrocesso ecológico significa, por outro lado, que a suspensão da legislação em vigor só é de admitir se se verificar uma situação de calamidade pública, um estado de sítio ou um estado de emergência grave. Neste caso, o retrocesso ecológico será necessariamente transitório, correspondendo ao período em que se verifica o estado de exceção.** - *Grifo nosso*

Por tais motivos é que o Ministro Edson Fachin asseverou que “há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.”¹².

¹¹ ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.57-58.

¹² Supremo Tribunal Federal. RE 1.017.365/SC. Voto do Ministro Edson Fachin, em julgamento virtual em 11/06/2021.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

Há consensos científicos a respeito do fato de que, graças ao desmatamento e aos efeitos das mudanças climáticas, a Floresta Amazônica está perto de um “ponto de inflexão”,¹³ após o qual não terá mais a capacidade de se recuperar de danos e se transformará de floresta tropical em savana. As implicações disso para o clima afetam o mundo todo, uma vez que tal mudança drástica pode alterar irreversivelmente os padrões climáticos globais, ao mesmo tempo em que libera enormes emissões adicionais de carbono na atmosfera.

No Brasil, o principal fator de emissão de gases de efeito estufa (GEE) é o desmatamento.¹⁴ **Para além de ser um vetor de desmatamento, a mineração também é responsável direta pelas emissões de gases de efeito estufa. Em média, 28 gramas de ouro causam a emissão de uma tonelada de CO2.**¹⁵

De acordo com a organização Amazon Watch, ao analisar somente o caso da mineradora Belo Sun, é possível verificar que *“o rendimento da mina para processamento em plena produção é estimado em 5,8 toneladas de ouro produzidas por ano, as emissões projetadas ao final do projeto de 18 anos da Belo Sun são impressionantes 3.692.790 toneladas de CO2”*.¹⁶

Com tamanho potencial destrutivo, emerge, inequivocamente, a importância da recomposição da posição vanguardista do Supremo Tribunal Federal para sustar o curso prejudicial dado às disputas envolvendo o Direito

¹³ New Scientist. **The Amazon rainforest has already reached a crucial tipping point.** 05/09/2022. Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/2336521-the-amazon-rainforest-has-already-reached-a-crucial-tipping-point/>

¹⁴ **54 Climate Action Tracker. Brazil Country Summary.** 05/09/2022. Disponível em: <https://climateactiontracker.org/countries/brazil/>. Acesso: 26 mai. 2023.

¹⁵ **57 S&P Global Market Intelligence. Greenhouse gas and gold mines Nearly 1 ton of CO2 emitted per ounce of gold produced in 2019.** 10/07/2020. Disponível em: <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/blog/climate-scenario-analysis-embracing-uncertainty-with-conviction>. Acesso em: 26 mai. 2023.

¹⁶ Amazon Watch. Belo Sun: um negócio arriscado. Dezembro de 2022. P. 22.. Disponível em: <https://amazonwatch.org/assets/files/2022-12-risks-of-investing-in-belo-sun-pt.pdf>. Acesso: 26 mai. 2023.



ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL

APOINME – ARPIN SUDESTE – ARPINSUL – COMISSÃO GUARANI YVYRUPA -
CONSELHO DO POVO TERENA - ATY GUASU - COIAB

Assessoria Jurídica

Ambiental e o Direito Originário, de modo específico, e à crise climática global, de maneira mais ampla.

CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, nós da **Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB)** repudiamos veementemente a decisão prolatada pelo Min. Gilmar Mendes no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade 87/DF que, arbitrariamente, determina a transação dos Direitos Fundamentais indígenas a pretexto da inócua expectativa de ver concretizada uma estabilidade institucional entre os Poderes da República. Tal decisão tem o condão de provocar consequências perniciosas aos Direitos Territoriais dos Povos Indígenas do Brasil, fragilizando a proteção esculpida pelo Constituinte Originário nos arts. 231 e 232 da Constituição Federal de 1988.

Inobstante as críticas tecidas neste instrumento, pelo imperativo da decisão guerreada, merece destaque a falta de representatividade das vozes dos Povos Indígenas no curso processual instaurado pelo Ministro Relator, o que afronta o ordenamento constitucional e infraconstitucional pátrio, bem como os Tratados Internacionais sobre Povos Indígenas e Direito Ambiental nos quais o Brasil figura como signatário.

Mauricio Terena

Coordenador Jurídico da APIB

OAB/MS 24.060