

EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO – PSB, partido político com representação no Congresso Nacional e devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ/MF sob o nº 01.421.697/0001-37, com sede na SCLN 304, Bloco A, Sobreloja 01, Entrada 63, Brasília – DF, CEP 70736-510 (**docs. 01 a 04**), vem, por seus advogados abaixo assinados (procuração em anexo), com fundamento no disposto no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal, e nos preceitos da Lei nº 9.868/1999, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar

a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, da expressão “terras indígenas” contida no art. 21, inciso XIV, da Medida Provisória nº 870/2019, bem como a inconstitucionalidade total do disposto em todo o art. 21, §2º, inciso I, do mesmo diploma. E ainda seja declarada a inconstitucionalidade, por arrastamento, dos seguintes preceitos – ou expressões contidas em preceitos –, constantes no Anexo I do Decreto nº 9.667/2019: expressão “terras indígenas” no art. 1º, inciso XIV (inconstitucionalidade parcial com redução de texto); art. 1º, §2º, inciso I (inconstitucionalidade total); art. 11, inciso I, alínea ‘f’ (inconstitucionalidade total); expressão “indígenas” contida no art. 11, inciso I, alínea ‘g’ (inconstitucionalidade parcial com redução de texto); expressão “terras tradicionalmente ocupadas por indígenas” no art. 14, inciso I (inconstitucionalidade parcial com redução de texto); art. 14, inciso II (inconstitucionalidade total); expressão “terras indígenas” no art. 14, inciso III (inconstitucionalidade parcial com redução de texto).

I – INTRODUÇÃO

“Assegurar para as populações indígenas o reconhecimento aos seus direitos originários às terras em que habitam - e atentem bem para o que digo: não estamos reivindicando nem reclamando qualquer parte de nada que não nos cabe legitimamente e de que não esteja sob os pés do povo indígena, sob o habitat, nas áreas de ocupação cultural, histórica e tradicional do povo indígena.

Assegurar isto, reconhecer às populações indígenas as suas formas de manifestar a sua cultura, a sua tradição, se colocam como condições fundamentais para que o povo indígena estabeleça relações harmoniosas com a sociedade nacional, para que haja realmente uma perspectiva de futuro de vida para o povo indígena, e não de uma ameaça permanente e incessante”.

(Ailton Krenak, Discurso proferido em 04 de setembro de 1987, na Assembleia Nacional Constituinte)¹

“Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena. Ponto final.”

(Jair Bolsonaro. Declaração dada em reunião com parlamentares, em 12 de dezembro de 2018)²

1. Em sua campanha eleitoral, o Presidente da República Jair Bolsonaro comprometeu-se a não demarcar mais nenhum centímetro de terra indígena. Logo no primeiro dia de governo, o Chefe do Executivo buscou resgatar a sua promessa inconstitucional e discriminatória, editando normas cujo claro e inequívoco objetivo é

¹ Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento "B"). 27 de janeiro de 1988, p. 557. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/COMSist23ext27011988.pdf

² Gabriel Hirabahasi. “‘Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena’, diz Bolsonaro”. *Época*. 12 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/expresso/nao-demarcarei-um-centimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890>.

impedir a demarcação territorial, bem como frustrar outros direitos fundamentais dos povos indígenas.

2. Com efeito, a Medida Provisória nº 870, editada em 1º de janeiro de 2019, alterou a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. Dentre as mudanças promovidas pelo diploma normativo, consta a transferência para o Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento (“Ministério da Agricultura” ou “MAPA”) das competências relacionadas às terras indígenas, notadamente aquelas voltadas à sua identificação, delimitação, demarcação e registro. Até então, tais atribuições competiam à Fundação Nacional do Índio – FUNAI, órgão federal que há mais de cinquenta anos tem como missão institucional proteger e promover os direitos dos povos indígenas. Com a nova organização, a FUNAI deixou a estrutura do Ministério da Justiça para integrar o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Agora, porém, esvaziada da sua mais relevante competência: promover a identificação, delimitação, demarcação, regularização fundiária e registro das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

3. A concentração de competências relacionadas às terras indígenas no Ministério da Agricultura também resultou na retirada da FUNAI de tarefas ligadas ao licenciamento ambiental para empreendimentos capazes de atingir tais povos. Apenas um dia após a publicação da MP nº 870/2019, o governo federal editou o Decreto nº 9.667/2019, ajustando as atribuições do Ministério da Agricultura à mudança promovida pela medida provisória. Nessa norma, determinou-se competir ao Ministério da Agricultura – e não mais à FUNAI – atuar no licenciamento ambiental de terras indígenas, em conjunto com os órgãos ambientais competentes.

4. Como se demonstrará adiante, tais mudanças não representam meros ajustes na máquina da administração pública federal, voltados ao seu aperfeiçoamento. Na verdade, elas consagram o mais profundo retrocesso no tratamento da temática indígena no país, desde a promulgação da Constituição de 88. Subordinar a efetividade do acesso e proteção do direito à terra dos povos indígenas à autoridade e à agenda de Ministério dedicado à promoção dos interesses de ruralistas – que, com enorme frequência, colidem

com os interesses daquelas comunidades tradicionais – compromete, a não mais poder, a efetividade das normas constitucionais voltadas à proteção dos povos indígenas e dos seus direitos fundamentais. E foi precisamente essa a indisfarçável intenção do governo.

5. O governo federal alardeia, ainda, sua intenção de condicionar o início do processo de demarcação de terras indígenas à aprovação prévia de um Conselho Interministerial, formado pelo Ministério da Agricultura, pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, Ministério do Meio Ambiente, Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, pela Casa Civil e pelo Gabinete de Segurança Institucional.³ Note-se que não se cogita da participação de nenhum indígena ou órgão de representação indígena no referido conselho. Trata-se, em suma, de condicionar a fruição de direitos fundamentais de uma minoria – que são, por natureza, contramajoritários – à vontade político-discricionária de autoridades governamentais, muitas delas sem qualquer ligação com os povos indígenas, e tendencialmente refratárias aos seus legítimos interesses.

6. Entre os povos indígenas e instituições que defendem seus direitos é uníssono o repúdio a tais medidas. Com efeito, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, elaborou representação contra a MP nº 870/2019, endereçada à Procuradoria-Geral da República e na qual afirma (**doc. 07**):

“O presidente Jair Bolsonaro transferiu para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a atribuição para decidir o que será ou não terra de ocupação tradicional. Não é preciso muito esforço intelectual para concluir que tal transferência visa nitidamente acatar reivindicação da classe ruralistas, mas sobretudo, colocar os interesses privados acima dos interesses coletivos de toda a coletividade indígena e não-indígena, visto que terra indígena é bem da União (Art. 20, inciso XI, da CF/88)”.⁴

³ Rubens Valente. “Demarcação de terras indígenas dependerá de aval de conselho de ministros”. *Folhapress*. 24 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/6083467/demarcacao-de-terra-indigena-dependera-de-aval-de-conselho-ministerial>.

⁴ Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB. “Representação sobre direitos indígenas” remetida à Procuradoria-Geral da República em 03/01/2019, p.5, grifos originais. Disponível em: <http://apib.info/files/2019/01/Representac%CC%A7a%CC%83o-APIB-Bolsonaro-MP-870-VF.pdf>.

7. Em carta aberta ao Presidente Jair Bolsonaro, os povos Aruak, Baniwa e Apurinã se posicionaram de forma similar:

“As mudanças feitas na reestruturação e na reorganização administrativa do governo federal através de MP nº 870 do dia 1 de janeiro de 2019 são uma completa desordem e um ataque contra a política indigenista Brasileiro. Além de prejudicial, pretende inviabilizar os direitos indígenas que são constitucionais. O mesmo sobre novo decreto, que tira a competência da Funai de licenciamento que impactam nossos territórios. Essa prática já aconteceu no passado na história Brasileira como uma tentativa agressiva de nos dizimar. Foi um período muito difícil e ineficiente do Estado. Não aceitamos e não concordamos com suas medidas de reforma administrativa para gestão da política indigenista.”⁵

8. A Federação dos Povos e Organizações Indígenas de Mato Grosso – Fepoint também se manifestou no sentido de que a transferência de atribuições “*visa nitidamente não haver demarcações, pois a pasta do ministério da Agricultura tem interesses divergentes em relação a questão das demarcações indígenas*”.⁶ Na mesma linha, movimentos sociais relacionados às causas indígena, quilombola e ribeirinha do Estado do Maranhão elaboraram nota conjunta de repúdio à MP nº 870/2018, nos seguintes termos:

“O ato coloca em grande risco a promoção dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, repassando para estruturas governamentais inadequadas uma tarefa especializada, que requer os cuidados de um órgão indigenista. Além disso, o Ministério da Agricultura estará totalmente voltado aos interesses do agronegócio neste governo, conforme afirmou a ministra Tereza Cristina, ela mesma oriunda da

⁵ Cf. “CARTA AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, JAIR MESSIAS BOLSONARO – BRASÍLIA-DF”. 02 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/liderancas-indigenas-reagem-as-mudancas-nas-demarcacoes-anunciadas-por-bolsonaro>

⁶ Cf. Thaisa Pimpão. “Índios representam contra Bolsonaro por demarcação passar a ser papel do Mapa”. *RDNEWS - Portal de notícias de MT*. 16 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.rdnews.com.br/imprime.php?cid=109861&sid=1>

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

bancada ruralista da Câmara Federal, durante seu discurso de posse, no dia 2 de janeiro de 2019.”⁷

9. No mesmo sentido se posicionou a Relatora Especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, para quem a Medida Provisória nº 870/2019 é uma “*medida regressiva, porque o Ministério da Agricultura é o órgão que apoia a expansão de áreas para a produção agrícola de exportação e para a criação de gado*”.⁸

10. Em nota enviada à imprensa, o Instituto Socioambiental – ISA, organização que há mais de 25 anos trabalha com direitos de povos indígenas e povos da floresta, afirmou:

*"A definição do MAPA como órgão responsável pelo reconhecimento de territórios dos povos indígenas e comunidades quilombolas representa inaceitável e inconstitucional conflito de interesses, mediante a subordinação de direitos fundamentais dessas minorias aos interesses imediatos de parcelas privilegiadas do agronegócio, parte diretamente interessada nos conflitos fundiários atualmente existentes”.*⁹

11. Finalmente, destaca-se a nota de repúdio elaborada pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), organismo ligado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a respeito da matéria:

“O governo, além de esvaziar as funções legais do órgão de assistência aos povos e comunidades indígenas, transferiu para o Ministério da

⁷ Movimentos sociais do Maranhão. “Nota conjunta de repúdio à MP nº 870/2018”. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/01/movimentos-sociais-do-ma-repudiam-medida-que-transfere-demarcacao-para-ministerio-controlado-por-ruralistas/>.

⁸ Karina Gomes. “Jair Bolsonaro's stance on indigenous people is 'discriminatory and racist’”. *DW*. 04 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/en/jair-bolsonaros-stance-on-indigenous-people-is-discriminatory-and-racist/a-46959983>.

⁹ Daniela Chiaretti. “Demarcações na Agricultura representam conflito de interesses, diz ISA”. *Valor Econômico*. 02 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/6045685/demarcacoes-na-agricultura-representam-conflito-de-interesses-diz-isa>

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

Agricultura, comandado por fazendeiros que fazem oposição aos direitos dos povos, a atribuição de realizar os estudos de identificação, delimitação, demarcação e registro de áreas requeridas pelos povos indígenas. Em suma, o governo decretou, em seu primeiro ato no poder, o aniquilamento dos direitos assegurados nos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, Carta Magna do país. Bolsonaro atacou severamente os povos indígenas, seus direitos fundamentais a terra, a diferença, o de serem sujeitos de direitos e suas perspectivas de futuro. Entregar a demarcação de terras indígenas e quilombolas aos ruralistas – transferindo tal responsabilidade da Funai e do Incra ao Ministério da Agricultura – o governo desrespeita as leis e normas infraconstitucionais, bem como afronta a Constituição Federal.”¹⁰

12. Ao longo da história nacional, os povos indígenas foram dizimados pela violência dos brancos e pelas doenças que estes trouxeram, expulsos da maior parte de suas terras, expostos a práticas etnocidas de invisibilização e assimilação forçada.¹¹ A Constituição de 88 voltou-se contra esse tratamento injusto e racista, buscando assegurar direitos fundamentais aos povos indígenas, com destaque para o direito ou usufruto e ocupação permanente das suas terras tradicionais – pressuposto para a fruição de todos os demais.

13. As normas ora impugnadas atentam gravemente contra tal propósito da Lei Maior. Não há missão mais importante para um Tribunal Constitucional do que a defesa dos direitos fundamentais de minorias estigmatizadas, violados por governos ou majorias sociais. É exatamente isso que está em questão no presente caso, em que se discute a clara tentativa governamental de frustrar os direitos mais básicos dos povos indígenas brasileiros.

¹⁰ Conselho Indigenista Missionário. “Nota do Cimi: Medidas inconstitucionais do governo Bolsonaro afrontam direitos indígenas”. 04 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/01/nota-do-cimi-medidas-inconstitucionais-do-governo-bolsonaro-afrontam-direitos-indigenas/>

¹¹ Cf., e.g., Manoela Carneiro da Cunha. *Índios no Brasil: História, Direitos e Cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

II - DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS VIOLADAS

14. Nesta ação foram impugnados preceitos da Medida Provisória nº 870, editada em 1º de janeiro de 2019 (**doc. 05**). A norma incluiu entre as atribuições do Ministério da Agricultura as competências relacionadas às terras indígenas, com ênfase sobre sua política demarcatória, nos seguintes termos:

“Art. 21. Constitui área 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 das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas;”

15. A ação também busca a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, de preceitos do Decreto nº 9.667, editado em 02 de janeiro de 2019 (**doc. 06**), que detalhou o exercício das competências relacionadas às terras indígenas, retiradas da FUNAI e concentradas no Ministério da Agricultura. O diploma infralegal esclareceu que tanto a política demarcatória como a atuação no licenciamento ambiental com impacto em terras indígenas passaram ao comando da Secretaria de Assuntos Fundiários do MAPA. Os dispositivos questionados são os seguintes:

“Art. 1º. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, órgão da administração federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

[...]

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

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

[...]

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

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

[...]

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; e

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

[...]

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”.*

16. Como se verá, são múltiplas as inconstitucionalidades dos preceitos impugnados, que (a) violam a dimensão objetiva do direito previsto no art. 231 da Constituição – particularmente a sua faceta de direito à organização adequada; (b) traduzem claro desvio de poder normativo, por visarem à promoção de finalidade ilegítima – frustração de direitos fundamentais, (c) ofendem os princípios da razoabilidade, eficiência, proporcionalidade e proibição do retrocesso social; e (d) vulneram a democracia e o devido processo legislativo, por promoverem mudança que afeta diretamente os povos indígenas sem consultá-los previamente, como impõe a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de que o Brasil é signatário.

9

III – A LEGITIMIDADE ATIVA DO REQUERENTE E O CABIMENTO DESTA ADI

17. O Requerente é partido político com representação no Congresso Nacional (**doc. 03**). Desse modo, ele possui legitimidade ativa para ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, conforme previsão contida no art. 103, VIII, da Constituição Federal.

18. Por sua vez, os dispositivos questionados originam-se de medida provisória – ato normativo primário com força de lei federal. Pretende-se, ainda, a declaração da inconstitucionalidade por arrastamento de preceitos do Decreto nº 9.667/2019 - ato normativo secundário –, que regularam de modo mais detalhado a transferência da FUNAI para o Ministério da Agricultura da competência para atuação em questões envolvendo terras indígenas. A declaração de inconstitucionalidade de preceitos infralegais em sede de ADI é amplamente admitida pela jurisprudência desta eg. Corte.¹² Assim, não há dúvida sobre o cabimento desta ação, nos termos do art. 102, I, “a”, da Carta da República.

IV – A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TERRITÓRIO PARA OS POVOS INDÍGENAS

19. A terra é vital para os povos indígenas e seus integrantes. Ela é o *habitat* por excelência, com o qual as comunidades e os indivíduos mantêm profundo vínculo espiritual, em interação harmônica com o meio ambiente.¹³ A relação com a terra está na base da organização social dos povos indígenas. Para tais comunidades, a terra tradicionalmente ocupada representa muito mais que um bem patrimonial. Ela constitui

¹² Cf., e.g., ADI 5488, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 31/08/2016.

¹³ Cf. Luiz Fernando Villares. *Direito e Povos Indígenas*. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2013, p. 113.

o espaço em que podem viver de acordo com os seus costumes e tradições, reproduzindo a sua cultura e legando-a para os seus descendentes.

20. A garantia do direito de indígenas à terra é condição indispensável para a proteção de todos os demais direitos dessas comunidades e de seus integrantes, inclusive o direito à identidade étnica; o direito de ser e de viver como índio. Não por outra razão, José Afonso da Silva já destacou que a questão da terra constitui o “*ponto central do direito constitucional dos índios*”, apresentando para eles “*um valor de sobrevivência física e cultural*”.¹⁴

21. Essas múltiplas facetas e implicações do direito à terra foram reconhecidas pela Constituição de 1988, cujo processo de elaboração contou com valiosa e inédita participação dos próprios movimentos indígenas.¹⁵ A Carta de 88 representou verdadeira ruptura com o regime tutelar que por longos anos pautou as interações entre índios e não-índios no Brasil. Até então, prevalecia uma compreensão integracionista – fortemente impregnada pelo colonialismo e pelo racismo –, que concebia os povos indígenas como coletividades em estágio inferior de civilização, que deveriam com o tempo ser “integrados à comunhão nacional”. Enquanto isso não ocorresse, o Estado deveria lhes garantir alguns direitos transitórios, exercendo sobre eles uma tutela paternalista. No lugar desse modelo, o constituinte estabeleceu paradigma de valorização da autonomia e de respeito aos modos de vida dos povos indígenas, que tem na proteção à terra tradicional o seu eixo fundamental.¹⁶

22. É o que se extrai do art. 231 da Carta Magna, que acentua a interrelação entre os direitos territoriais indígenas, seu direito à autonomia, ao reconhecimento e à proteção e valorização das manifestações das culturas indígenas, nos seguintes termos:

¹⁴ Nessa linha, José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 866. No mesmo sentido, Darcy Ribeiro já destacou que “*a posse de um território tribal é condição essencial à sobrevivência dos índios*” (Darcy Ribeiro. *A Política Indigenista Brasileira*. Rio de Janeiro: Ministério da Agricultura, 1962, p. 143).

¹⁵ Cf. Julio José Araújo Júnior. *Direitos Territoriais Indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018, p.176-197.

¹⁶ Julio José Araújo Júnior. *Direitos Territoriais Indígenas: uma interpretação intercultural*. *Op. cit.* p. 205.

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

Art. 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

[...]

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.”

23. Este Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a dimensão existencial do direito à terra para os povos indígenas, bem como sua importância para assegurar a sobrevivência e a vitalidade de sua cultura. Em caso que envolveu comunidade indígena do Estado do Mato Grosso do Sul, o Ministro Celso de Mello assinalou, em bela passagem:

"Emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais asseguradas ao índio, pois este, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõe-se ao risco gravíssimo de desintegração cultural, de perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como integrante de um povo e de uma nação que reverencia os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebra, neles, os mistérios do universo em que vive".¹⁷

24. No julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Ministro Menezes Direito seguiu a mesma trilha:

¹⁷ STF, RE 183.188-0, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 10.12.1996, DJ 14.02.1997.

*"Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. [...] É nela e por meio dela que eles se organizam. É pisando o chão e explorando seus limites que desenvolvem suas crenças e enriquecem sua linguagem, intimamente referenciada à terra. Nada é mais importante para eles. [...] Por isso, de nada adianta reconhecer-lhes os direitos sem assegurar-lhes as terras, identificando-as e demarcando-as."*¹⁸

25. Mais recentemente, o Ministro Luís Roberto observou que o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não trata de *“um direito de propriedade ou de posse – no sentido que os termos assumem no direito privado –, mas de uma figura peculiar, de índole e estatura constitucional, voltada a garantir aos índios os meios materiais de que precisam para proteção e reprodução de sua cultura”*.¹⁹

26. A importância do direito à terra para os povos indígenas também tem sido enfatizada no plano internacional.²⁰ No âmbito da jurisdição internacional de direitos humanos, pode-se citar, como exemplo, o histórico caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingini vs. Nicaragua*, julgado pela Corte Interamericana de Direito Humanos. Na ocasião, a Corte IDH reconheceu aos indígenas o direito à propriedade comunal das terras que tradicionalmente ocupavam, ressaltando:

“Os indígenas, pela sua própria existência, têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de domínio e de produção, mas um elemento material e espiritual do qual

¹⁸ STF, Pet. 3.388, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, julg. 19.03.2009, DJe 25.09.2009.

¹⁹ STF, MS nº 32.262, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. 20/08/2013.

²⁰ Veja-se, a propósito, James Anaya. *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004; Rüdiger Wolfrum. "A Proteção dos Povos Indígenas no Direito Internacional". In: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 599-615.

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

*devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo a gerações futuras”.*²¹

27. Merece destaque, ainda, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais, da qual o Brasil é signatário e que foi incorporada ao ordenamento interno através do Decreto nº 5.051/2004. Além de estabelecer que os Estados *"deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios"* (art. 13), a referida Convenção determinou o reconhecimento ao direito dos povos indígenas e tribais a estas terras (art. 14), dispondo que *"os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar que as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse"* (14.1).

28. No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em setembro de 2007, reconheceu que os povos indígenas *"têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem"* (art. 25), e que os Estados devem assegurar *"reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos"* (art. 26).

29. E o direito dos povos indígenas às suas terras mantém íntima correlação e profunda interdependência com diversos outros direitos fundamentais e valores constitucionais. Apesar do seu caráter coletivo, o direito à terra tradicionalmente ocupada tem relevo central para a vida digna de cada integrante de um povo indígena, constituindo pressuposto indispensável para a proteção da sua identidade e personalidade. Sob esse ângulo, traça-se com facilidade a ligação entre o direito previsto no art. 231 da Constituição com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB).

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni v. Nicaragua*, 31 ago. 2001, par. 149, tradução livre.

30. Por outro lado, o direito à terra dos povos indígenas tem fortíssima ligação com a proteção à cultura, prevista no art. 215 da Constituição Federal. A proteção constitucional da cultura parte da premissa de que o pluralismo étnico e cultural é um objetivo da máxima importância a ser preservado e promovido, no interesse dos indivíduos e comunidades nela inseridos e também de toda a Nação brasileira.²² Essa proteção e promoção dependem, em grande medida, da garantia de condições materiais para que as diferentes culturas sejam salvaguardadas e possam florescer. E isso somente se opera, em culturas fortemente marcadas pela *territorialidade*, com garantia do direito à terra tradicionalmente ocupada.

31. Nesse particular, não é demais recordar que a preservação das culturas indígenas não é direito apenas dos índios. Trata-se também de direito difuso de todos os brasileiros – aliás, de toda Humanidade – das presentes e futuras gerações. O Brasil é uma sociedade pluriétnica e multicultural, e a diversidade cultural é uma das maiores riquezas do país. Todos devem poder se beneficiar dessa incrível riqueza, para qual os povos indígenas contribuem decisivamente.

32. O direito às terras indígenas tem também íntima ligação com a proteção constitucional ao meio ambiente equilibrado, prevista no art. 225 da Carta Magna. Com efeito, há forte consenso no sentido de que as culturas e as práticas tradicionais indígenas contribuem para o desenvolvimento sustentável e para a gestão adequada do meio ambiente.²³ Nessa linha, relatório publicado recentemente pela Relatora Especial das Nações Unidas para os Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, demonstrou que as florestas prosperam quando os povos indígenas permanecem em suas terras e têm direitos legalmente reconhecidos para gerenciá-las e protegê-las. Destaca-se, a propósito, o seguinte fragmento das conclusões do referido estudo:

“Povos indígenas e comunidades tradicionais são tão diversos quanto suas terras e recursos, mas muitos compartilham uma interconexão ética com a natureza através de suas linguagens, crenças e costumes,

²² Cf. Deborah Duprat. “O Direito sob o Marco da Pluriétnicidade/Multiculturalidade”. In: Alcida Rita Ramos (Org.). *Constituições Nacionais e Povos Indígenas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 228-236.

²³ Cf., e.g., Jules Prettyet et al. “The intersections of biological diversity and cultural diversity: towards integration”. *Conservation and Society*, vol. 7, n.2, p. 100–112.

refletindo um compromisso de respeitar e cuidar do mundo natural. Nas visões de mundo indígenas, as pessoas são concebidas em grande medida como partes intrínsecas da natureza e não como partes que lhe são distintas e separadas. A maior parte dos povos indígenas possuem um entendimento profundo da natureza e ajustam suas práticas, instituições e relacionamentos para manter um equilíbrio ecológico. Pesquisas mostram que Povos indígenas e comunidades tradicionais são conservadores ambientais eficientes, cujo fortalecimento do direito à terra e florestas está positivamente associado a resultados em termos de biodiversidade.”²⁴

33. Como se verá adiante, tal como ocorre com outros direitos fundamentais, o direito dos indígenas às suas terras não se concretiza por um passe de mágica. Para que possa se efetivar, torna-se imprescindível que o Estado mantenha estruturas organizacionais e procedimentais adequadas a garanti-lo. É o que se passa a analisar.

V – VIOLAÇÃO AO DIREITO À ORGANIZAÇÃO DECORRENTE DA DIMENSÃO OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À TERRA DOS POVOS INDÍGENAS

34. Os direitos fundamentais, além de constituírem direitos subjetivos, apresentam também uma dimensão objetiva,²⁵ por consagrarem os bens jurídicos mais relevantes de uma comunidade política. Entre as principais consequências dessa dimensão objetiva figura a afirmação de um *direito a organização e procedimento* adequados à tutela efetiva dos bens jurídicos subjacentes aos direitos fundamentais.²⁶

²⁴ Victoria Tauli-Corpuz, Janis Alcorn e Augusta Molnar. “Cornered by Protected Areas”. *Rights and Resources Initiative*, junho de 2018. Disponível em: <https://www.corneredbypas.com/>.

²⁵ Cf., e.g., Konrad Hesse. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 239 ss; José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 143 ss; Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 158 ss.

²⁶ Cf. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 472-474.

35. A existência de um direito à organização e procedimento parte da premissa realista de que os direitos não se efetivam por milagre ou prestidigitação. Eles dependem de providências estatais como a instituição de órgãos, entidades e repartições ou, ainda, da criação de determinadas estruturas procedimentais para que possam gerar os seus efeitos no mundo concreto.²⁷ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

“[...] a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental. [...] Retoma-se aqui a ideia já referida de que a organização e o procedimento de um modo geral (e não apenas no aspecto prestacional) se encontram a serviço dos direitos fundamentais e, neste sentido, pode ser considerada até mesmo uma das condições de sua efetivação.”²⁸

36. O direito à organização e procedimento pode ser compreendido, portanto, como elemento essencial para a realização e garantia dos direitos fundamentais. Sob esse ângulo, é fora de dúvida que o direito originário à terra, titularizado pelos povos indígenas, também requer o atendimento a essa faceta organizacional e procedimental para que possa sair do papel. Afinal, não haverá garantia do direito às terras tradicionalmente ocupadas sem que existam, no âmbito do Estado, estruturas aptas e qualificadas para efetivar a identificação e demarcação desses espaços, bem como para verificar o impacto socioambiental de empreendimentos sobre as terras indígenas.

37. Pois bem. A transferência, da FUNAI para o Ministério da Agricultura, das competências relacionadas à identificação, delimitação, demarcação e registro de terras indígenas, assim como das referentes à atuação no licenciamento ambiental de empreendimentos com potenciais impactos sobre essas áreas, afronta gravemente a faceta organizacional do direito fundamental à terra desses povos tradicionais. Não há exagero

²⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 440; e Gilmar Ferreira Mendes. “Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional”. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

²⁸ Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, p. 214.

em dizer que essa mudança subverte o disposto no art. 231 da CRFB, inviabilizando, na prática, a sua fruição.

38. Isso porque, em primeiro lugar, a medida representou o abandono de uma estrutura organizacional²⁹ que, apesar das suas falhas, reúne mais *expertise*, recursos humanos e vocação histórico-institucional do que a de qualquer outro órgão do Estado brasileiro para a tutela efetiva do direito à terra dos povos indígenas, e para a proteção dos interesses dessas comunidades nos procedimentos de licenciamento ambiental.

39. Com efeito, a demarcação de terras indígenas é procedimento extremamente complexo, que envolve a necessidade de uso de conhecimentos interdisciplinares em diversas áreas do saber: antropologia, história, geografia, meio ambiente etc. Mais que isso, depende também da existência de uma relação de confiança com as comunidades indígenas, as quais são portadoras de cosmovisões e costumes muito diversos daqueles que prevalecem na sociedade envolvente.

40. Ora, com todas as suas deficiências, não há dúvida de que a FUNAI detém tais conhecimentos em grau incomparavelmente superior do que o Ministério da Agricultura. Ademais, a FUNAI mantém relação com os povos indígenas que não se compara àquela que esses têm com o Ministério da Agricultura, visto com profunda suspeição, por se tratar de repartição tradicionalmente controlada por ruralistas, e voltada à proteção dos interesses que frequentemente se antagonizam aos dos índios brasileiros.

²⁹ Para que se tenha uma ideia da complexidade organizacional da Funai, observe-se que apenas sua Diretoria de Proteção Territorial abarca a seguinte estrutura: a) Coordenação de Gabinete – Cogab, integrada pelo Núcleo de Documentação – Nudoc, pela Divisão de Apoio Técnico – Diat, e pelo Serviço de Apoio Administrativo – Sead; b) Coordenação-Geral de Assuntos Fundiários – CGaf, composta pela Coordenação de Estudos Fundiários em Terras Indígenas – Coef, pela Coordenação de Registros de Terras Indígenas – Cori; e pela Coordenação de Regularização de Terras Indígenas – Cort; c) Coordenação-Geral de Geoprocessamento – CGGeo, integrada pela Coordenação de Demarcação – Codem, pela Coordenação de Cartografia – Cocart, e pela Coordenação de Informação Geográfica – Coingeo; d) Coordenação-Geral de Identificação e Delimitação – CGid, composta pela Coordenação de Informação e Monitoramento – Coim, pela Coordenação de Orientação aos Estudos Multidisciplinares – Coren, da qual faz parte do Serviço de Antropologia – Sean, e pela Coordenação de Delimitação e Análise – Codan; e) Coordenação-Geral de Monitoramento Territorial – CGMT; integrada pela Coordenação de Informação Territorial – Coit, pela Coordenação de Prevenção de Ilícitos – Copi pela Coordenação de Fiscalização – Cofis; f) Coordenação-Geral de Índios Isolados e de Recente Contato – CGIirc, composta pela Coordenação de Planejamento e Apoio às Coordenações de Frente de Proteção Etnoambiental – Coplaf, pela Coordenação da Política de Proteção e Localização de Povos Indígenas Isolados – Coplii, e pela Coordenação de Políticas para Povos Indígenas de Recente Contato – Copirc. A propósito, cf. o art. 5º, IV, do Regimento Interno da Fundação Nacional do Índio (Portaria nº 666/Pres, de 17 de julho de 2017).

41. O mesmo se pode dizer em relação ao licenciamento de empreendimentos que possam causar impactos ambientais e culturais sobre comunidades indígenas. Este até então envolvia a atuação conjunta de um órgão ambiental licenciador e da FUNAI, como órgão interveniente, à qual cabia a realização de audiências públicas com as comunidades indígenas após a elaboração do EIA/RIMA; a elaboração de parecer técnico sobre o mesmo; a indicação de ações que devem constar no Plano Básico Ambiental – PBA; o acompanhamento da execução do PBA; dentre outras atividades. Todas essas atribuições requerem não apenas conhecimento técnico altamente especializado, como também interlocução direta e constante com as populações afetadas, baseada em relação de confiança recíproca, que só se constrói com o tempo. Certamente, o Ministério da Agricultura não possui nem de longe a mesma *expertise* que a FUNAI nesta matéria, nem tampouco qualquer interlocução amigável com os povos indígenas do país.

42. Nesse cenário, nenhuma razão legítima explica as referidas transferências de competência. Não é preciso bola de cristal para antever seus efeitos práticos: inviabilizar novas demarcações de terras indígenas – cumprindo, nesse ponto, a lamentável promessa de campanha de Jair Bolsonaro -, bem como desproteger os índios nos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos que possam afetar as áreas que ocupam. Em outras palavras, os direitos indígenas serão submetidos aos interesses nem sempre legítimos do agronegócio e de outros agentes econômicos.

43. Por todas essas razões, os dispositivos normativos impugnados nesta ADI violam a dimensão objetiva do direito fundamental à terra titularizado pelos povos indígenas.

VI – MANIFESTO DESVIO DE PODER: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA

44. De ordinário, a alteração de regras de competência visa ao aperfeiçoamento da atuação estatal. O objetivo deve ser tornar mais eficiente a promoção do interesse

social subjacente à competência atribuída ao Poder Público, outorgando-a ao órgão ou entidade com melhores condições de atuar na matéria. No caso de competência para demarcação de terras indígenas, e para participação no licenciamento ambiental de empreendimentos com impacto em comunidades indígenas, seria válida *a priori* a mudança que visasse a aperfeiçoar a ação estatal, em prol de uma atuação mais efetiva em favor dos povos indígenas, na forma preconizada pela Constituição Federal.

45. Contudo, lamentavelmente, as mudanças organizacionais engendradas pelas normas impugnadas não se orientaram por tais objetivos. Pelo contrário. Elas decorreram de uma decisão deliberada, tomada de má-fé, de obstruir e tornar inoperante a política de demarcação de terras indígenas imposta pela Constituição, e de facilitar e agilizar o licenciamento de atividades que gerem impactos ambientais e culturais desfavoráveis aos povos indígenas.

46. Prova eloquente disso são as numerosas declarações dadas pelo atual Presidente da República, em meio à campanha eleitoral e mesmo após sua eleição, no sentido de que não iria demarcar “*um centímetro quadrado a mais*” de reservas indígenas.³⁰ Em entrevista realizada em novembro de 2018, menos de dois meses da edição da MP nº 870/19, o Presidente afirmou:

“No que depender de mim, não tem mais demarcação de terra indígena. Temos uma área maior que a região sudeste de terra indígena e qual é a segurança para o homem do campo? O fazendeiro pode acordar hoje e de pronto ter conhecimento de que via portaria ele vai perder sua fazenda para nova terra indígena”.³¹

47. Em relação à exploração econômica de terras indígenas, o Presidente também já deu diversas declarações sobre sua intenção de facilitar o desenvolvimento de empreendimentos econômicos nesses territórios. Em 17 de dezembro de 2018, afirmou a

³⁰ Gabriel Hirabahasi. “‘Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena’, diz Bolsonaro”. *Época*. 12 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/expresso/nao-demarcarei-um-centimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890>.

³¹ Cf. AFP. “*Bolsonaro quer acabar com demarcação de terras indígenas*”. *Istoé*. 05 de novembro de 2018. Disponível em: <https://istoe.com.br/bolsonaro-quer-acabar-com-demarcacao-de-terras-indigenas/>

jornalistas que a reserva indígena Raposa Serra do Sol "é a área mais rica do mundo. Você tem como explorar de forma racional. E no lado do índio, dando royalty e integrando o índio à sociedade".³²

48. Portanto, não é de surpreender que o esvaziamento da FUNAI e a transferência de suas atribuições mais importantes para o Ministério da Agricultura tenham integrado o primeiro ato de governo do atual Presidente da República.

49. Outra prova contundente é o absoluto consenso que se formou, entre as principais entidades de representação indígena, e entre instituições da sociedade civil e da ordem internacional, no sentido de que o real objetivo da transferência da competência sobre terras indígenas para o Ministério da Agricultura foi justamente prejudicar a efetivação das demarcações e facilitar sua exploração econômica das áreas tituladas. Recorde-se, a propósito, as numerosas manifestações transcritas na parte introdutória desta ação.

50. Trata-se, portanto, de caso típico – e gravíssimo – de desvio de poder, em que se pretende impedir a execução de política pública prevista na Constituição, em nítida afronta ao comando previsto no art. 231 da Carta Magna.

51. É natural que as autoridades públicas que incorrem em desvio de poder tentem disfarçá-lo. Neste caso, porém, o Presidente da República nem se esforçou em fazê-lo. Ele é praticamente “réu confesso” do desvio de poder em desfavor dos índios. De todo modo, a existência de um feixe convergente de fortes indícios, em sintonia com as regras ordinárias de experiência, permite que se conclua pela ocorrência do vício. E, comprovado o vício, o ato deve ser invalidado. Conforme consignou esta e. Corte em outra ocasião, “no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, [...] o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade”.³³

³² Henrique Coelho. “Bolsonaro afirma que reserva Raposa Serra do Sol deve ser explorada de 'forma racional'”. *Portal G1*. 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/12/17/bolsonaro-afirma-que-raposa-serra-do-sol-deve-ser-explorada-de-forma-racional.ghtml>.

³³ STF. MS n° 24.020, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 13/06/2012.

52. Há duas hipóteses básicas de desvio de poder: quando há a perseguição de fim público diverso do estatuído, explícita ou implicitamente, pela norma da qual ele retira seu fundamento, ou quando o ato busca atingir fim estranho ao interesse público.³⁴ Essa ideia foi exprimida com propriedade por Caio Tácito, em texto clássico sobre o abuso de poder:

“A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade valer-se de suas atribuições para satisfazer a interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado”.³⁵

53. No caso em análise, tem-se grave hipótese de abuso de poder: o ato praticado não visou a promoção de qualquer finalidade pública. Muito pelo contrário, ele teve por objetivo inviabilizar a realização da política demarcatória imposta pelo art. 231 da Constituição, obstruir direitos fundamentais dos povos indígenas e privilegiar os interesses político-econômicos associados ao agronegócio.

54. Deve-se destacar que, da mesma forma que a perseguição de finalidades públicas é dever que se estende a todos os ramos da atividade estatal, as máculas decorrentes da violação desse dever não se restringem aos atos administrativos de efeitos concretos. Atos normativos – provenientes do Poder Legislativo ou do Poder Executivo – também se expõem à censura judicial por desvio de poder.

³⁴ Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, *“O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação; ou, ainda, quando adquire tipo de veículo com características incompatíveis com a natureza do serviço a que se destinava”*. (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 186).

³⁵ Caio Tácito. “O Abuso do Poder Administrativo no Brasil”. *Revista de Justiça*, 1959, p. 28.

55. Assim, o uso malicioso dos “*poderes inerentes ao ‘processo legislativo’ para atingir objetivos que não se coadunam com a ordem constitucional*” também configura espécie censurável de abuso de poder.³⁶ Nesse sentido, vem decidindo o STF:

*“APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER AO PLANO DAS ATIVIDADES NORMATIVAS DO ESTADO. - A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar”.*³⁷

56. Portanto, é possível o controle do desvio de poder no presente caso, em que se discute alterações da estrutura da Administração Pública Federal instituída por Medida Provisória.

57. Cabe salientar que as hipóteses de desvio de poder legislativo vêm sendo por vezes enquadradas, no âmbito do controle de constitucionalidade brasileiro, como afrontas ao *princípio da razoabilidade*. Tome-se, por exemplo, o julgamento da ADI nº 1.158-8 e da Medida Cautelar na ADI nº 1.063, nos quais o STF afastou os efeitos de leis ao fundamento de abuso da função legislativa, asseverando:

“Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material,

³⁶ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “*O desvio de poder não é invalidade específica dos atos administrativos. Por ser, como visto, a utilização de uma competência fora da finalidade em vista da qual foi instituída, também pode irromper em leis expedidas com burla aos fins que constitucionalmente deveriam prover. Assim, e.g., configuraria desvio de poder a extinção legislativa de cargos públicos decidida com o fito de frustrar decisão judicial que neles reintegrara os anteriores ocupantes. Uma vez que existe no Brasil o controle da constitucionalidade das leis, por via direta ou incidenter tantum, seria cabível fulminar-lhe o efeito malicioso. [...]*” (*Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 77).

³⁷ STF, ADI nº 2.667-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso Mello, julg. em 19/06/2002.

*que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável”.*³⁸

*“SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law”.*³⁹

58. Como consignou Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade constitui um “parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça”.⁴⁰ Atos normativos cujo objetivo não seja a promoção de interesses públicos, mas a imposição de obstáculo para o gozo de direitos fundamentais por minoria estigmatizada certamente violam a razoabilidade. Afinal, eles são profundamente arbitrários e desconformes aos valores de justiça presentes na Constituição cidadã de 1988.

³⁸ STF, ADI 1.158, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. em 20.08.2014.

³⁹ STF, ADI 1.063 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 18/05/1994.

⁴⁰ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 224.

59. Não bastasse, é também indiscutível a ofensa ao princípio constitucional da eficiência, consagrado no art. 37, *caput*, da Lei Maior. Tal preceito constitucional impõe ao Estado que busque atuar de modo eficaz no desempenho das suas competências, visando ao bem comum. Porém, como se viu, tanto o real propósito como o previsível efeito das mudanças de competência ora impugnadas vão na direção inversa: a de tornar o Estado brasileiro absolutamente ineficiente na política de demarcação de terras indígenas e na proteção dos interesses dos povos indígenas nos procedimentos de licenciamento ambiental. Uma ineficiência na persecução de tarefas constitucionais de caráter proposital e doloso, e, por isso, de inconstitucionalidade ainda mais chapada e flagrante.

VII – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: OFENSA SIMULTÂNEA À PROIBIÇÃO DE EXCESSO E À VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

60. O princípio da proporcionalidade, amplamente utilizado pelo STF para controle de excessos no exercício do poder estatal e de medidas restritivas de direitos fundamentais, desdobra-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴¹ Um ato estatal só é considerado compatível com o princípio da proporcionalidade se atender simultaneamente a todos os três subprincípios.

61. O subprincípio da adequação prescreve que a medida estatal deve contribuir para o atingimento dos fins legítimos que a inspiram. Em outras palavras, o critério requer que os fins perseguidos sejam legítimos e que a medida adotada seja idônea para a sua promoção. A necessidade, por sua vez, impõe ao Poder Público que adote sempre a

⁴¹ Cf., *e.g.*, Suzana de Barros Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997; Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168-183; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324-357.

medida menos gravosa possível para atingir o objetivo perseguido. Se existirem várias formas de se obter o resultado pretendido, o Estado terá o dever de optar por aquela que afete com menor intensidade os direitos dos particulares atingidos. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, ao seu turno, envolve a análise da relação entre o custo e o benefício do ato estatal, sob a perspectiva dos valores constitucionais envolvidos. Isso quer dizer que os ônus impostos pela medida analisada devem ser inferiores aos benefícios engendrados pelo mesmo ato, em análise pautada pela métrica da Constituição.

62. Pois bem. As normas impugnadas violam claramente o princípio da proporcionalidade.

63. De imediato, verifica-se que a transferência de competências associadas à demarcação e licenciamento de terras indígenas para o Ministério da Agricultura, em detrimento da FUNAI, não resiste ao teste da adequação. Como visto no item anterior, a finalidade do ato impugnado é prejudicar a proteção de direitos fundamentais dos povos indígenas. Portanto, ela não visa a promover qualquer fim legítimo, mas persegue objetivo claramente contrário à Constituição.

64. Porém, mesmo que se suponha, inocentemente, que as mudanças em discussão objetivam atingir finalidade legítima, e otimizar a execução de políticas públicas indigenistas, ainda assim elas não atendem ao subprincípio da adequação. É que as transferências de competência em discussão não favorecem, em absoluto, o atingimento de tal fim. Pelo contrário, os seus efeitos prejudicam gravemente o referido objetivo, pois as inovações normativas tendem a bloquear novas demarcações impostas pela Constituição, bem como a desproteger os índios nos procedimentos de licenciamento ambiental.

65. Não bastasse, também é clara a ofensa ao subprincípio da necessidade, já que existem inúmeras outras alternativas para reorganizar o Poder Executivo Federal, aprimorando o desempenho das políticas públicas indigenistas, que não têm impacto tão profundo e negativo sobre os direitos fundamentais dos povos indígenas. Portanto, ainda que as normas impugnadas visassem a promover fins legítimos e fossem adequadas para

fazê-lo – o que não ocorre –, existiriam meios mais brandos para fazê-lo, com menores impactos negativos sobre os direitos fundamentais dos indígenas.

66. A medida tampouco passa no teste da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse particular, cabe recordar que os direitos territoriais dos povos indígenas desfrutam de grande importância em nosso sistema constitucional, que atribui centralidade à proteção dos direitos fundamentais de minorias estigmatizadas. E, como já ressaltado, as normas impugnadas prejudicam de modo gravíssimo a proteção desses direitos pelo Poder Público.

67. Assim, ainda que as normas ora impugnadas promovessem algum interesse legítimo – o que, como dito, não acontece –, o ganho a tal suposto bem jurídico, analisado sob a perspectiva constitucional, certamente não compensaria tamanho dano aos direitos fundamentais dos povos indígenas.

68. Há mais. Tradicionalmente, a proporcionalidade é concebida como mecanismo voltado a imposição de limites às ações excessivas do Estado (proibição de excesso – *Übermassverbot*). Existe, entretanto, outra faceta do princípio da proporcionalidade, ligada ao reconhecimento de que o Estado tem o dever constitucional de tutelar de modo adequado e suficiente os direitos fundamentais e outros bens jurídicos relevantes. Trata-se do que a doutrina chama de “deveres estatais de proteção”,⁴² da qual se extrai a noção de proporcionalidade como “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*).

69. Ocorre violação à proibição de proteção deficiente quando a tutela estatal conferida a direitos e bens jurídicos constitucionalmente relevantes se revela insuficiente, sem que haja ganho contraposto a outro bem jurídico que compense o déficit de proteção. Essa nova dimensão do princípio da proporcionalidade vem sendo, inclusive, empregada pelo STF, como se vê em precedente da lavra do Min. Gilmar Mendes, sobre o uso do Direito Penal para proteção de direitos fundamentais, em que se consignou:

⁴² Sobre a teoria dos deveres de proteção, veja-se, e.g., Claus Wilhelm Canaris. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2003; Daniel Sarmento. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 129-138.

*“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot) como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbot)”.*⁴³

70. No presente caso, a organização estatal e a repartição de competências instituídas pelas normas impugnadas podem ser enquadradas como ofensas à Constituição, por sua franca inaptidão para concretizar os direitos fundamentais e as políticas públicas previstas na Carta Magna.

71. Através da medida, o Estado reduziu dramaticamente o grau de proteção institucional até então desfrutado pelos povos indígenas em relação à política demarcatória e à proteção de suas terras e interesses nos licenciamentos ambientais. Diagnostica-se na matéria, portanto, um claro déficit de proteção, pois questões extremamente relevantes e que já contavam com algum grau de equacionamento institucional, tiveram sua situação agravada por ação direta do Poder Público, sem qualquer ganho contraposto a bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

72. Por tudo isso, as normas impugnadas violam gravemente o princípio da proporcionalidade, seja na dimensão de vedação ao excesso, seja na faceta de proibição de proteção deficiente.

VIII – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

73. Ao longo desta ação, demonstrou-se que os dispositivos impugnados promovem verdadeira obstrução aos direitos fundamentais dos povos indígenas. Se antes havia a garantia de que as demarcações e licenciamentos seriam realizadas por órgão

⁴³ STF, HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27/03/2012. Veja-se também, sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet. “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição de insuficiência”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 47, 2004, p. 60-112; e Claus Wilhelm Canaris. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. *Op. cit.*

especializado em questões indígenas e sem vinculação *a priori* com interesses potencialmente antagônicos – como os do agronegócio –, essas garantias deixaram de subsistir. O agravamento do nível de desproteção desse direito traduz, assim, clara afronta ao princípio da proibição do retrocesso social, o qual veda que o Estado volte atrás na concretização de direitos fundamentais.⁴⁴

74. Além de direito fundamental, a efetivação das demarcações indígenas é política pública demandada pela ordem constitucional. Em retrospecto, percebe-se que a Carta Magna foi excessivamente otimista no que diz respeito aos obstáculos postos a concretização da política de demarcações, prevendo que esta deveria ser concluída em até cinco anos da promulgação da Constituição (art. 67, ADCT). Embora ainda não tenha sido possível cumprir a determinação constitucional, fato é que houve significativo avanço nesse sentido nos 30 anos de vigência da Carta de 88, que se liga à existência de uma organização administrativa vocacionada para realizar as demarcações e proteger os interesses dos povos indígenas. É esse avanço que as normas impugnadas visam a destruir.

75. Vale recordar que a atribuição das demarcações de terras indígenas ao Ministério da Agricultura não é novidade na história nacional. Pelo contrário, trata-se de retorno a modelo já superado, claramente refratário aos interesses dos povos indígenas, como bem salientou a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB em representação contra a MP 870/2019, encaminhada à Procuradoria-Geral da República (**doc. 07**):

“Tem-se que não é novidade alguma, ter os direitos e interesses dos povos indígenas, vinculado a pastas ministeriais que estão sob o comando de interesses do agronegócio, no Brasil Império e no início do Brasil República foi assim: de 1910 a 1918, a agência indigenista esteve subordinada ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC), de 1934 a 1939 ficou subordinada ao Ministério

⁴⁴ Veja-se a propósito, e.g., Ingo Wolfgang Sarlet. “Proibição do retrocesso, dignidade humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n. 15, 2008; Felipe Derbli. “A Aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Direito Brasileiro”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

*da Guerra, na Inspetoria de Fronteiras; em 1940 retornou novamente para a pasta do **Ministério da Agricultura**. A política indigenista foi realocada no Ministério da Justiça a partir de sérias denúncias apuradas no bojo de procedimentos investigativos, tal como a CPI de 1967, que culminou na extinção da SPI e criação da Funai em 1967. Ou seja, a ‘reestruturação’ apresentada pelo presidente Jair Bolsonaro não tem nada de novo, pelo contrário, é sinônimo de retorno a uma prática colonial do século XVIII, que marcou profundamente a vida dos povos indígenas, pois foi a época em [que] o **etnocídio** contra os povos foi levado a cabo com o aval do mando estatal e a conivência daqueles que deveriam defender os povos indígenas, entregues a própria sorte nos mais diversos rincões do Brasil”.*

76. Como se sabe, o princípio da proibição do retrocesso social visa a assegurar as conquistas já alcançadas no plano da realização de direitos fundamentais, erigindo obstáculo constitucional para os retrocessos nessa seara, oponível a todos os poderes constituídos. Em outras palavras, se o Estado já avançou na proteção e promoção de direitos fundamentais, não lhe é possível, em princípio, retroceder.

77. Não se trata, é verdade, de princípio absoluto. Mas a sua força torna-se maior em hipóteses que envolvam diretamente as políticas públicas essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, como ocorre no caso.

78. A força normativa do princípio da proibição do retrocesso é admitida por esta Suprema Corte, como se verifica nos precedentes abaixo, da lavra, respectivamente, dos Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso:

“Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...].

Na realidade, 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 (como o direito à educação e à saúde, p. ex.), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado,

*exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”.*⁴⁵

“Parece-me também favorecer a plausibilidade jurídica do pedido formulado para fins de deferimento da cautelar requerida, princípio constitucional que norteia decisões de controle de constitucionalidade para verificação da validade constitucional das normas, ainda que nesse momento preliminar, qual seja, o da proibição do retrocesso. Com maior frequência adotado no âmbito dos direitos sociais pode-se ter como também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de o cidadão ter invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada.

*Esse princípio da proibição do retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá com os direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho ‘uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo ...o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., p. 326)”.*⁴⁶

“Não bastasse, o art. 1790 promove também uma involução na proteção dos direitos dos companheiros que viola o princípio constitucional da proibição do retrocesso. Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que impede a retirada de efetividade das normas constitucionais. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos o texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa editar

⁴⁵ STF, Ag. Reg. no RE 639.337, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 15/09/2011.

⁴⁶ STF, ADI 4.543, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. 06/11/2013.

legislação substitutiva que limita ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor.”⁴⁷

79. Portanto, a hipótese presente envolve clara afronta à proibição do retrocesso, já que as normas impugnadas pretendem reduzir drasticamente – e de modo injustificado – o grau de proteção institucional a direitos fundamentais dos povos indígenas já alcançado, ao transferir competências da FUNAI para o Ministério da Agricultura, voltado à defesa do agronegócio.

**IX – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AO DEVIDO
PROCESSO LEGISLATIVO PELA AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA AOS
POVOS INDÍGENAS ACERCA DA MEDIDA ESTATAL: OFENSA À
CONVENÇÃO 169 DA OIT**

80. A última inconstitucionalidade abordada nesta ação diz respeito à violação ao devido processo legislativo e ao princípio democrático, decorrente da ausência de participação ou consulta das comunidades indígenas na edição de atos normativos que afetam direta e profundamente os seus direitos e interesses.

81. Como se sabe, a democracia não se resume à realização periódica de eleições com sufrágio universal. Ela envolve também, dentre outros aspectos, o direito da cidadania de participar diretamente da tomada de decisões estatais.⁴⁸ É que, sendo o povo o titular da soberania, não há porque limitar a sua atuação na arena democrática ao comparecimento às urnas de tempos em tempos. Por isso, conquanto pressuponha a representação política, a democracia na contemporaneidade também deve ser temperada

⁴⁷ STF, RE 878.694, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 19/05/2015.

⁴⁸ Veja-se, a propósito, Carole Pateman. *Democracia e Participação Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992; Paulo Bonavides. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

pela participação popular. Para usar a expressão de Boaventura de Souza Santos, trata-se de “*democratizar a democracia*”.⁴⁹ Afinal, a participação dos cidadãos no processo político tende a aprimorá-lo, por municiá-lo com gama maior de informações e pontos de vista. Além disso, ela torna os agentes políticos mais responsivos diante da população, fortalece sobretudo a legitimidade das decisões estatais e fomenta o engajamento cívico das pessoas.

82. Essa dimensão participativa da democracia ganha importância ainda maior quando o Estado toma decisões que afetam profundamente grupos minoritários que não sejam suficientemente representados no âmbito do Estado, como as comunidades indígenas. Por isso, reconhece-se a tais comunidades o direito de serem consultadas e participarem das decisões estatais que as afetam, por meio de um diálogo que deve ser pautado pela boa fé. Até porque, não pode haver respeito à autonomia dos povos indígenas e às suas formas de viver, se os processos de deliberação estatal a seu respeito ignorem o que elas têm a dizer.⁵⁰

83. Conforme já assinalado, a Constituição de 88 empreendeu uma ruptura com a lógica de tutela que até então permeava as relações entre o Estado nacional e os povos tradicionais. Nesse cenário, é essencial a participação da própria população afetada na tomada de decisões sobre temas relevantes para a sua existência. Independentemente do seu conteúdo, medidas que impactam a vida dos povos indígenas, adotadas sem que eles tenham tido sequer a possibilidade de participar, não são juridicamente válidas.

84. Nesse sentido, deve-se recordar que a consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção nº 169 da OIT, internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo nº 143/2002 e do Decreto Presidencial nº 5.051/2004. Ao dispor sobre a matéria, a Convenção 169 impôs ao Estado o dever de realizar *consulta prévia* aos povos interessados, sempre que uma medida for propensa a atingi-los diretamente. É ver-se:

⁴⁹ Boaventura de Souza Santos (Org.). *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

⁵⁰ Cf. James Anaya. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, p. 232.

“Artigo 6º.

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

85. Essa é uma obrigação estatal e um direito dos povos indígenas reconhecidos por este eg. Supremo Tribunal Federal. Com efeito, no julgamento dos Embargos de Declaração à Petição nº 3.388, por exemplo, a Corte ressaltou a eficácia do direito à consulta, afirmando que se trata de “*elemento central da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho*”, que “*integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004.*”

86. É importante consignar que a consulta e participação indígena foram reconhecidos como verdadeiros direitos também na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. O art. 18 desse documento internacional prescreve que os povos indígenas têm direito “*a participar na adoção de decisões em questões que afetem seus direitos, vidas e destinos, através de representantes eleitos por eles, em conformidade com seus próprios procedimentos*”. Nesse sentido, seu art. 19 esclarece que os Estados “*celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé, com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas para obter seu **consentimento prévio**, livre e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem*” (negrito acrescentado).⁵¹

87. O sistema interamericano de direitos humanos também reconhece o direito de participação dos povos indígenas, que se entende compreendido no direito à participação

⁵¹ A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas ainda estabelece, em seu art. 30.2: “*Os Estado celebrarão consultas eficazes com os povos indígenas interessados, para os procedimentos apropriados e em particular por meio de suas instituições representativas, antes de utilizar suas terras ou territórios para atividades militares*”.

política previsto pelo art. 23 do Pacto de San José da Costa Rica. Com efeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já destacou que:

“O direito à consulta, e o dever estatal correspondente, se vinculam a múltiplos direitos humanos, e em particular se conectam com o direito à participação consagrado no artigo 23 da Convenção Americana, tal como foi interpretado pela Corte Interamericana no caso Yatama vs. Nicarágua. O art. 23 reconhece o direito de ‘[t]odos os cidadãos’ a ‘participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos’. No contexto dos povos indígenas, o direito a participação política inclui o direito ‘a participar na tomada de decisões sobre assuntos e políticas que incidem ou podem incidir em seus direitos... a partir de suas próprias instituições e de acordo com os seus valores, uso, costumes e formas de organização’.”⁵²

88. Há, ademais, precedentes relevantes no Direito Comparado assentando a inconstitucionalidade de atos estatais pela falta de participação indígena na sua elaboração. É o caso de importante julgamento proferido pela Corte Constitucional da Colômbia que invalidou diploma legislativo (*Ley Forestal*) pela ausência de procedimento prévio de consulta aos povos indígenas em matéria que lhes afetava diretamente. Confira-se, a propósito, fragmento da referida decisão:

“Embora exista uma margem de flexibilidade em torno da maneira como se deve efetivar a consulta, [...], não é menos certo que um projeto da dimensão, complexidade e implicações do que pretende regular de maneira integral os assuntos florestais, exigia que, como condição prévia ao seu estabelecimento no Congresso, o governo realizasse um exercício específico de consulta com as comunidades indígenas e tribais, que permitisse tornar efetivo seu direito de participação. Dito processo haveria permitido identificar dificuldades, estabelecer discrepâncias relevantes nas primeiras abordagens, buscar alternativas e, em todo caso, propiciar que o debate no Congresso se

⁵² Comissão Interamericana de Direitos Humanos. “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos”. 30 de dezembro de 2009. Tradução livre. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>.

*enriquecesse com o aporte de posições previamente decantadas na medida que, ainda que não fosse imperativo o consenso, se permitiria apreciar com nitidez os aspectos que, a partir da perspectiva das comunidades, poderiam resultar problemáticos. Por essas razões, não são suficientes nem as atividades de socialização geral do projeto, nem as medidas unilaterais orientadas a depura-lo dos aspectos que pudessem considerar-se críticos a partir da perspectiva das comunidades indígenas e tribais; necessita-se de um processo de consulta que corresponda às orientações [...] do art. 6º da Convenção 169 da OIT [...]”.*⁵³

89. A mesma Corte Colombiana, em outro conhecido precedente, assentou o direito fundamental dos indígenas a participação em decisão estatal que teria reflexo sobre a exploração de recursos naturais em seus territórios:

*“A participação das comunidades indígenas nas decisões que podem afeta-las em relação à exploração dos recursos naturais oferece como particularidade o fato de que a referida participação, através do mecanismo da consulta, adquire a conotação de direito fundamental, pois se erige como um instrumento básico para preservar a integridade étnica, social, econômica e cultural das comunidades indígenas e para assegurar, por consequência, sua subsistência como grupo social”.*⁵⁴

90. Vale ressaltar que não se aponta aqui apenas o descumprimento – de resto, flagrante – da Convenção 169 da OIT na edição dos atos normativos impugnados. Tal violação já bastaria para assentar a invalidade das referidas normas, uma vez que a Convenção, por tratar de direitos humanos, desfruta de hierarquia ao menos supralegal,⁵⁵ não podendo ser inobservada impunemente pelo governo, na edição de medida provisória ou de decreto executivo.

91. Mas não é só isso. O que se afirma é que a interpretação da Constituição deve se harmonizar, sempre que possível, com a normativa internacional de direitos humanos,

⁵³ Corte Constitucional de Colômbia. Sentencia C-030/08, julg. 03/02/2008, tradução livre.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colômbia. Sentencia SU-039/97, julg. 03/02/1997, tradução livre.

⁵⁵ STF, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05/06/2009.

de modo a evitar tensões e fortalecer a garantia de direitos. Cuida-se de adotar uma **interpretação cosmopolita da Constituição**, que dialogue com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no afã sobretudo de robustecer a proteção à pessoa humana. Foi o que fez o STF, por exemplo, ao revisitar a proibição de prisão civil por dívida, prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição, para assentar a vedação também da prisão do depositário infiel, haja vista a proibição de encarceramento nessa hipótese, estabelecida na Convenção Interamericana de Direito Humanos.⁵⁶ Nesse e em outros casos, buscou esta Suprema Corte harmonizar a exegese da Lei Maior com a normativa internacional dos direitos humanos, abrindo a hermenêutica constitucional a benfazejos influxos cosmopolitas.⁵⁷

92. Fazê-lo, no caso, significa reconhecer que a exigência constitucional de respeito ao *devido processo legislativo*, além do próprio *princípio democrático*, lidos em harmonia com a Convenção 169 da OIT, impõem a realização de consulta prévia aos povos indígenas, sempre que medidas normativas puderem afetá-los de modo particular. Trata-se de uma *imposição constitucional*, cujo descumprimento enseja a inconstitucionalidade formal do ato normativo que não o observar.

93. Ora, na presente hipótese, não houve sequer arremedo de consulta. De modo absolutamente autoritário e profundamente desrespeitoso, o Presidente da República editou atos normativos que afetam direta e profundamente os povos indígenas brasileiros, sem realizar qualquer tipo de consulta prévia, ignorando solenemente a posição dos próprios índios sobre tema para eles absolutamente central. Tal constatação é suficiente para configurar a inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados.

⁵⁶ STF, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05/06/2009.

⁵⁷ Cf. Daniel Sarmento. “O Direito Constitucional e o Direito Internacional. Diálogos e Tensões”. In: *Direitos, Democracia e República: Escritos Constitucionais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018, p. 49-78.

X – DA MEDIDA CAUTELAR

94. Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

95. A fumaça do bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizada pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial, que demonstram a absoluta incompatibilidade entre as normas impugnadas e a Constituição Federal.

96. O perigo na demora (*periculum in mora*), por sua vez, é também evidente. Ele decorre do fato de que as medidas impugnadas já estão produzindo efeitos deletérios sobre a fruição dos direitos fundamentais dos povos indígenas, que serão de reversão difícil ou impossível ao final do processo. Com efeito, os processos de demarcação indígenas já se encontram paralisados, havendo risco iminente de desmantelamento da estrutura organizacional desenvolvida ao longo de décadas para sua efetivação. Nesse ínterim, povos indígenas poderão ficar privados do acesso às suas terras tradicionais, com graves riscos ao perecimento dos grupos étnicos.

97. Por outro lado, a atribuição das competências demarcatórias e de atuação no licenciamento ambiental ao Ministério da Agricultura também vem incentivando violações sistemáticas aos direitos indígenas por parte de particulares, ao sinalizar publicamente que o Estado brasileiro não “leva a sério” os direitos dessas comunidades, e que vai privilegiar outros interesses econômicos, legítimos ou não, em detrimento da existência e dignidade dos índios do Brasil. Os conflitos se acirraram, e, em prol da paz e coesão social, é fundamental transmitir a mensagem de que o Estado brasileiro, através do seu Supremo Tribunal Federal, continua a zelar pelos direitos indígenas.

98. Por isso, este Supremo Tribunal Federal, no desempenho de sua função institucional de guardião dos direitos fundamentais, deve intervir imediatamente para

evitar o cerceamento dos direitos indígenas e o desmonte da principal estrutura estatal voltada a protegê-los.

99. Por todo o exposto, espera o Requerente a concessão de medida cautelar para que, até o julgamento definitivo desta ação, esta eg. Corte:

(i) suspenda a eficácia da expressão “terras indígenas” contida no art. 21, inciso XIV, da Medida Provisória nº 870/2019, bem como do disposto em todo o art. 21, §2º, inciso I, do mesmo diploma;

(iii) por arrastamento, suspenda eficácia dos seguintes preceitos – ou expressões contidas em preceitos –, constantes no Anexo I do Decreto nº 9.667/2019: expressão “terras indígenas” no art. 1º, inciso XIV; o art. 1º, §2º, inciso I; o art. 11, inciso I, alínea ‘f’; expressão “indígenas” contida no art. 11, inciso I, alínea ‘g’; expressão “terras tradicionalmente ocupadas por indígenas” no art. 14, inciso I; art. 14, inciso II; e expressão “terras indígenas” no art. 14, inciso III.

XI – DO PEDIDO PRINCIPAL

100. Diante do exposto, postula o Requerente:

(i) a concessão da medida cautelar, nos termos expostos acima;

(ii) a notificação do Exmo. Sr. Presidente da República para que, como autoridade responsável pela edição dos atos normativos ora impugnados,

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

preste as informações cabíveis e manifeste-se, querendo, sobre os pedidos deduzidos;

(iii) a notificação da Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre a presente ação, no prazo de quinze dias, nos termos do art. 8º da Lei no 9.868/99 e do disposto no art. 103, § 3º, da Constituição;

(iv) a notificação da Exma. Sra. Procuradora-Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Constituição;

(v) a convocação de **audiência pública** para tratar da matéria versada nesta ação, especialmente com o objetivo de viabilizar a indispensável participação direta dos próprios povos indígenas na presente ADI, cujo resultado tanto lhes afetarà;

(vi) seja, no mérito, julgado procedente o pedido, para:

(vi. 1) declarar a inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, da expressão “terras indígenas” contida no art. 21, inciso XIV, da Medida Provisória nº 870/2019, bem como a inconstitucionalidade total do disposto em todo o art. 21, §2º, inciso I, do mesmo diploma;

(vi.2) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, dos seguintes preceitos – ou expressões contidas em preceitos –, constantes no Anexo I do Decreto nº 9.667/2019: expressão “terras indígenas” no art. 1º, inciso XIV (inconstitucionalidade parcial com redução de texto); art. 1º, §2º, inciso I (inconstitucionalidade total); art. 11, inciso I, alínea ‘f’ (inconstitucionalidade total); expressão “indígenas” contida no art. 11, inciso I, alínea ‘g’ (inconstitucionalidade parcial com redução de texto); expressão “terras tradicionalmente ocupadas por indígenas” no art. 14, inciso I (inconstitucionalidade parcial com redução de texto); art. 14, inciso II (inconstitucionalidade total); expressão “terras indígenas” no art. 14, inciso III (inconstitucionalidade parcial com redução de texto).

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

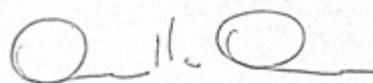
P. deferimento.

Rio de Janeiro e Brasília, 31 de janeiro de 2019.



DANIEL SARMENTO

OAB/RJ nº 73.032



CAMILLA GOMES

OAB/RJ nº 179.620



ADEMAR BORGES

OAB/DF nº 29.178



JOÃO GABRIEL PONTES

OAB/RJ nº 211.354



PEDRO HENRIQUE REZENDE

OAB/RJ nº 59.372

DANIEL SARMENTO ADVOGADOS

ROL DE DOCUMENTOS

Procuração do PSB

Documento 01	Estatuto do PSB
Documento 02	Certidão de composição da Comissão Executiva do PSB
Documento 03	Certidão atestando a representatividade do PSB na Câmara dos Deputados
Documento 04	Ata de eleição da Comissão Executiva do PSB
Documento 05	Medida Provisória nº 870/2019
Documento 06	Decreto nº 9.667/2019
Documento 07	Representação da APIB